

**DPCE
online**



Direttore responsabile

Giuseppe Franco Ferrari

Sede e direzione,

Università comm.le L. Bocconi,
via Röntgen 1, 20136 – MILANO

Tel. (+39) 02.5836.5227

mail: dpceonline@dpce.it

Sito internet: www.dpce.it

ISSN : 2037-6677

*I saggi, le note e i commenti pubblicati nella Rivista sono soggetti a un sistema di double-blind peer review. Gli interessati possono prendere visione delle relative **linee guida** raggiungibili cliccando [qua](#)*

Le **proposte editoriali** – esclusivamente in formato .doc o .docx e corredate da un breve cv – vanno inviate all’indirizzo di posta elettronica sopra indicato.

Comitato scientifico

Domenico Amirante, Antonio Andreani, Paolo Benvenuti, Fernanda Bruno, Ruggiero Cafari Panico, Marina Calamo Specchia, Michele Carducci, Paolo Carrozza, Carlo Casonato, Fabrizio Cassella, Stefano Ceccanti, Andrea Comba, Mario Comba, Pasquale Costanzo, Guerino D'Ignazio, Ginevra Cerrina Feroni, Giovanni Cordini, Patrizia De Pasquale, Alfonso Di Giovine, Giampiero Di Plinio, Giuseppe Franco Ferrari, Tommaso Edoardo Frosini, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Mario Ganino, Alessandra Gianelli, Adriano Giovannelli, Maurilio Gobbo, Tania Groppi, Enrico Grossi, Guido Guidi, Flavia Lattanzi, Aldo Ligustro, Vincenzo Lippolis, Roberto Mastrianni, Luigi Melica, Luca Mezzetti, Laura Montanari, Giuseppe Morbidelli, Costantino Murgia, Nino Olivetti Rason, Maurizio Oliviero, Romano Orrù, Elisabetta Palici di Suni, Giuseppe Palmisano, Giampaolo Parodi, Mario Patrono, Lucio Pegoraro, Valeria Pierigli, Antonio Reposo, Paolo Ridola, Angelo Rinella, Giancarlo Rolla, Giorgio Sacerdoti, Roberto Scarciglia, Stefano Sicardi, Rolando Tarchi, Roberto Toniatti, Alessandro Torre, Maria Paola Viviani Schlein, Luigi Volpe, Mauro Volpi.

Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten Bjerkén (Svezia), Carlos Blanco de Morais (Portogallo), Roberto L. Blanco Valdés (Spagna), Allan Brewer Carías (Venezuela), Bojko Bucvar (Slovenia), Laurance Burgogue-Larsen (Francia), Paolo Carozza (USA), Alberto Ricardo Dalla Via (Argentina), José Alfonso Da Silva (Brasile), Francis Delpérée (Belgio), Carlos Delpiazza (Uruguay), Silvio Devetak (Slovenia), Sean Donlan (Irlanda), Claude Emeri (Francia), Francisco Fernández Segado (Spagna), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Brasile), Manuel Gutan (Romania), Tomás Font i Llovet (Spagna), Christian Frank (Svizzera), Anna Gamper (Austria), Manuel Gutan (Romania), Gábor Hamza (Ungheria), Volkmar Götz (Germania), José Joaquim Gomes Canotilho (Portogallo), Andrew Harding (Canada), A.E. Dick Howard (USA), Paul Jackson (UK), Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica), Jiri Jirasek (Rep. Ceca), Christian Joly (Francia), Mariana Karagyozova (Bulgaria), Anatoli Kovler (Russia), Cesar Landa (Perù), Juan Fernando López Aguilar (Spagna), Jorge Miranda (Portogallo), Jörg Monar (Germania), Sandra Morelli Rico (Colombia), Karlos Navarro (Nicaragua), Humberto Noguera Alcalá (Cile), Nestor Osuna Patiño (Colombia), Otto Pfersmann (Francia), Alfredo Mordechai Rabello (Israele), Thierry Renoux (Francia), Olivo Rodríguez (Santo Domingo), Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Spagna), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Spagna), Jurij Shulzhenko (Russia), Guillaume Tusseau (Francia), Diego Valadés (Messico), Mauro Zamboni (Svezia), Jan Wawrzyniak (Polonia), Diana Woodhouse (UK).

Redazioni territoriali

La Rivista si vale del contributo di **44 redazioni territoriali**, incardinate in altrettanti atenei italiani.

Indice dei contributi

EDITORIALE/EDITORIAL

L. Mezzetti, *Dalla Carta di Milano al diritto al cibo. I diritti dopo EXPO2015 / From the Milan Charter to the right to food: Rights after EXPO2015*

p. 1

SAGGI/ARTICLES

A. Ruggeri, *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente) / On the interpretation and exegesis in the constitutional state (talking about a recent book)*

p. 5

D. Pamelin, *Il projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République nel contesto della decentralizzazione territoriale francese/The projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République in the context of the French devolution*

p. 33

F. Polacchini, *Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell'esperienza italiana / Conventionality review and the constitutional court in Italy*

p. 59

B. Balamir Coskun, A. Di Gregorio, *Turkey after the parliamentary elections of 7 June 2015. Some reflections on the political and institutional framework / La Turchia all'indomani delle elezioni parlamentari del giugno 2015. Alcune riflessioni sul contesto politico e istituzionale*

p. 97

L. Busatta, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti / The health citizenship in the European Union: the cross-border mobility of patients, from free movement to the relational dimension of rights*

p. 125

M. Tobia, *Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nelle diverse forme di governo e la sua utilizzabilità quale elemento di qualificazione delle stesse / The role of the Head of state in the law-making process in different governments and its suitability as a distinctive feature*

p. 161

NOTE E COMMENTI / SHORT ARTICLES AND COMMENTS

N. Olivetti Rason, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo/Taxation and rights in the contemporary constitutional state*

p. 193

L. Ferraro, *La decretazione d'urgenza nella sentenza 12/2015 del Tribunale Costituzionale spagnolo e la sua idoneità in materia economica: una riflessione comparata con l'esperienza italiana/The emergency rule-making in decision 12/2015 of the Spanish constitutional tribunal and its effectiveness in the economic sphere: a comparison with the Italian case*

p. 203

S. Rossi, *La procedura come forma di tutela della vita / The 'procedure' as a formal safeguard to life*

p. 225

V.R. Scotti, *Fra overruling e conferme giurisprudenziali. La Corte di Strasburgo e il caso Ocalan c. Turchia (II) / Overrulings and constant case-law. The Strasbourg court the decision Ocalan v. Turkey*

p. 237

F. Montanaro, "Whatever it takes": le Outright Monetary Transactions al vaglio della Corte di Giustizia / 'Whatever it takes': The Outright Monetary Transactions under the scrutiny of the Court of Justice

p. 249

- F. Guella, *Un “public/private divide” nella ristrutturazione del debito greco? La rinegoziazione (semi)volontaria dei titoli di Stato come atto jure gestionis ai fini delle notificazioni / A ‘public/private divide’ in the debt restructuring of Greece? The (semi)voluntary*
p. 259
- D. Strazzari, *Obblighi di integrazione linguistica e immigrazione: un sostanziale “via libera” dalla Corte di Giustizia / Obligatory linguistic integration and immigration: the approval of the Court of Justice*
p. 271
- M.C. Locchi, *I giudici di Strasburgo di fronte al conflitto del Nagorno-Karabakh: il difficile rapporto della Corte EDU con le questioni di diritto internazionale / The Strasbourg judges before the Nagorno-Karabakh conflict: the difficult relationship of the ECHR with International Law issues*
p. 283
- M. Salerno, *Controllo di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: la Corte torna sul tema, più decisa che mai / Constitutional review and preliminary ruling: The Court returns to the subject, more determined than ever*
p. 295
- P. Santone, *Corte europea dei diritti dell'uomo (Grand Chamber). Sentenza 5 giugno 2015, ric. 46043/2014. Lambert and Others v. France (opinione congiunta parzialmente dissenziente di cinque giudici) / The human rights guardians and the protection of dignity: diverging positions on the right to life (and to die)*
p. 305
- M. Ferrara, *Ancora due interventi della ECJ a garanzia dell'unitarietà (politica) del brevetto europeo / Two new interventions of ECJ in order to protect the (political) uniformity of the European patents*
p. 315
- F. Zorzi Giustiniani, *Mission impossible? Three-dimensional shape trademarks and the requisite distinctiveness for registration in the European common market. The CJEU's Appeal Judgement in Voss of Norway ASA v OHIM / Mission impossible? L'aspetto tridimensionale dei marchi e il requisito del carattere distintivo ai fini della registrazione nel mercato comune europeo. Il giudizio di appello della CGUE in Voss of Norway ASA v. OHIM*
p. 329
- L. Paladini, *Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza del 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo / ECHR, decision of 21 July 2015, Oliari v. Italy. The inactivity of Parliament in the field of civil unions under the scrutiny of the Strasbourg court*
p. 341

RASSEGNE COMPARATE / COMPARATIVE REVIEW

- F. Colapinto, *Aiuti di Stato / State aids*
p. 353
- C. Garbarino, A. Turina, *Le imposte dirette / Indirect taxation*
p. 373

CRONACHE DAL MONDO / CHRONICLES FROM THE WORLD

- A. Mastromarino, SPAGNA - *La Catalogna se desconecte, la Spagna risponde / Catalonia tries to secede, Spain reacts*
p. 391
- A. Angeli, PLONIA - *Il ciclo elettorale polacco del 2015. Il sistema per le elezioni del Presidente della Repubblica e i risultati delle elezioni del maggio 2015 / The Polish electoral cycle of 2015. The system for the elections of the President and the results of the May 2015 election*
p. 399
- V.E. Ibáñez Rosaz, ARGENTINA - *Elezioni presidenziali in Argentina e doppio turno / Runoff system in presidential elections in Argentina*
p. 403
- L.A. Nocera, ARGENTINA - *Ultimi orientamenti giurisprudenziali in Argentina sul diritto alla terra delle popolazioni indigene / Recent judicial trends in Argentina on the right to a land of indigenous populations*
p. 407

L. Pereira Coutinho, *Turbulência imprevista: a situação político-constitucional portuguesa / Unforeseen storm: the political and constitutional scenario in Portugal*

p. 411

F. Campodonico, PORTOGALLO – *Il Tribunal de Contas rende un giudizio sfavorevole sul bilancio interno del Tribunal Constitucional per l'anno 2013 / The Tribunal de Contas renders an adverse judgment on the 2013 internal budget of the Constitutional Tribunal*

p. 415

A. Macchiavello, INDIA – *Approvato l'emendamento costituzionale (100º) che pone fine alla controversia con il Bangladesh sui confini e sulle enclave / Approved the constitutional amendment (100th) that ends the struggle on boundaries and enclave with Bangladesh*

p. 419

G. Milani, LUSSEMBURGO – *Referendum su alcune proposte riguardanti l'elaborazione di una nuova Costituzione / A Referendum on some projects to enact a new constitution*

p. 423

A. Perelli, REGNO UNITO – *La Court of Appeal ha stabilito che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha effetti diretti orizzontali / The Court of Appeal held that the Charter of Fundamental Rights has horizontal direct effects*

p. 427

M.A. Simonelli, STATI UNITI – *Gli Stati possono vietare ai candidati giudici di sollecitare personalmente finanziamenti elettorali / States can prohibit candidate judges to directly solicit electoral funding*

p. 431

M.A. Simonelli, STATI UNITI – *La Corte suprema chiamata a interpretare la elections clause / Supreme Court called to interpret the elections clause*

p. 435

L.A. Nocera, *Ultimi orientamenti giurisprudenziali in Argentina sul diritto alla terra delle popolazioni indigene / Recent judicial trends in Argentina on the right to a land of indigenous populations*

407



Dalla Carta di Milano al diritto al cibo. I diritti dopo EXPO2015

di Luca Mezzetti

Spente le luci della ribalta dell'Expo di Milano, superata la soglia dei venti milioni di visitatori, restano da sfamare ottocento milioni di persone nel mondo tuttora denutrite, secondo il rapporto annuale sulla fame pubblicato nel maggio 2015 a cura della FAO, del Fondo Internazionale per lo Sviluppo Agricolo (IFAD) e del Programma alimentare mondiale (WFP). Se appare incoraggIANte il dato che segnala la riduzione - rispetto al biennio 1990-92 - di circa duecento milioni delle persone sprovviste di alimentazione adeguata e il raggiungimento da parte di 72 Paesi dell'Obiettivo di sviluppo del Millennio di dimezzare la proporzione delle persone cronicamente sottoalimentate, l'obiettivo della totale eradicazione della fame appare tuttora remoto e non agevolmente conseguibile.

Tradizionalmente, si sono ritenuti e tuttora si considerano immediatamente finalizzati al raggiungimento graduale e progressivo ma costante di tale obiettivo strumenti offerti dalla politica e dall'economia, rivestendo il diritto – nelle sue diverse declinazioni (internazionale, sopranazionale, costituzionale, legislativo) – una posizione opaca, ancorché rilevante. Il riferimento è al rapporto di stretta consequenzialità abitualmente evidenziato tra il fine della riduzione della fame da una parte e condizioni economiche globali e locali, investimenti agricoli,

investimenti nelle infrastrutture idriche e igienico-sanitarie, condizioni ambientali favorevoli e assenza di carestie, siccità, eventi meteorologici estremi e calamità naturali, interventi di protezione sociale, stabilità politica, dall'altra.

Anche il diritto può contribuire in misura determinante al raggiungimento di tali obiettivi. Occorre un cambio di passo. Come?

Si impone, in primo luogo, la predisposizione di uno strumento internazionale organico e sistematico che riconosca e tuteli il diritto al cibo quale diritto umano. Attualmente il diritto al cibo è oggetto di frammentato e riconoscimento ad opera di alcuni rilevanti strumenti di natura patti (in particolare, in seno alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nel Patto internazionale sui diritti economici e sociali, nella Convenzione sulle discriminazioni contro le donne, nella Convenzione sui diritti del bambino, nel Protocollo di San Salvador), ma rappresenta una grave lacuna l'assenza nel diritto internazionale di uno strumento condiviso ed unitario preordinato in forma univoca alla proclamazione del diritto al cibo quale diritto fondamentale dell'uomo e alla predisposizione di sedi e procedure che lo rendano giustiziable (rappresenta un abbrivio potenzialmente importante e sembra deporre in senso favorevole, a tale ultimo riguardo, l'entrata in vigore, nel 2013, del Protocollo addizionale del 2008 al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali).

Risulta parimenti carente o episodico il riconoscimento del diritto al cibo quale diritto umano da parte delle Costituzioni nazionali: solo in seno ad alcune di esse è rinvenibile un esplicito riconoscimento del diritto al cibo (ad esempio, Bolivia, Brasile, Colombia, Costa Rica, Repubblica democratica del Congo, Ecuador, Egitto, Kenya, Messico, Nepal, Filippine, Sudafrica, Ucraina), mentre nella maggioranza dei casi il diritto ad una adeguata e sufficiente alimentazione è deducibile dalle disposizioni costituzionali che fanno generico riferimento al diritto ad un adeguato standard di vita, concependosi il diritto al cibo quale componente indefettibile del medesimo (ad esempio, in Argentina, Algeria, Armenia, Belgio, Etiopia, Indonesia, Giappone), ovvero è contemplato quale obiettivo o fine nell'ambito di norme meramente programmatiche (ad esempio, in Austria, Bangladesh, India, Irlanda, Myanmar, Nigeria, Namibia, Pakistan).

La costituzionalizzazione del diritto al cibo e la sua implementazione mediante la legislazione ordinaria, preferibilmente mediante la realizzazione di codici dell'alimentazione, in considerazione della natura trasversale e plurisetoriale delle problematiche che attengono alla medesima, non può tuttavia avvenire se non nel presupposto del superamento della dicotomia diritti fondamentali-diritti sociali e nella piena consapevolezza della essenza polimorfa del diritto al cibo, che si manifesta nella propria versione di diritto fondamentale ove operi quale diritto ad alimentarsi in condizioni di dignità (ciò che si sostanzia nell'accesso fisico, sociale ed economico ad alimenti sufficienti capaci di soddisfare le necessità e preferenze alimentari per una vita sana), nella propria versione di diritto sociale ove implichii l'intervento dello Stato al fine di creare i requisiti che consentano ai consociati di dispiegare le proprie potenzialità per la produzione o l'acquisizione di un'alimentazione adeguata per se e le proprie famiglie, nella propria versione di diritto economico ove operi quale diritto alla sicurezza dei prodotti alimentari e quale garanzia dei consumatori, infine quale diritto culturale, ove operi quale diritto ad alimentarsi secondo le proprie tradizioni culturali e in sintonia con i precetti filosofici, morali e religiosi del gruppo sociale di appartenenza.

Se si considera il diritto al cibo quale corollario diretto ed immediato della dignità umana, spetta in ultima istanza al diritto e alla giurisprudenza – nazionale e soprattutto internazionale – il fondamentale compito di *declinare la dignità* secondo il criterio della funzionalizzazione delle diverse situazioni giuridiche soggettive alla valorizzazione ed esaltazione della medesima, mediante la adozione di un sistema scalare che non manchi di collocare il diritto al cibo in una posizione di assoluta priorità, nonché attraverso la individuazione di adeguati momenti e sedi di giustiziabilità del diritto medesimo capaci di assicurane la progressiva, piena effettività.



ISSN 2037-6677

2015/3

In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)

On the interpretation and exegetes in the constitutional state (talking about a recent book)

Antonio Ruggeri

Abstract

The essay deals with the issue of the legal interpretation within the Constitutional State. It particularly focuses on the legal interpretation as applied to the guarantee of fundamental rights. After having explored the different theories of legal interpretation, the Author addresses the issue of the discretionary powers of judges; it further assesses the plausibility of a theory that advocates in favor of the introduction of the accountability of judges for wrongful interpretation.

Tag: interpretation, fundamental, rights judges, accountability



In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. – L’opzione per uno scetticismo “moderato” e il carattere “discrezionale” dell’attività interpretativa. 2. – Il catalogo “chiuso” dei canoni interpretativi, secondo l’art. 12 prel., la (supposta) specificità dell’interpretazione costituzionale e il carattere sistematico della interpretazione in genere, anche al piano dei rapporti tra fonti ordinate gerarchicamente e tra fonti appartenenti ad ordinamenti diversi ma reciprocamente collegati. 3. – Princípio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali e interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni, nondimeno bisognose di non essere reciprocamente “graduate” e di essere riportate ad un unitario e complesso circolo interpretativo. 4. – La “creatività” della funzione giurisdizionale e i suoi tipi (in ispecie, il riempimento delle lacune quale espressione di “creazione” *forte* e le sentenze-fonti del diritto come “creazioni” *fortissime*). 5. – L’eccesso di potere giurisdizionale, il suo problematico riscontro, il bisogno di tornare al testo a presidio della tipicità del ruolo degli interpreti rispetto a quello dei decisorii politici, la varia intensità dei vincoli discendenti dal testo stesso a carico dei giudici e degli interpreti in genere. 6. – La misura giusta della “discrezionalità” che può (e deve) essere concessa al giudice, apprezzabile caso per caso e secondo ragionevolezza (per una sua accezione assiologicamente qualificata) e i rimedi esperibili avverso gli eccessi di potere giurisdizionale, con specifico riguardo ai conflitti interorganici, pur nei limiti particolarmente stringenti ad essi posti dalla giurisprudenza costituzionale. 7. – *Segue*: La chiamata a responsabilità del giudice per errore interpretativo e la prospettiva, qui coltivata, di una possibile chiamata a responsabilità del legislatore idonea a tradursi nel risarcimento del danno causato ai diritti da leggi

* Lo spunto per le notazioni qui svolte è stato offerto dalla lettura di M. Nisticò, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2015.

incostituzionali.

1. – L’opzione per uno scetticismo “moderato” e il carattere “discrezionale” dell’attività interpretativa

Ci vuole coraggio da vendere per tornare a cimentarsi con un tema arato *ab antiquo* e gravido di implicazioni teorico-pratiche, qual è quello della interpretazione; e Nisticò mostra, invero, di averne, nella consapevolezza nondimeno del carattere irta del percorso che l’attende, tanto da ritenere doveroso, in esordio della trattazione, dare la spiegazione della scelta fatta, delineando i tratti maggiormente salienti dello studio intrapreso.

Già dalle prime battute, si avverte come quest’ultimo, pur avendo per specifico oggetto l’interpretazione, finisca col coinvolgere generali questioni della teoria costituzionale e, ancora più largamente, della teoria del diritto, fino a riguardare la stessa connotazione complessiva del diritto e la sua distinzione dal “fatto”¹. La qual cosa è, d’altronde, propria delle riflessioni di respiro teorico che, pur laddove ambientate nell’ambito di un ordinamento dato (qui, del nostro), in realtà si portano ben oltre i confini dello stesso aspirando a possedere, perlomeno per taluni aspetti, generale valenza.

Lo stesso titolo dato dall’a. al suo scritto ne dà, d’altronde, tangibile e sicura conferma. La teoria dell’interpretazione – fa opportunamente notare N. – è, a conti fatti, una *species* della teoria della separazione dei poteri o, per dir meglio, la naturale proiezione di quest’ultima in ambiti materiali in cui maturano alcune delle più rilevanti esperienze della pratica giuridica.

N. sottopone ad attenta analisi le più accreditate teorie della interpretazione, optando per quelle c.d. “scettiche”, le quali peraltro si presentano al loro interno alquanto articolate, e rigettando pertanto in partenza l’indirizzo c.d. “cognitivo”. L’interpretazione è, insomma, volontà; una volontà tuttavia non “libera” bensì “discrezionale”: l’opzione metodica fatta da N. (spec. 52 ss.) è, dunque, per uno

¹ Un pur fugace richiamo alla legge di Hume ed al suo necessario superamento è a 45 ss.

scetticismo “moderato”, in opposizione ad uno invece “radicale”². L’inquadramento è, a mia opinione, corretto; esso nondimeno obbliga a riempire di significato i termini suddetti, dal momento che senza le necessarie chiarificazioni concettuali il problema non può dirsi risolto bensì solo spostato in avanti. Un rilievo, questo, che a me pare possa valere proprio in relazione al concetto di “discrezionalità”, caricato nei varî ambiti disciplinari in cui se ne fa uso di significati talmente differenziati e distanti l’uno dall’altro da rendersi fortemente problematica ed insicura la loro riduzione ad unità, se non col costo di forzate assimilazioni concettuali. È chiaro, infatti, che nel momento in cui si predica l’esistenza di una “discrezionalità” del legislatore, comunque distinta da quella dell’amministratore e (per ciò che qui più da presso importa) del giudice, organi aventi ciascuno – perlomeno secondo modello – un proprio ruolo da incarnare in seno alla trama istituzionale, il rischio micidiale che si corre è quello della confusione dei ruoli stessi, del loro uso promiscuo ed indistinto, in esercizio di una anomala, reciproca “sussidiarietà”, che tuttavia può portare all’esito fatale della dissoluzione stessa del modello e, perciò, della Costituzione³.

L’alternativa è, allora, secca e non lascia scampo: o si riesce a riempire la “discrezionalità” di ciascuno dei poteri in cui tradizionalmente si articola l’apparato statale di significati originali e propri di ciascuno di essi oppure è preferibile, ed anzi necessario, dismettere l’utilizzo del termine al fine di evitare preoccupanti fraintendimenti concettuali, pervenendo quindi a forzose e gracili ricostruzioni teoriche.

L’idea di N. è che tutte le funzioni, essendo comunque “creative”, siano in occasione del loro esercizio espansive di “discrezionalità”; comunque, che lo sia l’attività degli interpreti (e, segnatamente, dei giudici): “il problema della creatività dell’interpretazione”, dunque, “non riguarda l’*an*, ma il *quantum*”, vale a dire, in buona sostanza, “i *confini* di tale creatività”⁴.

Lo stesso a. fa, peraltro, giustamente notare che, se è vero che gli enunciati

² Avverso quest’ultimo, efficacemente si rileva che non “si deve necessariamente concludere che il significante sia del tutto in-significante” (29).

³ Non si dimentichi che quest’ultima, secondo la magistrale indicazione dell’art. 16 della Dichiarazione del 1789, ha quale suo tratto identificante e perciò indisponibile la separazione dei poteri, sul cui perdurante significato N. si intrattiene specificamente a 66 ss.

⁴ Così, in relazione alla presa di posizione al riguardo assunta da Corte cost. n. 138 del 2010, a 81.

positivi delimitano pur sempre l'area entro la quale ricercare i significati astrattamente possibili, è parimenti vero che la “cornice”, il perimetro dell'area stessa, non è astrattamente determinabile e si rivela a conti fatti mobile, in ragione della struttura nomologica degli enunciati stessi, nonché (e, forse, soprattutto) dei casi che sollecitano la loro interpretazione, ne danno l'orientamento, ne accompagnano gli svolgimenti.

2. – Il catalogo “chiuso” dei canoni interpretativi, secondo l'art. 12 prel., la (supposta) specificità dell'interpretazione costituzionale e il carattere sistematico della interpretazione in genere, anche al piano dei rapporti tra fonti ordinate gerarchicamente e tra fonti appartenenti ad ordinamenti diversi ma reciprocamente collegati

Ovviamente, punto di partenza (e, comunque, passaggio) obbligato per un'indagine positivamente fondata sono i disposti di cui all'art. 12 delle preleggi (81 ss.). Disposti – come si sa – fatti oggetto di plurime valutazioni teoriche, componenti un autentico *puzzle* che solleva un mucchio di problemi, a partire da quello relativo ai canoni da porre a base della loro interpretazione, specie ove si convenga circa la inutilizzabilità di quelli dallo stesso art. stabiliti la cui conoscenza non è – per logica necessità – un *prius* bensì un *posteriorius* della sua interpretazione.

N. tenta di superare l'ostacolo assumendo che possa (o, meglio, debba) farsi ricorso a criteri interpretativi “diversi da quelli o, al limite, anche ad essi identici ma compresi per altra via” (94). Solo che attingendo a criteri *altri*, verrebbe in tesi violato lo stesso art. 12 che, nella sua formulazione generale, parrebbe dover valere per *qualunque* disposizione normativa (e, dunque, anche per... *se stessa*).

N. considera quella dell'art. 12 una “*norma di diritto costituzionale*”, “non evidentemente *norma costituzionale*” (96), specificamente riguardante i rapporti tra i poteri dello Stato, avente il precipuo fine di “disciplinare le tensioni tra legislazione e giurisdizione” (102).

Muovendo dall'assunto che i criteri d'interpretazione indicati nell'art. 12 siano tassativi, N. si dichiara dell'avviso che essi siano “violati” laddove se ne seguano anche altri non espressamente menzionati, tra i quali quello c.d. sistematico (87 ss.).

Un esito teorico-ricostruttivo, questo, a prima vista fedele alla lettera e che è dall'a. sorretto da buoni argomenti, per quanto qui pure si riproponga il *puzz~~e~~* logico relativo al modo giusto col quale intendere l'art. in parola, nulla escludendo che proprio dalla sua considerazione nel fare “sistema” coi disposti normativi a contorno (e, segnatamente, con le restanti norme sulla normazione, in larga accezione) possa pervenirsi ad una conclusione diversa, la quale poi potrebbe riverberare la propria immagine e i propri effetti sulla interpretazione dei disposti normativi restanti. Si vuol dire, insomma, che non è detto che l'esito interpretativo *apparentemente* discendente dalla lettera dell'art. in esame resista alla rilettura di quest'ultimo alla luce dei disposti a contorno, senza peraltro escludere che lo stesso dettato dell'art. 12, isolatamente considerato, potrebbe ugualmente racchiudere in sé potenzialità semantiche meno asfittiche di quelle che fanno capo alla lettera e alla volontà del legislatore, oggettivamente intesa (secondo gli esiti maggiormente accreditati della dottrina della *Entfremdung*) e, soprattutto, senza escludere che lo stesso art. 12 debba soggiacere ad una rilettura critica che – come si preciserà a momenti – tenga conto del mutato contesto ordinamentale venutosi ad affermare a seguito della seconda grande guerra.

Ben argomentata è, poi, la tesi secondo cui è, ancora una volta, nella cornice delle teorie scettiche che può rinvenire giustificazione l'interpretazione conforme (su cui N. indugia a lungo, particolarmente a partire da 105 ss., ricostruendone puntualmente la vicenda storico-teorica), la quale interpretazione, in disparte ciò che se ne dirà a breve, non è altro che la stessa interpretazione sistematica, in alcune delle sue più salienti espressioni, pur caratterizzandosi in modo del tutto peculiare. E ciò, tanto che si acceda all'ordine di idee, in cui si situa una nutrita schiera di studiosi, secondo cui l'interpretazione sistematica potrebbe dispiegarsi unicamente al piano “orizzontale” dei rapporti tra enunciati del medesimo grado (in ispecie, tra enunciati legislativi) quanto che invece si reputi che essa possa altresì avversi a quello “verticale” dei rapporti tra fonti graduate e persino a quello dei rapporti interordinamentali.

Ora, in disparte ogni riserva a riguardo dell'utilizzo dello schema gerarchico con riguardo alle fonti rispettivamente assunte ad oggetto e parametro

dell'interpretazione conforme⁵, non si trascuri che si danno talune esperienze che mostrano come l'interpretazione in parola possa spiegarsi altresì tra fonti di egual grado⁶.

Alle obiezioni, poi, mosse da quanti⁷ propendono per tenere distinta l'interpretazione conforme rispetto a quella sistematica, facendo tra l'altro osservare come la prima, diversamente dalla seconda, possa portare ad una interpretazione “asistematica e selettiva”, sembra di poter opporre un triplice ordine di argomenti.

Per un verso, infatti, anche l'interpretazione sistematica può dimostrarsi essere (e di fatto è) “selettiva”, restando comunque circoscritto il novero delle statuzioni utilizzabili tra quelle che stanno a contorno di quella oggetto specifico d'interpretazione.

Per un altro verso, anche nel corso dell'interpretazione sistematica, e non solo in quella conforme, possono avversi vincoli per l'operatore discendenti dalle statuzioni circostanti⁸, le quali reclamano di essere comunque tenute presenti, concorrendo in varia misura alla messa a punto semantica della disposizione “interpretanda”; è tuttavia vero che *pure quest'ultima* concorre, per la sua parte, alla ricostruzione dei significati di quelle disposizioni a contorno che dovrebbero giovare alla sua chiarificazione, confermandosi anche per quest'aspetto la strutturale, ineliminabile, “circolarità” della interpretazione giuridica.

Per un altro verso ancora, il vincolo – si tratti d'interpretazione sistematica (in ristretta accezione) come pure d'interpretazione conforme –, come si è fatto in altri luoghi notare, è pur sempre di *mezzo*, non già di *risultato*⁹, nessuna garanzia avendosi circa la riuscita dell'una e dell'altra, dal momento che non è possibile escludere in partenza che il disposto fatto oggetto specifico d'interpretazione costituisca un elemento normativo spurio, inidoneo a legarsi con qualsiasi altra norma, dello stesso

⁵ Raggiugli nel mio *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Giappichelli, Torino 2009, 388 ss.

⁶ Riferimenti in E. Cannizzaro, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015, 8 ss.

⁷ ... e, fra questi, lo stesso a. da ultimo richiamato, 5 ss.

⁸ Proprio su ciò fa invece leva una pur sensibile dottrina, a cui opinione il *quid proprium* che connota l'interpretazione conforme, distinguendola da quella sistematica, sarebbe dato dalla “cogenza” della prima (così, da ultimo, A. Bernardi, Presentazione. *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, cit., XIII).

⁹ Così, invece, ancora E. Cannizzaro, *op. et loc. ult. cit.*

come di altri livello¹⁰.

Il carattere sistematico dell'interpretazione, nondimeno, si coglie e apprezza in tutto il suo spessore non tanto nel chiuso di un ordinamento dato (e, segnatamente, di quello statale) quanto – come si diceva – al piano (e dalla prospettiva) delle relazioni interordinamentali, ove si ammetta – come non può non ammettersi – che, nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale molto avanzata e da un infittirsi crescente dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, il “sistema” è già al presente (e ancora di più, verosimilmente, sarà nel prossimo avvenire) – piace a me dire¹¹ – un “sistema di sistemi”, distinti sì ma anche reciprocamente connessi (se non *pleno iure* integrati, in via di progressiva e sempre più intensa integrazione).

Di qui, poi il rilievo della comparazione¹² quale strumento necessario della interpretazione – diciamo così – “intersistemica”, specificamente rilevante al piano delle vicende dei diritti fondamentali, dei modi del loro riconoscimento e tutela, specie grazie al “dialogo” tra le Corti. È evidente, ad es., che il reperimento delle “tradizioni costituzionali comuni”¹³ non può avversi senza il ricorso alla comparazione, così come è sempre, e solo, per il suo tramite che si rende possibile attingere a materiali, normativi e giurisprudenziali, di origine esterna in sede d'interpretazione degli enunciati costituzionali ed al fine della messa a punto e verifica del canone della massimizzazione della tutela dei diritti stessi, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

Sta di fatto che l'avvento della Costituzione rigida mostra in modo lampante il carattere riduttivo di antichi schemi elaborati per l'interpretazione della legge, quale

¹⁰ Che, poi, così facendo, lo stesso disposto che si dimostri essere incoerente col resto del tessuto normativo in cui s'inscrive, a mo' di una pianta che non porta frutto, meriti di essere estirpato è una evenienza, ovviamente, da mettere in conto. Altro è però – uscendo di metafora – la incoerenza/irragionevolezza di un disposto ormai interpretato, quale causa del suo possibile annullamento, ed altra cosa il significato in sé posseduto dal disposto medesimo che, appunto nella sua irragionevolezza, potrebbe risultare... chiarissimo.

¹¹ Mi sono sforzato di argomentare quest'idea in più scritti, tra i quali *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, nel vol. coll. da ultimo cit., 153 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 2/2014.

¹² L'utilità della comparazione negli studi di diritto e nella pratica giuridica è avvertita – come si sa – da tempo e da molti; fatica, invece, a farsi largo l'idea che essa sia – più ancora – necessaria, quanto meno per ciò che attiene all'interpretazione degli enunciati costituzionali relativi ai diritti fondamentali.

¹³ Sui non lievi problemi di ordine teorico e sulla ricaduta pratica delle relative soluzioni, v., di recente e per tutti, O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovverosia l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in [Consulta OnLine](http://www.consultaconline.it), 1/2015, 20 aprile 2015, 242 ss., e, dello stesso, ora, *Servono ancora le “tradizioni costituzionali comuni” dopo la Carta di Nizza-Strasburgo?*, relaz. alla Giornata di studi su *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Messina 16 ottobre 2015, in *paper*.

atto produttivo di norme per antonomasia e perno del sistema attorno ad (ed in funzione di) essa ricostruito, secondo un modello finemente elaborato specie durante la stagione liberale e ancora oggi non del tutto dismesso. La Carta rigida, insomma, sconvolge la quiete di un quadro estremamente semplificato nei materiali positivi riscontrabili in seno agli ordinamenti ottocenteschi e, di conseguenza, nei criteri previsti per la loro composizione in sistema. E lo fa a doppio titolo o verso: rimette in discussione i modi correnti d'interpretare le leggi (e le fonti restanti), sollecitando pertanto una reinterpretazione costituzionalmente orientata dello stesso art. 12 prel., e propone in modo imperioso la questione circa il modo con cui interpretare la Costituzione stessa. Una questione, quest'ultima, che rimanda ad altra, generale questione concernente i “luoghi” positivi in cui possono trovare ospitalità le norme sulla normazione (tra le quali, per una risalente ma ancora oggi accreditata opinione, sono le stesse norme sull'interpretazione¹⁴⁾ e, ove – come da noi – esse risultino, almeno in parte, da fonti di primo grado, la loro idoneità ad asservire alla propria osservanza altre fonti del medesimo grado e, a maggior ragione, fonti di grado ancora maggiore¹⁵.

Questa vessata questione resta fuori dell'orizzonte teorico coltivato da N. ma, a mia opinione, non può essere elusa. È pur vero, ad ogni buon conto, che la presunta “specificità” dell’interpretazione costituzionale – come si è soliti chiamarla¹⁶ – non ha qui soltanto il suo *punctum crucis*, la risposta al quesito se e in che misura essa si caratterizzi rispetto all’interpretazione delle leggi comuni (o di altri atti ancora) dipendendo altresì da più generali questioni che, al fondo, rimandano alla vicenda costituente e, perciò, alle ragioni storico-politiche che hanno portato all'avvento del nuovo ordine costituzionale ed al varo di una Carta che di certo non per capriccio

¹⁴ Il riferimento è, ovviamente, a E. Zitelmann, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatsrechts*, in *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für K. Bergbohm*, Marcus-Weber, Bonn 1919, 207 ss. (trad. it., a cura di T. Ballarino, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, in *Dir. internaz.*, 1961, 152 ss.). Critico nei riguardi della distinzione di Z. tra *Geltung* e *Anwendungsbareit* delle leggi, R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma 1974, 5 ss.

¹⁵ Il mio punto di vista sulla vessata questione può, volendo, vedersi nel mio *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Pol. dir.*, 2/1987, 175 ss., con le ulteriori precisazioni che sono in *La legge come fonte sulla normazione?*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 3083 ss., nonché in www.osservatorirosullefonti.it, 2/2010. Ha, ancora da ultimo, fatto propria la tesi, nella quale non mi riconosco, favorevole alla posizione di norme sulla normazione in atti della medesima specie o forza di quelli regolati P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, FrancoAngeli, Milano 2015.

¹⁶ In argomento, di recente, C. De Fiore, *Interpretazione delle leggi e interpretazione costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1/2015, 13 ss.

esibisce certi contenuti e non altri. La qual cosa si rende particolarmente evidente sul terreno sul quale matura la ricerca volta al riconoscimento dei principi fondamentali dell'ordinamento, alla messa a punto dei loro contenuti maggiormente qualificanti, all'apprezzamento del loro formidabile potenziale espressivo e della loro attitudine a pervadere l'intero campo in cui prendono forma le esperienze giuridicamente rilevanti¹⁷. Principi che proprio con senso storico-politico possono essere compiutamente apprezzati, disvelando essi la reazione ferma, senza riserve o condizionamento di sorta, nei riguardi di un passato col quale si voleva voltare pagina, solo così riuscendosi a coltivare la speranza di poter edificare una società ed uno Stato nuovi, nel segno della discontinuità rispetto ai principi posti a base del vecchio ordinamento e del regime politico che lo aveva governato.

Il vero è che, dietro la vessata questione se i canoni valevoli per l'interpretazione della legge fondamentale della Repubblica siano gli stessi utilizzabili per quella delle leggi restanti (o, meglio, per la gran parte delle leggi)¹⁸, sta l'altra e prioritaria questione circa l'assimilabilità *pleno iure* dei documenti normativi in parola (e, perciò, se la Costituzione sia, quanto meno al precipuo fine della sua interpretazione, una “legge” come ogni altra) e, ancora, l'altra questione se e come possano reciprocamente saldarsi le due interpretazioni e i rispettivi esiti. Una questione, quest'ultima, che proprio nell'idea di “sistema” e d'interpretazione sistematica, anche nelle sue proiezioni “verticali”, può rinvenire la sua più efficace e persuasiva soluzione, ciascuna “legge” offrendosi per la compiuta interpretazione

¹⁷ Sulle non poche né lievi questioni di ordine teoriche che al riguardo si pongono si è, da ultimo, intrattenuto P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015.

¹⁸ Vi sono leggi, infatti, che si sottraggono ai canoni valevoli per le altre, quali quelle che danno esecuzione ai trattati internazionali e che si presentano a mo' di “contenitori” che rimandano, in ordine alla loro comprensione, ai canoni stabiliti per gli atti cui fanno rinvio. A loro volta, i trattati non si interpretano tutti allo stesso modo: ad es., la CEDU – ci dice la giurisprudenza costituzionale – va intesa così come la intende la Corte di Strasburgo ma gli indirizzi interpretativi messi a punto da quest'ultima sono vincolanti per gli operatori di diritto interno unicamente se “consolidati” (sent. n. 49 del 2015). Ricorrendo siffatta condizione, poi, occorre distinguere: se la norma convenzionale “vivente” appare compatibile con la Costituzione – sta scritto nella decisione appena cit. –, essa potrà (e dovrà) assunta a parametro dell'interpretazione delle leggi nazionali, obbligata perciò a conformarvisi; qualora, di contro, dovesse apparire irrispettosa della Carta costituzionale, occorrerà sollevare una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge di esecuzione “*nella parte in cui*”. Ove, poi, l'indirizzo del giudice europeo non dovesse risultare “consolidato”, l'operatore di diritto interno potrà discostarvisi, specificamente nel caso che lo stesso si presenti di dubbia conformità a Costituzione (e, a maggior ragione, se di certa incostituzionalità).

Come si vede, si danno leggi per le quali i canoni di cui all'art. 12 prel. potrebbero non valere; anzi, è pressoché certo che non valgano, specie ove si consideri che – come si è veduto – le leggi nazionali si interpretano nel loro fare “sistema” con le leggi a contorno, delle quali ovviamente non si fanno cura i giudici non nazionali, quale la Corte EDU.

dell'altra.

Ci di avvede così dello stretto, inscindibile legame che s'intrattiene tra l'interpretazione storicamente orientata e quella sistematica, che finiscono nel vivo dell'esperienza col fare tutt'uno. Solo per il tramite della prima si può, infatti, cogliere l'essenza dei principi fondamentali (e, di conseguenza, delle norme costituzionali restanti), mentre la seconda salda alla prima l'intero ordinamento sui principi stessi fondato.

Una interpretazione “parziale”, d'altronde, che escluda in partenza dal suo ambito di svolgimento alcuni materiali normativi (anzi, proprio quelli maggiormente espressivi di valori fondamentali), sarebbe... *asistemática*. E non occorre qui rammentare come, già quasi un secolo addietro, la migliore dottrina avesse rinvenuto nel circolo interpretativo (nella *durchgehende Korrelation*, secondo la efficace definizione di Alf Ross¹⁹) tra tutti gli atti produttivi di norme il luogo elettivo, necessario, per lo svolgimento delle pratiche interpretative, la stessa legge fondamentale della Repubblica richiedendo di attingere alle leggi ed agli atti sottostanti in genere al fine della sua incessante rigenerazione semantica e, per ciò stesso, venendo dunque messa a fuoco unicamente nel “sistema” e attraverso il “sistema”.

3. – Principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali e interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni, nondimeno bisognose di non essere reciprocamente “graduate” e di essere riportate ad un unitario e complesso circolo interpretativo

Sta di fatto che, per un verso, l'inquadramento dell'interpretazione nell'ambito delle dottrine scettiche e, per un altro verso, l'osservazione dei più salienti svolgimenti delle dinamiche istituzionali concorrono a dare conferma di un dato di comune riscontro, anche nello studio di N. messo in chiara evidenza ed opportunamente sottolineato: quello della espansione della funzione giurisdizionale, i cui atti si pongono – com'è noto – quale veicolo privilegiato d'interpretazione: una espansione che avrebbe nondimeno dovuto (e dovrebbe) pur sempre manifestarsi

¹⁹ V. l'ormai classica *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig-Wien 1929.

lungo (e, meglio ancora, entro) le righe dello spartito disegnato negli enunciati e che invece non di rado si è espressa (e si esprime) in forme abnormi, problematicamente riconducibili alla pur amplissima area materiale ritagliata per l’“interpretazione”. Anche strumenti astrattamente “buoni”, per una singolare eterogenesi dei fini, si sono non di rado prestati ad usi cattivi (e talora pessimi), portando alla sostanziale riscrittura dei testi di legge, quando non addirittura dello stesso testo costituzionale (le più rilevanti, pur se spesso abilmente mascherate, manipolazioni della sostanza normativa degli enunciati sono infatti proprio quelle che si dirigono nei riguardi del parametro²⁰⁾.

Indice emblematico di questa tendenza è l’insistito riferimento all’interpretazione conforme, specie da parte della giurisprudenza costituzionale, che ha dato (e dà) modo al giudice delle leggi di sollecitare i giudici comuni all’assunzione di crescenti responsabilità di ordine istituzionale, tanto più evidenti in un contesto segnato da annose e palesi carenze degli organi della direzione politica (e, perciò, da vuoti di normazione che vanno sempre di più crescendo in rapporto a pretese incalzanti di appagamento dei diritti, vecchi e nuovi). Allo stesso tempo, malgrado i giudici siano in modo fermo incoraggiati a considerare meramente “residuale” la soluzione del ricorso al giudizio di costituzionalità, il solo fatto della presentazione di questioni alla Consulta, pur laddove siano quindi respinte (anche per il mancato esperimento del tentativo d’interpretazione conforme), dà modo alla Consulta stessa di riaffermare con vigore il proprio ruolo di “luogo” elettivo, pur se non esclusivo, in cui tracciare i percorsi lungo i quali avviare e far scorrere con profitto gli indirizzi interpretativi costituzionalmente orientati.

Si propone, a questo punto, la micidiale questione teorica, dalle numerose e rilevanti pratiche implicazioni, circa il modo con cui le varie specie di interpretazione conforme si compongono ad unità: se, cioè, si dia un ordine, cronologico ed assiologico, che presiede al loro svolgimento (e, se sì, se esso debba risultare dall’ordine delle fonti, la teoria delle fonti dunque traducendosi e rispecchiandosi nella teoria dell’interpretazione) ovvero se – come a me pare – le interpretazioni in parola non possano, per loro irriducibile attitudine, essere tenute innaturalmente

²⁰ Frequenti e consistenti le “modifiche tacite” del parametro ad opera non solo dei decisorii politici ma anche degli stessi garanti, a partire dal massimo di essi (si rammenti, per tutte, la riscrittura del Titolo V operata dalla Consulta, al fine di rimediare a sviste e carenze dell’autore della riforma del 2001).

distinte (o, peggio, separate e “graduate”) e piuttosto si immettano in un unico circuito interpretativo, strutturandosi quali interpretazioni paritariamente e circolarmente conformi. Anche (e, anzi, soprattutto) da qui si coglie in tutto il suo spessore e la sua strutturale complessità il modo di essere e di divenire del “sistema”: un “sistema”, dunque, che si compone, scomponere e ricomponere senza sosta in ragione dei casi e che ha nei valori fondamentali al servizio dell'uomo (e, perciò, in breve, nel principio-valore personalista) il proprio punto di unificazione-integrazione, da cui stabilmente si tiene e in funzione del quale incessantemente rinnova. La qual cosa è singolarmente evidente – come si diceva – al piano della salvaguardia dei diritti fondamentali. Il principio della massimizzazione della tutela²¹, l'autentica *Grundnorm* e il *Grundwert* a un tempo delle relazioni interordinamentali (segnatamente, al piano dei rapporti tra Costituzione e Carte internazionali dei diritti), un principio fatto proprio da tutte le Carte e nel quale (perlomeno a parole...)²² tutte le Corti dichiarano di riconoscersi, mostra come nessuna graduatoria possa, a mio modo di vedere, farsi su basi formali-astratte tra i documenti normativi in parola, la graduatoria piuttosto potendo (e dovendo) essere ricercata nei singoli casi e fatta quindi poggiare su basi assiologico-sostanziali. E mostra – per ciò che qui maggiormente importa – come il principio stesso debba, più (e prima ancora) che porsi a fondamento e giustificazione della selezione della norma o del “sistema” di norme da far valere nel caso, dare luce ed orientamento al processo interpretativo, all'*unitario* processo interpretativo circolarmente conforme.

²¹ ... a riguardo del quale – come si sa – il dibattito si è molto infittito, specie per ciò che concerne i rapporti tra Corti europee e Corti nazionali [riferimenti e notazioni di vario segno in T. Giovannetti - P. Passaglia, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014; C. Amalfitano - M. Condinanzi, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G. D'Amico, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'ugualanza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; G.M. Salerno, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controllimi a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, in [Consulta OnLine](http://www.consultaconline.it), 2/2015, 3 giugno 2015, e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, relaz. alla Giornata di studio su *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mitue implicazioni)*, cit., in *paper*].

²² Nei fatti, di contro, non poche sono le resistenze a far valere fino in fondo, e coerentemente, il principio in discorso, manifestate tanto dalle Corti europee quanto dalle nazionali ed espressive di un “patriottismo” costituzionale esasperato e, a mia opinione, controproducente.

Sul punto, di cruciale rilievo, N. sembra invero esibire qualche oscillazione.

Per un verso, si dichiara (spec. 188 ss.) dell'idea che le tre specie d'interpretazione conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto "comunitario" o, come a me piace dire, "eurounitario) debbano svolgersi contestualmente (meglio, però, come si è venuti dicendo, potrebbe dirsi *unitariamente*).

Per un altro verso, timoroso che possa lasciarsi "all'interprete un *raggio d'azione* davvero troppo ampio" (191), e preoccupato di mettere al riparo, perlomeno fin dove possibile, il bene-valore indisponibile della certezza, finisce col tornare a far valere "una logica di tipo gerarchico, che nonostante tutti i suoi limiti può, se non altro, continuare a funzionare come strumento effettivamente maneggiabile da parte del giudice" (192).

Questo slittamento di piano (da una prospettiva d'ispirazione assiologico-sostanziale ad una formale-astratta) non è, per le ragioni sopra esposte e per quelle che subito si diranno, condivisibile.

D'altro canto, è vero che non poche sono le circostanze della vita in cui l'interprete e i fruitori dei suoi prodotti hanno da correre rischi anche assai rilevanti e far luogo a scelte particolarmente sofferte e gravide d'implicazioni. La certezza del diritto, specie in alcune circostanze, può, sì, andare incontro a gravi inconvenienti e trovarsi fortemente esposta, per quanto – non si dimentichi – non poche siano le esperienze e le tecniche che quotidianamente connotano l'operato dei giuristi (e, segnatamente, degli interpreti) in cui la certezza è messa sotto *stress*, senza che ciò rechi alcuno scandalo²³.

Solo che – qui è il punto – la sola certezza del diritto, specie nella sua più elevata espressione, quale *certezza del diritto costituzionale*, che io conosca ed apprezzi –

²³ Un esempio per tutti: l'abrogazione tacita, il cui riscontro è rimesso a ciascun interprete, non di rado peraltro svolgendosi su un terreno scivoloso e punteggiato da molte insidie.

Confesso di faticare a comprendere come mai la dottrina corrente rigetti in modo secco ogni orientamento teorico di stampo sostanziale (o, meglio, assiologico-sostanziale), quale quello in cui mi riconosco a riguardo della ordinazione delle fonti in sistema, specie facendo leva sull'argomento che ne verrebbe gravemente pregiudicata la certezza del diritto, senza poi avvedersi che la stessa è comunque, *fisiologicamente*, a rischio in talune esperienze universalmente accettate, quale quella sopra in via meramente esemplificativa richiamata in relazione all'avvicendamento delle norme nel tempo.

come mi è venuto di dire in altre occasioni²⁴ – è quella che si dimostra in grado nella pratica giuridica di convertirsi e risolversi per intero in *certezza dei diritti costituzionali*, cioè nella effettività della loro tutela. E il raggiungimento di quest'ultima è, a conti fatti, demandato ai giudici, a *tutti* i giudici (sovranazionali e nazionali, costituzionali e non).

Il vero è che non è tanto il principio dell'apertura al diritto di origine esterna, pure risultante – non si dimentichi – da enunciati espressamente etichettati come “principi fondamentali” (artt. 10 e 11), a portare diritto all'esito di escludere ogni forma di ordinazione gerarchica, astrattamente qualificata, tra i tipi d'interpretazione conforme, di contro spingendo vigorosamente per la loro mutua e paritaria integrazione, quanto lo sono i principi di libertà ed egualianza e gli altri principi che con essi fanno “sistema”. E ciò, ove si convenga – come, a mia opinione, devesi – che il principio di cui agli artt. 10 e 11 è, sì, un *principio-fine* (nessuno dubitando che pace e giustizia tra le Nazioni siano obiettivi bisognosi di essere costantemente e fermamente salvaguardati) ma è anche, e soprattutto, un *principio-mezzo*, al servizio della *coppia assiologica fondamentale*, come a me piace chiamarla, risultante dagli artt. 2 e 3 e, in ultima istanza, al servizio della dignità della persona umana, mortificata al tempo della guerra da uomini trasformatisi in belve (ancora una testimonianza – come si vede – di quel cruciale rilievo del riferimento storico-politico nell'interpretazione costituzionale, cui si faceva cenno poc'anzi).

Tutto ciò che, nei fatti, si dimostra conducente allo scopo di apprestare la migliore tutela possibile, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti fondamentali dell'uomo (e, in ispecie, alla sua dignità) può (e deve) esser posto in essere, senza esitazione o riserva alcuna, *costi quel che costi*. È questo, *in nuce*, il canone fondamentale che presiede alle vicende dell'interpretazione, ne traccia il verso, vi dà luce e significato.

Se n'è avuta, ancora non molto tempo addietro, conferma ad opera di Corte cost. n. 238 del 2014, dove si è con chiarezza mostrato che l'interpretazione giusta dello stesso principio fondamentale enunciato nel primo comma dell'art. 10 riceve orientamento e sostegno proprio dall'art. 2 (e, specificamente, dal valore

²⁴ Ad es., annotando Corte cost. n. 113 del 2011 (v., dunque, volendo, il mio *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in www.rivistaaiic.it, 2/2011).

indisponibile della dignità). È vero che nella circostanza, sulla quale ovviamente non è qui possibile indugiare, la Corte pur di raggiungere il fine s’è messa sotto i piedi antiche e consolidate credenze in fatto di processo costituzionale (*mutatis mutandis*, qualcosa di simile si è avuta anche con Corte cost. n. 10 del 2015 e in altri casi ancora). Un costo, questo, ad opinione di molti studiosi²⁵, giudicato insopportabile, se si conviene che la fedeltà ai canoni che reggono il processo costituzionale è condizione del mantenimento della “giurisdizionalità” dell’attività in esso svolta dal giudice e, perciò, della sua legittimazione, onde parare il rischio dello snaturamento del giudice stesso nel massimo dei decisorii politici o – come pure mi è venuto di dire in altre occasioni – in un *mostruoso potere costituente*. Con ogni probabilità, dunque, in nome di una giusta, sacrosanta, causa si è battuta una via impercorribile. Il caso è, tuttavia, emblematico; e, al di là delle forme esasperate di cui si è rivestita la soluzione datavi, testimonia *per tabulas* ciò che qui si viene dicendo, e cioè che senza l’effettiva salvaguardia dei diritti costituzionali (specie del diritto indisponibile alla incondizionata e piena tutela della dignità) non v’è, non può esservi certezza del diritto costituzionale, nella sua più genuina espressione: appunto, quale certezza dei diritti stessi.

4. – La “creatività” della funzione giurisdizionale e i suoi tipi (in ispecie, il riempimento delle lacune quale espressione di “creazione” forte e le sentenze-fonti del diritto come “creazioni” fortissime)

Come che stiano al riguardo le cose, l’interpretazione conforme, tanto nelle sue articolazioni “plurali” quanto nella unitaria ricostruzione qui nuovamente patrocinata, unitamente ad altre esperienze nel corso delle quali si è assistito ad un ruolo di centrale rilievo svolto dai giudici (reso viepiù palese dal ricco armamentario di tecniche decisorie di cui gli stessi si sono dotati), ripropone in termini imperiosi e pressanti l’impegnativa questione, teorica e pratica allo stesso tempo, relativa a come stabilire (o, con maggiore cautela, tentare di stabilire), sia pure in modo approssimativo, i limiti entro i quali la funzione giurisdizionale è tenuta a stare a pena di snaturarsi senza rimedio, confondendosi con le attività di carattere politico

²⁵ Per tutti, R. Romboli, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss. (nello stesso fasc. sono numerosi altri commenti, in larga misura critici, a Corte cost. n. 10 del 2015).

ed anzi finendo col sopraffare queste ultime, affermandosi a loro discapito.

La formula largamente in uso secondo cui quella giurisdizionale sarebbe un'attività “creativa”, col carattere evanescente che la connota, non vale tuttavia a rendere neppure approssimativamente l’idea dei modi con cui l’espansione della funzione giurisdizionale ha preso forma, nella varietà delle sue (anche significativamente diverse) espressioni.

A questo proposito, N. propone una catalogazione per gradi della “creatività” in discorso, cui è assegnato un significato “debolissimo”, “debole”, “forte” e “fortissimo” (199 ss.). Ovviamente, sono soprattutto le ultime due specie quelle meritevoli della maggior attenzione, in occasione delle loro manifestazioni potendosi realizzare le più incisive interferenze con le attività proprie dei decisori politici (e, segnatamente, del legislatore).

Qui pure lo studio mostra per vero qualche oscillazione, spostandosi da un piano all’altro e adottando una prospettiva ora sostanziale ed ora formale di osservazione dei fenomeni indagati.

La qualificazione come “forte” del ruolo giocato dall’interprete in relazione alle lacune e ai modi del loro riempimento (209 ss.) si dispone al primo piano e si coglie dalla prima prospettiva; all’altro piano e dalla seconda, sta invece la qualificazione come “fortissimo” del ruolo proprio di alcune sentenze che, per un’accreditata dottrina cui N. si allinea, si porrebbero quali vere e proprie fonti del diritto.

Quanto alle lacune, l’a. sposa la tesi secondo cui la loro esistenza o inesistenza, “più che costituire un problema interpretativo, stia *a valle* della sua risoluzione, o meglio di una sua possibile risoluzione” (214; c.v. testuale). Rifacendosi ad una nota indicazione di R. Guastini (e di altri), l’interprete dunque “crea la lacuna” (*iv*). In realtà, prende qui corpo – a me pare – un processo interpretativo complesso che si snoda in più fasi: in un primo momento, l’operatore cerca una norma che sa (o, meglio, *intuisce*) in partenza di potergli giovare per il caso, avvalendosi delle disposizioni esistenti.

Si fermi, solo per un momento, l’attenzione sul punto. Forse, si è ad oggi poco riflettuto sulla circostanza per cui, se è vero che è dalla disposizione che, per il tramite dell’interpretazione, si trapassa alla norma (secondo l’aureo insegnamento

crisafulliano), non è meno vero che la stessa individuazione e selezione delle disposizioni astrattamente disponibili, tra le quali presuntivamente si situa quella giusta, buona per il caso, ha luogo sotto la spinta di una norma pur se confusamente intuita, che dunque (pre)orienta la ricerca e in varia misura condiziona il reperimento della disposizione stessa²⁶.

In un secondo momento, poi, qualora l'operatore non abbia trovato la norma voluta o attesa e constatata, perciò, l'esistenza della lacuna, colma quest'ultima attingendo pur sempre, di necessità, alle disposizioni stesse, reinterpretandole. La lacuna, insomma, sta a mezzo di un processo interpretativo internamente complesso; in qualche modo, può dirsi che segue una prima interpretazione e precede una seconda. In ogni caso, è chiaro che tanto la “scoperta” (o, se si preferisce, la creazione) quanto il riempimento della lacuna vanno ambientati al piano sostanziale, com’è proprio di ogni attività di produzione di norme per via d’interpretazione.

La prospettiva dalla quale invece anche N. guarda alle sentenze-fonti è, come si diceva, d’ispirazione formale-astratta. Ogni sentenza di una certa specie (ad es., la sentenza di accoglimento della Corte costituzionale) è sempre, in tesi, espressiva di un ruolo “fortissimo” (216 ss.).

È chiaro che, se si guarda agli effetti, la qualificazione è lineare, direi obbligata; e basti solo, al riguardo, pensare alla *communis opinio* che tiene – a mia opinione, innaturalmente – distinte (e, anzi, contrapposte) le decisioni di rigetto da quelle di annullamento della Corte costituzionale. Ciò che fa della sentenza costituzionale un atto davvero singolare, l’unico – che io sappia – che, a stare al comune sentire, cambia camaleonticamente pelle e natura *secundum eventum litis*, ora presentandosi quale vera e propria fonte del diritto ed ora invece no, in quanto produttiva di effetti ora generali ed ora particolari²⁷.

Si tratta nondimeno, una volta di più, d’intendersi su cosa debba intendersi per

²⁶ Questa considerazione può vedersi nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Giappichelli, Torino 2009, 8, con richiamo ad un pensiero di R. Bin.

²⁷ Ho affacciato quest’appunto critico, unitamente ad altri, nel mio *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con gli ulteriori svolgimenti dativi in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunce e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. Baldazzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

“creatività” o “innovatività” o ancora, per un’altra ricorrente qualifica, “normatività” di alcune specie di sentenza²⁸.

L’assunto da cui anche N. muove, allineandosi ad una lunga schiera di studiosi, è che la “normatività” debba misurarsi in relazione al numero indeterminato dei destinatari dell’atto che la esprime, l’efficacia generale ponendosi quale un indice particolarmente attendibile, seppur non esclusivo²⁹, di siffatta proprietà dell’atto e, perciò, del carattere “fortissimo” della creatività espressa dall’operatore in occasione della sua adozione.

Questa è, però, a mio modo di vedere, solo una delle due facce della luna; poi, c’è quella nascosta, non meno rilevante della prima. Non sono poche, infatti, le esperienze in cui pronunzie di rigetto esprimono una “creatività” ancora maggiore di alcune decisioni di accoglimento: ad es., laddove mascherino – alle volte abilmente, altre goffamente – una manipolazione della sostanza normativa della legge interpretata e – di più – laddove la manipolazione si diriga verso (e cioè contro) il parametro costituzionale o, addirittura, in entrambi i versi (oggetto e parametro assieme). Taluni usi abnormi, ma non per ciò non infrequenti, dell’interpretazione conforme ne danno tangibile ed inequivoca testimonianza.

Insomma, la “creatività” in sé e per sé è una cosa, e dipende dall’entità della incisione operata a carico del dettato normativo preesistente; la estensione della cerchia di coloro che ne sono interessati, un’altra.

5. – L’eccesso di potere giurisdizionale, il suo problematico riscontro, il bisogno di tornare al testo a presidio della tipicità del ruolo degli interpreti rispetto a quello dei decisori politici, la varia intensità dei vincoli discendenti dal testo stesso a carico dei giudici e degli interpreti in genere

Anche (e, forse, soprattutto) da qui si ha conferma dei non pochi casi in cui è

²⁸ *Le sentenze normative della Corte costituzionale* è l’emblematico titolo di un noto studio di G. Silvestri, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss. Più di recente, v. le precisazioni che sono in C. Panzera, *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, 497 ss. e, dello stesso, *amplus*, ora, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

²⁹ Non si trascuri, infatti, che vi sono atti “generali” e, ciononostante, usualmente considerati non “normativi”; e ciò senza tacere le non poche riserve di ordine teorico-pratico che investono l’idea stessa di “generalità” e il suo pratico riscontro.

dato assistere ad un eccesso di potere giurisdizionale, sul quale N. si sofferma con opportuni rilievi (p. 233 ss.). Uno degli esiti ricostruttivi cui N. perviene mi parrebbe difficilmente confutabile, segnatamente laddove fa notare non esservi «niente di sbagliato (né, in fondo, di particolarmente innovativo) nel rifiutare l’idea del giudice bocca della legge, ma occorre fare uno sforzo per evitare di cadere nella trappola degli eccessi opposti, a meno che non si ritenga salutare il semplice sostituire un mito con un altro (dal giudice meccanico esecutore della Legge al Giudice unico vero decisore del diritto vigente, più o meno efficacemente nascosto dietro il *paravento della legge*)» (239; c.vi testuali).

Che il giudice, dunque, debba tenersi alla larga da ciascuno dei corni estremi e soffocanti dell’alternativa suddetta mi parrebbe innegabile; il punto, però, non chiarito (e sul quale possiamo legittimamente dividerci) è dove a conti fatti si situi, vale a dire quale sia, per quantità e soprattutto qualità, il “tasso” di “creatività” fisiologicamente esprimibile ed effettivamente espresso dall’operatore di giustizia.

Temo che un parametro certo, suscettibile di meccaniche e ripetitive applicazioni, non si dia e non possa darsi. Il che vale come dire che l’equilibrio al piano dei rapporti tra giudici e decisori politici è mobile, potendo fissarsi e rinnovarsi di continuo su più punti della retta che li unisce e pone in reciproco rapporto. Il modello costituzionale è, insomma, aperto; i ruoli sono, sì, anche a mia opinione bisognosi di essere tenuti distinti, risultando altrimenti pregiudicata quella separazione dei poteri che, pur nei limiti in cui da noi come altrove trova accoglienza, identifica l’essenza di ogni Costituzione di stampo liberale, secondo la efficacissima e ad oggi nient’affatto obsoleta indicazione dell’art. 16 della *Dichiarazione* del 1789, già richiamato in esordio di questa esposizione. È pur vero, tuttavia, che le attività di garanzia (in senso lato) e le attività di direzione politica possiedono, ciascuna, connotati loro propri inconfondibili, malgrado i tentativi periodicamente ricorrenti³⁰ volti a tenerli sotto traccia.

In un quadro gravato da molte ipoteche di ordine teorico, nelle quali peraltro si traduce e rispecchia un contesto istituzionale complesso e confuso, N. trova

³⁰ ... e ancora di recente avanzati – convengo, con fine argomentazione –, quale quello di O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010 e, dello stesso, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2012.

rassicurante (almeno in parte...) il ritorno al testo, quale dato anche esteriormente visibile al quale l'interprete è sollecitato ad ancorarsi e dal quale stabilmente tenersi (spec. 258 ss.)³¹. Il testo non è, infatti, mai totalmente muto, come vorrebbero le dottrine che si rifanno allo scetticismo “radicale”; invece, parla, anche se in misura e con toni continuamente cangianti, come tali idonei ad esprimere vincoli di varia intensità a carico degli interpreti.

Il testo – ci dice N., rifacendosi all'insegnamento di Popper (260) – è «criterio di falsificazione della costruzione interpretativa»; è, cioè, punto di riferimento per la “*riprova*” della bontà dell'interpretazione.

Qui, nuovamente, N., dopo aver svolto considerazioni apprezzabili al piano sostanziale, opta quindi nelle conclusioni per valutazioni e canoni qualificatori di formale fattura onde tenere distinti gli atti *stricto sensu* “normativi” da quelli restanti (e, segnatamente, da quelli giurisdizionali): il *nomen iuris* degli atti (legge, sentenza, ecc.), il carattere generale ed astratto delle norme, la generalità degli effetti, il carattere libero ovvero vincolato della funzione esercitata, la presenza, o no, di motivazione, soprattutto i diversi procedimenti a conclusione dei quali prendono forma gli atti giuridici, ecc. (v. un puntuale elenco a 260 s.). Eppure, come lo stesso N. non manca di far notare, non si tratta di criteri affatto sicuri (si pensi ai non infrequenti casi di leggi non generali ed astratte o di attività non libera del legislatore, di sentenze non particolari, e via discorrendo).

In realtà, i vincoli che i testi di legge possono esprimere a carico dei giudici (e degli interpreti in genere) si distendono e contraggono a fisarmonica, presentandosi in misura ora maggiore ed ora minore, esattamente così come lo sono quelli posti dalla Costituzione alla legge: alle volte, sono meramente *negativi*, altre volte *positivi*, comunque ora più ed ora meno stringenti. L'intensità prescrittiva – come a me piace chiamarla – dell'atto condizionante nei riguardi dell'atto condizionato è, dunque, assai varia³², con la conseguenza che si rivela essere un'impresa disperata, votata a

³¹ Sul rilievo del testo in sé e per sé insiste – come si sa – una nutrita schiera di studiosi (per tutti, M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 1/2009, 1 ss.).

³² ... alle volte scemando quanto più si sale lungo la scala gerarchica; e basti solo considerare come proprio le norme apicali dell'ordinamento, i principi fondamentali, si trovino gravemente esposti a loro anche incisive manipolazioni semantiche, a motivo della singolare apertura della struttura nomologica che li connota: come si è fatto, ancora da ultimo notare, essi si presentano “duri e iscalibili quanto, ossimoricamente, indeterminati

pressoché sicuro insuccesso, quella volta alla catalogazione dei vincoli stessi entro schemi pur se approssimativamente attendibili.

La forza normativa, insomma, intesa quale *forza in senso sostanziale* (prescrittiva, appunto), ha molti volti, persino per uno stesso documento normativo (a partire dalla stessa Costituzione)³³; e molti volti ha, di conseguenza, anche l'attività posta in essere dagli interpreti volta a dare (a seconda dei casi, e sia pure approssimativamente) ora *attuazione* ed ora mera *applicazione* dei documenti medesimi³⁴.

6. – La misura giusta della “discrezionalità” che può (e deve) essere concessa al giudice, apprezzabile caso per caso e secondo ragionevolezza (per una sua accezione assiologicamente qualificata) e i rimedi esperibili avverso gli eccessi di potere giurisdizionale, con specifico riguardo ai conflitti interorganici, pur nei limiti particolarmente stringenti ad essi posti dalla giurisprudenza costituzionale

A conclusione del suo lungo ed articolato percorso di ricerca, N. si interroga circa i possibili rimedi attivabili avverso i casi di riscontrato eccesso di potere giurisdizionale (263 ss.).

La buona legislazione può, al riguardo, fare molto. È chiaro che la puntualità di disposto può contenere, anche in significativa misura, la “discrezionalità” dell’interprete; alle volte, però, la soffoca, dando vita a guasti ancora maggiori dei

e dunque plasmabili” (A. Bernardi, Presentazione. *Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, cit., XVII).

³³ E questo spiega come l’ordine delle fonti secondo forma possa essere persino ribaltato su se stesso, non di rado la forza sostanziale, nel senso appena precisato, di un testo legislativo dimostrandosi maggiore di quella propria del dettato costituzionale, tanto da non essere infrequentì i casi in cui si fa luogo ad un’interpretazione non già della legge in senso conforme a Costituzione bensì di quest’ultima orientata verso la prima.

³⁴ Riconduce, di contro, l’operato del giudice sempre all’*applicazione* delle leggi M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 10 ottobre 2014, e, su di lui, però, i rilievi di R. Bin, in più scritti, tra i quali *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, 215 ss., spec. 224 ss. In realtà, non poche volte – come si viene dicendo nel testo – il giudice è chiamato ad estrarre da un dettato legislativo fatto a maglie larghe (e, talora, larghissime) e, perciò, estremamente carente regole in esso non esplicitate; e così pure, ad es., laddove si tratti di dare seguito a pronunzie additive di principio della Corte costituzionale ovvero a fare “applicazione” (*rectius*, “attuazione”) diretta dei principi costituzionali, svolgendo pertanto un’attività in tutto e per tutto (se non per gli effetti) eguale a quella posta in essere dal legislatore. Di una “co-produzione” normativa tra giudici e legislatore ragiona, ora, anche A. Gusmai, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015.

vantaggi che pure potrebbero aversene.

Come l'esperienza ha molte volte dimostrato, laddove il dettato legislativo si presenta troppo rigido e dettagliato, lì non di rado il giudice delle leggi s'è trovato (e si trova) costretto ad intervenire per temperarlo e renderlo flessibile, al fine di poter pervenire ad un bilanciamento complessivamente appagante degli interessi in gioco, tutti – quale più quale meno – meritevoli comunque di protezione. Insomma, al giudice non conviene che sia concessa né troppa né troppo poca “discrezionalità”. Non si ha, però, un metro che consenta di far luogo ad un dosaggio buono una volta per tutte; la misura è, invece, varia e la sua determinazione, a conti fatti, non può che essere apprezzata secondo ragionevolezza: una ragionevolezza che – come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi – ha da volgersi, a un tempo, verso il basso, gli interessi oggetto di regolazione, e verso l'alto, i valori costituzionali nel loro fare “sistema”. Da entrambi i poli, la ragionevolezza prende luce ed orientamento, dal momento che essi si implicano a vicenda. Le combinazioni di valore sono, infatti, sollecitate dai casi, con gli interessi di cui essi si fanno portatori, ma questi ultimi non possono essere apprezzati come si conviene senza il necessario e costante riferimento ai valori (e, perciò, ai parametri costituzionali in cui essi si incarnano e per il cui tramite si rendono giuridicamente visibili).

Ecco perché, come vado dicendo da tempo, ogni giudizio di costituzionalità è, a conti fatti, sempre, un giudizio secondo ragionevolezza, una ragionevolezza assiologicamente qualificata.

Il rimedio sulla carta più efficace avverso le deviazioni dei giudici (ma degli organi di rilievo costituzionale in genere) dal solco entro il quale sono tenuti a stare è dato – come si sa – dal ricorso per conflitto tra poteri e dalle sanzioni che possono essere adottate in occasione della relativa risoluzione (270 ss.).

N. rammenta l'orientamento restrittivo al riguardo manifestato dalla giurisprudenza, favorevole al controllo non già in caso di cattivo esercizio della funzione bensì in quello di impossibile riconducibilità dell'atto alla funzione stessa. Non manca, però, di rilevare come i “contorni” della distinzione suddetta, «teoricamente molto netti, rischiano di sfumare un po' in concreto» (ancora 270).

Si capisce la preoccupazione sottesa all'indirizzo giurisprudenziale in parola, nel timore, fortemente avvertito dal giudice costituzionale, che i propri verdetti possano

essere intesi quali espressioni di una “forza politica” – per riprendere una fortunata formula coniata dal mio Maestro³⁵ – smodata e francamente intollerabile, espressiva di una vera e propria invasione di campo altrui³⁶.

Si tratta, nondimeno, di un indirizzo cui è assai difficile poter dare accoglienza, sol che si pensi che la Corte non è stata istituita allo scopo di acclarare i casi... certi di incostituzionalità o, come pure è stato proposto di dire³⁷, di anticostituzionalità, siccome risultanti da macroscopiche violazioni della Carta ad opera di atti o comportamenti che già a primo acciò appaiano dei monstra; il tribunale costituzionale deve piuttosto la ragion d’essere della propria esistenza nel bisogno di risolvere i casi dubbi (le “controversie”, secondo la testuale, non casuale, indicazione del dettato costituzionale; e “controversie” sono, ovviamente, anche i conflitti interorganici).

Ora, il cattivo esercizio della funzione, sia essa la legislativa come la giurisdizionale, è causa di annullamento dell’atto che se ne renda responsabile; la impossibile riconducibilità dell’atto alla funzione dovrebbe, invece, considerarsi causa di nullità-inesistenza. Senza, dunque, escludere che possano essere portati alla cognizione della Corte anche atti nulli, affetti cioè da invalidità in senso forte (per riprendere una nota qualifica di R. Guastini³⁸) o – se più piace dire – da anticostituzionalità e che la Corte possa accertarne la radicale incompatibilità con la Costituzione³⁹, per norma l’invalidità è però di tipo debole (si tratta, cioè, di una mera incostituzionalità, in senso stretto), che richiede di esser sanzionata con le forme usuali dell’annullamento.

Insomma, pur comprendendosi la cautela e ritrosia della Corte in ordine alla cognizione dei casi di eccesso di potere giurisdizionale, resta ugualmente irrisolta l’aporia di costruzione sottesa all’indirizzo giurisprudenziale suddetto, tanto più se posta a raffronto con la diversa soluzione adottata in relazione ai casi di eccesso di

³⁵ Di T. Martines, v., almeno, l’ormai classico *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. 196 ss.

³⁶ Gli stessi sentimenti tornano a manifestarsi in altri ambiti materiali di esperienza: ad es., con riguardo alle condizioni al ricorrere delle quali la Corte ritiene di poter esperire il proprio sindacato sui decreti-legge, sotto lo specifico aspetto della “evidente mancanza” dei presupposti fattuali giustificativi della loro adozione.

³⁷ A. Spadaro, *Limi del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

³⁸ Tra gli altri suoi scritti, v. *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

³⁹ Forse, però, come si è fatto notare in altri luoghi, la soluzione più lineare sarebbe quella di una pronuncia di manifesta inammissibilità di questioni aventi ad oggetto atti radicalmente nulli (“non-leggi”, “non-sentenze”, ecc.), accompagnata dall’accertamento della loro “anticostituzionalità”.

potere legislativo.

7. – *Segue: La chiamata a responsabilità del giudice per errore interpretativo e la prospettiva, qui coltivata, di una possibile chiamata a responsabilità del legislatore idonea a tradursi nel risarcimento del danno causato ai diritti da leggi incostituzionali*

Al di là dei (e, comunque, in aggiunta ai) rimedi esperibili sugli atti, resta poi pur sempre percorribile la strada della chiamata a responsabilità del giudice per errore interpretativo (272 ss.): una strada tuttavia in salita, impervia, che può portare alla metà unicamente in casi assai limitati ed al verificarsi di condizioni fatte oggetto di riscontro con somma oculatezza. Ed una strada, a mia opinione, meritevole di essere percorsa non soltanto con riguardo ai casi di deviazioni gravi del giudice dal solco costituzionale precostituito per le attività inerenti al suo ufficio ma anche per quelli in cui la torsione dei ruoli istituzionali si debba ad organi diversi, e segnatamente – per ciò che più importa – dei decisori politici (e, dunque, principalmente del legislatore).

Su quest'ultimo punto, di cruciale rilievo, N. non s'intrattiene a completamento del suo accurato studio; ed è un punto – come si sa – in relazione al quale dottrina e giurisprudenza da noi (e diversamente da altri ordinamenti) faticano a prendere consapevolezza di ciò che può (e deve) farsi, coltivando un campo ricco di risorse ma ad oggi non arato come si conviene.

Sono da tempo persuaso (e mi radico sempre più nel convincimento) che molte delle decisioni della Corte costituzionale in cui si lamenta l'inadempienza rispetto ad obblighi di *facere* gravanti sul legislatore (ad es., in ordine al "seguito" da dare alle additive di principio) ovvero di *non facere* (ad es., evitare di dar vita ad atti lesivi del giudicato costituzionale), obblighi – si badi –giuridicamente (e non solo politicamente) rilevanti, siano purtroppo condannate a restare lettera morta a motivo del fatto che una terapia veramente efficace per la sordità cronica del legislatore rispetto alle indicazioni dategli dalla Consulta a tutt'oggi non è stata somministrata. Certo, molti moniti contenuti in pronunzie di rigetto e rimasti inascoltati possono quindi portare al successivo accoglimento della medesima questione, per effetto di un *revirement* peraltro non sempre facilmente argomentabile in modo persuasivo, così

come le stesse additive di principio si sono qualche volta, stranamente, convertite in additive di regola⁴⁰. Sta di fatto però che non si è ad oggi riusciti ad inventare un modo stringente per porre rimedio alle complessive carenze della legislazione, nelle quali poi – come si è sopra accennato – sta una delle cause, e di certo tra le non secondarie, di alcune delle più vistose deviazioni istituzionali dei giudici. Se, invece, si stabilisse che può esservi altresì una responsabilità dell'erario per danni a carico dei diritti lesi da leggi incostituzionali⁴¹ e che il risarcimento del danno può (e deve) essere non meramente simbolico, allora credo che, almeno in molti casi, il legislatore si risveglierebbe dal suo atavico torpore.

Come che sia di ciò, la lettura del libro conferma la bontà di un accreditato insegnamento, secondo cui proprio sul terreno dell'esperienza costituzionale, laddove cioè si tessono e prendono forma le relazioni al massimo livello di esercizio del potere, i precetti costituzionali risultano sorretti da sanzioni solo fino ad un certo punto, senza nondimeno per ciò vedere sminuita la loro formidabile carica deontica⁴²; di lì in avanti, infatti, l'osservanza degli stessi è rimessa al senso dello Stato, al dovere di fedeltà alla Repubblica ed all'etica di cui la Carta costituzionale si fa portatrice⁴³.

Certo, l'equilibrio tra decisori politici e controllori (e gli atti dagli stessi adottati) resta pur sempre strutturalmente precario, soggetto a continue oscillazioni, obbligato a ricercare in se stesso sintesi complessivamente concilianti e, almeno in

⁴⁰ È invero singolare che, ferma la “situazione normativa” di partenza – come a me piace chiamarla –, la Corte possa spingersi alla produzione di quelle regole dapprima esclusa in nome del doveroso rispetto nei riguardi della “discrezionalità” del legislatore.

⁴¹ L'ipotesi ora ragionata è stata coraggiosamente avanzata da R. Conti, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: *in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in AA.VV., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss., con riguardo ad una fattispecie determinata (la mancanza di disciplina legislativa per le coppie dello stesso sesso) ma con soluzione a mia opinione generalizzabile, sempre che risulti provato che la lesione del diritto costituzionale sia conseguenza *diretta, immediata e necessaria* del vuoto legislativo.

⁴² Il punto è da tempo rilevato dalla migliore dottrina: ha finemente osservato F. Modugno, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII (1978), 346, esser la coattività attributo non già delle singole norme bensì dell'intero ordinamento cui esse appartengono, dal quale “si trasmette distributivamente” alle norme stesse. Dal suo canto, M. Mazziotti di Celso, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXI (1990), 5, ha fatto acutamente notare che, pur laddove facciano difetto sanzioni efficaci a garanzia dell'ordinato svolgimento delle relazioni tra gli organi supremi, si sarebbe in presenza di un fatto che, “per paradossale che ciò possa apparire, è una conseguenza della ragion d'essere della coercibilità”. Sulle sanzioni in diritto costituzionale e sui limiti della loro efficacia, v., per tutti, L. Ventura, *Le sanzioni costituzionali*, Giuffrè, Milano 1981.

⁴³ Il fondamento e la garanzia, a un tempo, della tipizzazione dei ruoli istituzionali sta, dunque, nel dovere di fedeltà alla Repubblica, per una sua densa, particolarmente espressiva accezione (ne ha, di recente, fatto oggetto di una fine ricostruzione teorica A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013).

parte, appaganti. La luce che illumina il cammino degli operatori nondimeno non manca e non è fievole, risultando proprio da quei valori fondamentali positivizzati nei quali l'etica repubblicana rinviene la sua più genuina ed espressiva rappresentazione.

Si giunge così al termine del percorso di ricerca di N., lungo il quale – come si è veduto – si trovano disseminati spunti di largo interesse che meritano di essere ripresi e opportunamente coltivati, offrendo alimento e orientamento agli studi a venire.

Per questo verso, quella di N. resta dunque una riflessione “aperta”, che non consegna molte certezze operative né – mi pare di poter dire – era (ed è) questa la sua ambizione. Piuttosto, apre problemi nuovi; e, proprio per ciò e in ciò, ha il suo maggior pregio, com’è d’altronde tipico delle migliori indagini teoriche, che servono se ed in quanto danno la spinta e tracciano il verso per future indagini, spianando loro plurime piste da battere con profitto.

Fa piacere – in conclusione – leggere lavori come questo, che si cimentano su temi di ordine teorico e non indulgono a quelli che, con severo distacco, M.S. Giannini chiamava i “raccontini”. Lavori fatti non ad “usa e getta” ma per durare (e durare a lungo), perché provvisti di solido impianto metodico; scritti non per superare un concorso alle porte ma coi tempi giusti per la loro compiuta maturazione; lineari negli svolgimenti argomentativi ed equilibrati nelle soluzioni raggiunte, con le quali ci si deve comunque confrontare, pur laddove poi non le si condivida, ancorché solo in parte. Un lavoro, infine, che denota una sensibilità e maturità inusuali per un giovane studioso, qual è il suo autore, e che – sono certo – non passerà inosservato in seno alla cerchia degli studiosi, di diritto costituzionale e non.



ISSN 2037-6677

2015/3

Il projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République nel contesto della decentralizzazione territoriale francese

The projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République in the context of the French devolution

Diletta Pamelin

Abstract

Territorial devolution is becoming an increasingly important issue in France, that is a country with a longstanding centralist tradition. The contorted process, begun in the Eighties, that lead to the emersion of local powers, develops through three subsequent phases (the so-called Actes I, II et III de la décentralisation). Those stages culminated in the drafting of the bill concerning a new territorial organization of the Republic (so-called loi NOTRe), which is now undergoing parliamentary review. The paper purports to analyze the three stages of devolution and to outline the backdrop against which the bill was introduced.

Tag: loi NOTRe, territorial, organization, France, devolution



Il projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République nel contesto della decentralizzazione territoriale francese

di Diletta Pamelin

SOMMARIO: 1. – Introduzione: la Repubblica francese, uno Stato unitario (parzialmente) decentralizzato. 2. – I progetti di riforma del decentramento francese. 3. – Il projet de loi NOTRe. 4. – Osservazioni conclusive.

1. – Introduzione: la Repubblica francese, uno Stato unitario (parzialmente) decentralizzato

La recente approvazione in seconda lettura del Projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe) da parte del Senato francese¹ porta nuovamente al centro del dibattito politico la questione dell'organizzazione del sistema territoriale d'oltralpe. Il progetto di legge NOTRe costituisce il terzo elemento della riforma territoriale fortemente voluta dal Presidente della Repubblica François Hollande, dopo la Loi de modernisation de l'action publique territoriale et

¹ Avvenuta il 2 giugno 2015 con 191 voti a favore e 35 contrari:
http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201411/nouvelle_organisation territoriale_de_la_republique_le_deuxieme_volet_de_la_reforme territoriale_devant_le_senat.html
 Precedentemente il progetto di legge era già stato approvato in prima lettura con modificazioni sia da parte del Senato (27 gennaio 2014) sia da parte dell'Assemblea nazionale (10 marzo 2015).

d'affirmation des métropoles² e la loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral³.

Le radici della discussione attorno alla *décentralisation française* sono risalenti nel tempo e affondano nell'essenza stessa della costruzione costituzionale francese. La Repubblica francese è infatti caratterizzata, secondo il parere unanime degli studiosi⁴, da una lunga tradizione giuridica, politica e culturale di centralismo che deriva dalla Rivoluzione, fonte di un disegno di unità politica⁵ volto ad imporre sull'intero territorio nazionale regole uniformi di diritto⁶. L'impronta del centralismo è riscontrabile in ogni fase evolutiva dell'ordinamento statale francese e proprio per questo motivo il processo per l'affermazione di un potere locale è risultato essere lento e tortuoso⁷.

Al fine di comprendere al meglio la portata della riforma attualmente in discussione, si rende innanzitutto necessario rilevare gli elementi chiave attorno ai quali ruota la struttura della centralizzazione francese.

Il cardine è individuabile nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, in particolare nell'articolo 3⁸, che connette in maniera inscindibile la sovranità con l'unità della Nazione, concetti ripresi successivamente dalla Costituzione francese del 1958. Di particolare rilievo, a tale proposito, sono la definizione della Francia come «une République indivisible [...]»⁹ e l'art. 3 della Cost., che stabilisce che «la souveraineté nationale appartient au peuple [...]» e dunque «aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice». In questo modo si decreta l'indivisibilità del popolo francese e di conseguenza si definisce, agli artt. 34 e 72 Cost., il concetto di Stato nazione

² Promulgata dal Presidente della Repubblica il 27 gennaio 2014.

³ Promulgata dal Presidente della Repubblica il 16 gennaio 2015.

⁴ Sul punto si vedano ad esempio: M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, Torino, Giappichelli, 2004; M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa, il decentramento territoriale della Repubblica francese*, Milano, Giuffrè, 2004; E. Grosso, *I rapporti centro-periferia e il sistema delle collettività territoriali*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G. F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, tomo I, Roma-Bari, Laterza, 2014.

⁵ M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa, il decentramento territoriale della Repubblica francese*, cit., pp. 9-10. L'autrice sottolinea come tale disegno di unità politica ponga fine anche al pluralismo sociale (si ricordi ad esempio l'ostilità nei confronti di qualunque forma di libertà di associazione espressa dal diritto rivoluzionario) e delle entità locali, considerate fonte di privilegi e retaggio dell'*ancien régime*.

⁶ M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, cit., pp. 3-4.

⁷ Ibid, p. 20.

⁸ «Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa».

⁹ Articolo 1 del testo originale della Costituzione del 1958.

indivisibile¹⁰ caratterizzato dalla centralizzazione della produzione normativa. L'art. 34 stabilisce che appartenga al Parlamento il compito di determinare tramite legge sia il regime elettorale delle assemblee locali sia i principi fondamentali della libera amministrazione delle collettività locali, delle loro competenze e risorse. È infatti la legge emanata dal Parlamento nazionale, espressione della *volonté générale*, l'unico atto legittimato ad esercitare il potere normativo. L'art. 72 dispone che le collettività territoriali si amministrino liberamente attraverso consigli eletti, sempre tuttavia nell'ambito delle condizioni previste dalla legge e sotto il controllo amministrativo e di legalità dei delegati del Governo. L'edificio giuridico francese risulta dunque profondamente statocentrico e da questo aspetto derivano le numerose resistenze storiche e politiche ad un vero e proprio decentramento territoriale¹¹.

La dottrina individua ciononostante elementi che si muovono in direzione di una disarticolazione crescente del potere territoriale¹², ma resta di fondamentale importanza il carattere meramente amministrativo di questa e l'assenza totale di un qualsiasi potere normativo degli enti territoriali, potere di cui resta titolare esclusivo il Parlamento nazionale¹³.

Tale osservazione trova ulteriore conferma in un peculiare elemento, tipico dell'ordinamento francese: la figura del Prefetto, introdotta con una legge napoleonica del 1800. Il Prefetto viene infatti nominato (ed eventualmente revocato) dallo Stato centrale ed è preposto all'attività esecutiva presso un dipartimento o una regione. Ciò significa che prima della riforma della *décentralisation* del 1982 (il cosiddetto «*Acte I de la décentralisation*», v. *infra*) l'organo esecutivo degli enti territoriali non era democraticamente legittimato, ma incarnato da un organo dello Stato del tutto estraneo alla realtà territoriale¹⁴. Ciò conferma definitivamente che il

¹⁰ Già la precedente Costituzione del 1946 affermava in maniera esplicita, all'articolo 85, non solo l'«indivisibilità», ma anche l'«unità» dello Stato.

¹¹ M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa, il decentramento territoriale della Repubblica francese*, cit., pp. 16-17.

¹² Gli enti territoriali sono infatti dotati di personalità giuridica, amministrati da autorità elette nell'ambito della collettività e dispongono dei poteri delegati dallo Stato.

¹³ Sul punto si vedano: M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, cit., p. 29; M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa, il decentramento territoriale della Repubblica francese*, cit., p. 17; T. Di Manno, *The Sénat of the French Republic*, in J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi (cur.), *A World of Second Chambers, handbook for constitutional studies on bicameralism*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 238.

¹⁴ Il ridimensionamento dei poteri del Prefetto grazie alle normative degli anni Ottanta (v. *infra*) costituisce un elemento centrale della decentralizzazione francese.

decentramento¹⁵ francese è meglio definibile come una semplice deconcentrazione¹⁶ amministrativa e burocratica¹⁷.

Resta inoltre da analizzare la posizione del Senato francese il quale «est élu au suffrage indirect» e «assure la représentation des collectivités territoriales de la République»¹⁸. Innanzitutto è interessante osservare come l'affermazione del bicameralismo non sia stata immediata nella fase post-rivoluzionaria, proprio perché simile sistema era percepito come una negazione dell'unità nazionale¹⁹. L'adozione della configurazione bicamerale avverrà nel 1795, dopo la fine del periodo del terrore, per ostacolare la possibile tirannia di un regime monocamerale. La presenza di una seconda Camera con i medesimi poteri dell'*Assemblée nationale* sarà messa in discussione con l'adozione della Costituzione del 1946, che ridurrà il Senato a semplice assemblea consultiva, e ripristinata con la revisione costituzionale del 1954, che restituirà ad esso la pienezza dei suoi poteri legislativi, sanciti anche nel testo dell'art. 45 della Costituzione del 1958. Un nuovo tentativo di portare il Senato ad esercitare una mera funzione consultiva sarà rigettato dal referendum del 27 aprile 1969²⁰.

In uno Stato unitario (parzialmente) decentralizzato²¹ quale è la Francia, la funzione del Senato è quella di proteggere gli interessi delle collettività territoriali. Tale elemento acquisisce particolare rilievo a seguito della legge costituzionale del 28 marzo 2003 (*v. infra*) la quale, novando l'art. 39 Cost., stabilisce che «des projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat»²². Con le leggi organiche 2014-125 e 2014-126 del febbraio 2014 il legislatore francese è inoltre intervenuto sulla composizione della Camera alta, stabilendo l'incompatibilità tra le funzioni esecutive locali e quelle di deputato, senatore o rappresentante al Parlamento europeo a partire dal 2017.

¹⁵ Secondo tale ottica i poteri locali trarrebbero la loro autorità, in base al principio democratico, dal fatto di essere i rappresentanti di una parte della popolazione. Così M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa, il decentramento territoriale della Repubblica francese*, cit., p. 19.

¹⁶ Secondo questa prospettiva gli organi amministrativi sarebbero tra loro legati da un rapporto gerarchico e agli enti territoriali sarebbe conferito l'esercizio di alcune funzioni pubbliche da parte dell'autorità di governo, che in tal modo li legittimerebbe. Così M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa, il decentramento territoriale della Repubblica francese*, cit., p. 19.

¹⁷ M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa*, cit., p. 19.

¹⁸ Art. 24 Cost. 1958.

¹⁹ T. Di Manno, *The Sénat of the French Republic*, cit., p. 154.

²⁰ Ibid, pp. 155, 164-165, 168.

²¹ E. Grossi, *I rapporti centro-periferia e il sistema delle collettività territoriali*, cit., p.130.

²² T. Di Manno, *The Sénat of the French Republic*, cit., p. 244.

2. – I progetti di riforma del decentramento francese

Gli anni Ottanta rappresentano un punto di svolta fondamentale per il processo di decentramento della Repubblica francese.

I caratteri essenziali della riforma portata avanti sotto la presidenza di François Mitterrand sono riconducibili alla volontà della sinistra socialista di pervenire ad una maggiore democraticità del sistema politico e amministrativo locale, conferendo nuova legittimità anche al livello regionale²³.

A partire dal 1982 furono infatti adottate una serie di leggi, denominate «lois Defferre»²⁴, dal nome del Ministro dell'interno e della decentralizzazione dell'epoca, che costituiscono nel loro insieme il cosiddetto «Acte I de la décentralisation». I contenuti di tali normative riguardano innanzitutto il riconoscimento delle regioni, accanto ai tradizionali enti dipartimentali e comunali, come vere e proprie collettività territoriali; queste vengono poi dotate di organismi elettivi (i Consigli regionali) e le funzioni di organo esecutivo della regione spettanti precedentemente al Prefetto vengono trasferite al Presidente del Consiglio regionale, eletto dai consiglieri regionali²⁵. Le regioni acquisiscono inoltre nuove competenze in materia di sviluppo socio-economico (ad esempio l'elaborazione del Piano regionale di sviluppo), sanitario e culturale e la loro funzione principale diviene il coordinamento, la programmazione e l'organizzazione dello sviluppo tra i molteplici livelli amministrativi locali. Di fondamentale importanza è il ridimensionamento dei poteri del Prefetto, non più preposto ad effettuare un controllo a priori sugli atti delle collettività territoriali e ad esercitare dunque una *tutelle* amministrativa su queste, ma semplicemente abilitato a rivolgersi al giudice amministrativo, cui è conferito il controllo di legalità a posteriori degli atti delle autorità locali²⁶.

Su queste rilevanti novità mettono l'accento gli autori che individuano nelle riforme degli anni Ottanta un passaggio fondamentale dalla semplice deconcentrazione ad un processo di vero e proprio decentramento e

²³ M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, cit., p. 41.

²⁴ In particolare la loi n. 82-213 del 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, completata dalla loi n. 82-214 del 2 mars 1982 e n. 82-659 del 20 juillet 1982. Altre leggi in tema di riforma del decentramento amministrativo furono adottate nel periodo 1982-1983.

²⁵ M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, cit., pp. 30-33.

²⁶ Ibid, pp. 37, 40.

regionalizzazione dell'ordinamento francese²⁷. Altri tendono invece a sottolineare come, nonostante le importanti innovazioni introdotte rispetto alla consuetudine centralista francese, tali riforme si collochino nell'ambito del tradizionale decentramento meramente amministrativo. Il sistema rimarrebbe dunque centralizzato, così come garantito dall'art. 72 della Cost., e ciò troverebbe conferma nella scelta del metodo di istituzione del livello regionale, avvenuta tramite legge statale (il che priva le regioni della tutela costituzionale) e nella mancata attribuzione di un vero e proprio potere legislativo ai Consigli regionali. Inoltre il processo di regionalizzazione francese non risulta essere rapportabile agli importanti cambiamenti riscontrabili nel medesimo periodo negli assetti costituzionali di altri paesi europei²⁸.

Il passo successivo in materia di decentramento, il cosiddetto «Acte II de la décentralisation», avviene con l'approvazione della Loi constitutionnelle n. 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République²⁹. Oltre alla già menzionata modifica dell'art. 39 Cost., le innovazioni introdotte sono numerose e rilevanti.

In primo luogo viene modificato l'art. 1 Cost., inserendo esplicitamente il decentramento tra i principi fondativi della Repubblica francese: «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. [...] Son organisation est décentralisée». Per la prima volta il legislatore francese integra il principio di unità e quello di decentramento in maniera armonica, ritenendo che il secondo «enrichit la vie démocratique et contribue à une application plus effective et moins abstraite du principe d'égalité». È interessante notare come nell'*Exposé des motifs* sia specificata la natura del decentramento come «principio di organizzazione amministrativa», a conferma del fatto che la riforma non vada ad intaccare in maniera sostanziale la tradizionale organizzazione unitaria della Repubblica³⁰.

Non tutti gli autori concordano tuttavia sulla questione. Si ritiene da un lato che l'inserimento del principio del decentramento nella Costituzione rivesta

²⁷ Ibid, p. 42.

²⁸ M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa*, cit., pp. 17, 58, 62.

²⁹ Testo integrale reperibile nel sito:

<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000601882&dateTexte=&categorieLien=id>

³⁰ *Exposé des motifs* del Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, reperibile nel sito: <http://www.senat.fr/leg/pj02-024.html>

effettivamente un ruolo meramente simbolico, incapace di proiettare l'ordinamento francese verso un modello di Stato regionale³¹; dall'altro che tale modifica abbia invece un carattere dirompente ed incida sulla forma di Stato francese allineandola alle esperienze dei paesi europei caratterizzati da una forte autonomia delle collettività territoriali (Italia, Spagna, Germania...)³².

La norma interviene inoltre sull'art. 72 Cost., che al comma I prevede, accanto ai comuni e ai dipartimenti, tradizionalmente presenti, le regioni, le collettività a statuto speciale e le collettività d'oltremare. Inoltre al legislatore è riconosciuta la facoltà di creare nuove collettività territoriali. Al comma II è stabilito che gli enti territoriali abbiano «vocation» a prendere decisioni per l'insieme delle competenze che possano essere meglio attuate alla loro scala. Sebbene la lettura più accreditata identifichi in queste parole il riconoscimento implicito del principio di sussidiarietà³³, la mancanza di ulteriori specificazioni accresce l'incertezza circa la reale portata del campo d'intervento delle collettività territoriali, anche se sembra innegabile un rafforzamento della loro posizione³⁴. L'utilizzo del termine *vocation* apre anch'esso un orizzonte di ambiguità, poiché risulta abbastanza vago, e dunque potenzialmente restrittivo, oltre a non introdurre una vera e propria obbligazione giuridica, ma piuttosto porre una regola di condotta generale dei rapporti tra i vari livelli di amministrazione³⁵. Il comma III prevede che le collettività territoriali, che si amministrano liberamente, dispongano di un potere regolamentare per l'esercizio delle loro competenze. Non è tuttavia chiaro quale sia la reale natura di tale potere e il suo rapporto con quello statale, dal momento in cui l'art. 34 Cost. affida al Parlamento il compito di determinare i principi fondamentali della libera amministrazione delle collettività locali. La dottrina si è tuttavia orientata nel senso della permanenza della subordinazione del potere regolamentare delle autonomie

³¹ Cfr. *ex multis*, E. Grosso, *I rapporti centro-periferia e il sistema delle collettività territoriali*, cit., p.130; M. Calamo Specchia, *Un nuovo "regionalismo" in Europa*, cit., pp. 95-96.

³² T. Groppi, *Verso un diritto comune europeo delle autonomie territoriali*, in *Amministrare*, 2/2003, pp. 241 ss.

³³ Tale principio era già stato oggetto di attenzione da parte del *Conseil constitutionnel* in una serie di pronunce di fine anni Settanta nelle quali veniva affidato al legislatore il compito di individuare i principi fondamentali della materia, imponendogli tuttavia di rispettare la naturale competenza delle collettività territoriali ad intervenire in prima persona laddove fossero toccati da vicino gli interessi degli amministrati. Così M. Calamo Specchia, *Un nuovo "regionalismo" in Europa, il decentramento territoriale della Repubblica francese*, cit., p. 57.

³⁴ M. Verpeaux, *La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République: libres propos*, in *Revue française de droit administratif*, 4/2003, p. 667.

³⁵ M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, cit., p. 156.

locali rispetto a quello, sovraordinato, degli organi statali³⁶. Il comma IV riconosce alle collettività territoriali o loro raggruppamenti la possibilità, ove la legge o il regolamento lo preveda, di derogare a titolo sperimentale e per un oggetto e una durata limitate alle disposizioni che regolano l'esercizio delle loro competenze. È da rilevare innanzitutto l'estrema prudenza che caratterizza questa previsione: la sperimentazione legislativa locale è circondata da numerose ed estese cautele. Non si tratta inoltre del trasferimento di alcuna potestà legislativa, ma di un semplice potere di normazione derogatorio e temporaneo, sottoposto ad autorizzazione e controllo legislativo³⁷. Al comma V è stabilito che nessuna collettività territoriale possa esercitare un controllo su un'altra, ma alla legge è consentito autorizzare un ente o un raggruppamento di enti a organizzare le modalità di un'eventuale azione comune (ammettendo così l'istituzione di una *collectivité chef de file*³⁸). Il comma VI, infine, chiarisce la missione del rappresentante dello Stato (il Prefetto di un tempo) che svolge un controllo amministrativo e di legalità.

La loi constitutionnelle interviene inoltre inserendo o modificando ulteriori articoli della Costituzione: vengono creati istituti di democrazia locale diretta quali il diritto di petizione, il referendum locale e la consultazione degli elettori territoriali (art. 72-1); si attiva una protezione costituzionale dell'autonomia finanziaria delle collettività territoriali (art. 72-2) e si provvede ad una nuova categorizzazione degli enti d'oltremare (artt. 72-3, 72-4, 73, 74 e 74-1).

In conclusione possiamo evidenziare come tale riforma abbia suscitato un aspro dibattito sia a livello parlamentare³⁹ sia a livello dottrinale. Gli autori si dividono, infatti, tra coloro che ritengono che tale riforma abbia una portata più simbolica che sostanziale, non avendo di fatto modificato il nucleo centrale del sistema unitario

³⁶ Ibid, pp. 158-160.

³⁷ M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa*, cit., p. 66.

³⁸ Per un'analisi approfondita e recente del concetto di *collectivité chef de file* si veda: L. Janicot, *La fonction de collectivité chef de file*, in *Revue française de droit administratif*, 3/2014, pp. 472 ss.

³⁹ Si rinvia alla decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2003-469 DC del 26 marzo 2003, adito dai senatori socialisti che ritenevano che il principio della decentralizzazione inserito all'art. 1 Cost. violasse il carattere indivisibile della Repubblica affermato dal medesimo art. 1. Sebbene il *Conseil* si sia dichiarato non competente circa la questione, risultano interessanti le argomentazioni dei senatori socialisti.

della Repubblica francese⁴⁰ e coloro i quali individuano nella *loi constitutionnelle* l'atto che mette fine ad una forte tradizione centralizzatrice⁴¹.

L'elemento che completa l'«Acte II de la décentralisation» è la *loi relative aux libertés et responsabilités locales* del 13 agosto 2004⁴², la quale elenca i vari trasferimenti di competenze alle collettività locali, e relativi finanziamenti, risultanti dalla riforma costituzionale del marzo 2003. Un interessante spunto di riflessione è inoltre offerto dall'introduzione, con la *loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République* del 23 luglio 2008⁴³, dell'art. 75-1 Cost., il quale sancisce che «les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France». La previsione risulta di forte valore simbolico e potrebbe forse costituire il primo passo verso l'ammorbidente del rigido monopolio della lingua francese su tutto il territorio nazionale⁴⁴, considerato un ulteriore elemento unificante dello Stato (art. 2 Cost.).

L'«Acte III de la décentralisation», del quale fa parte anche il progetto di legge NOTRe, costituisce l'ultima tappa del complesso processo di disarticolazione territoriale del potere in Francia, del quale si sta dando conto nel presente scritto. L'avvento di un nuovo *Acte de décentralisation* era stato annunciato da François Hollande già nel corso della campagna presidenziale⁴⁵ e ribadito durante il discorso di investitura del 15 maggio 2012⁴⁶ nel quale, dopo aver richiamato l'importanza dell'unità della nazione al fine di affrontare le numerose problematiche conseguenti alla crisi economica, il neopresidente affermava: «Je crois en la démocratie locale et j'entends la revivifier par un nouvel acte de décentralisation susceptible de donner

⁴⁰ Cfr. ex multis E. Grosso, *I rapporti centro-periferia e il sistema delle collettività territoriali*, cit., p.133.

⁴¹ M. Verpeaux, *La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République: libres propos*, cit., p. 661.

⁴² Testo integrale reperibile nel sito:

<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000804607&dateTexte=&categorieLien=id>

⁴³ Testo integrale reperibile nel sito:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019237256&dateTexte=&fastPos=1&fastReqId=776364943&oldAction=rechTexte>

⁴⁴ E. Grosso, *I rapporti centro-periferia e il sistema delle collettività territoriali*, cit., p.133.

⁴⁵ Si rinvia al discorso tenuto il 3 marzo 2012 nel corso di un meeting a Dijon, nel quale il futuro Presidente della Repubblica richiama le parole di François Mitterrand «La France a eu besoin de la centralisation pour se faire. Elle a besoin de la décentralisation pour ne pas se défaire» e illustra le argomentazioni a sostegno di un nuovo atto di decentramento: «J'ai une conviction, c'est que nos territoires sont des lieux de démocratie, d'énergie, de vitalité, de croissance. [...] J'ai une deuxième conviction, c'est que la décentralisation permettra la réforme de l'Etat. Elle sera un facteur de clarté, de responsabilité». Testo integrale del discorso reperibile nel sito: <http://www parti-socialiste.fr/articles/meeting-de-francois-hollande-dijon-revivez-le-direct>

⁴⁶ Testo integrale del discorso di investitura reperibile nel sito: <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-de-m-le-president-de-la-republique-ceremonie-d-investiture/>

de nouvelles libertés pour le développement de nos territoires». Il 5 ottobre 2012, nell'ambito degli *États généraux de la démocratie territoriale*⁴⁷, il Presidente Hollande ha sancito i principi essenziali del progetto di legge sul decentramento: la concertazione tra Stato ed enti locali, il diritto alla sperimentazione di questi ultimi, il potere di adattare localmente leggi e regolamenti e l'allentamento delle norme che circondano l'azione delle collettività territoriali⁴⁸.

Nel gennaio del 2013 il governo ha affidato al Ministro per la riforma dello Stato, la decentralizzazione e la funzione pubblica l'incarico di negoziare con il Senato e le collettività territoriali un progetto di legge, trasmesso al Consiglio di Stato nel marzo del 2013. Il programma di riforma è stato in seguito suddiviso in tre diverse proposte dedicate rispettivamente alle città metropolitane (*Projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*), alle regioni (*Projet de loi de mobilisation des régions pour la croissance et l'emploi et de promotion de l'égalité des territoires*) e alle collettività sub-regionali (*Projet de loi de développement des solidarités territoriales et de la démocratie locale*)⁴⁹.

La prima tappa di questo nuovo Acte de décentralisation è stata completata con l'adozione, il 27 gennaio 2014, della loi n. 2014-58 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPAM)⁵⁰. L'obiettivo della normativa è quello di «renforcer l'efficacité de la puissance publique, qu'elle soit nationale ou locale, et [...] améliorer la qualité du service public, en s'appuyant sur les collectivités territoriales et en clarifiant l'exercice de leurs compétences»⁵¹. La legge ripristina in primo luogo la clausola di competenza generale⁵² (soppressa dalla Loi de réforme des collectivités territoriales del 16 dicembre 2010) per le regioni e i

⁴⁷ Gli *États généraux de la démocratie territoriale* sono stati organizzati dal Senato, in veste di rappresentante delle collettività territoriali, al fine di raccogliere le proposte degli eletti locali circa il futuro dei loro territori.

⁴⁸ Testo integrale del discorso reperibile nel sito: <http://www.elysee.fr/declarations/article/allocution-de-m-le-president-de-la-republique-aux-etats-generaux-de-la-democratie-territoriale/>

⁴⁹ E. Grossi, *I rapporti centro-periferia e il sistema delle collettività territoriali*, cit., p.133.

⁵⁰ Testo integrale reperibile nel sito:

http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1EE1FF33165E6AB8330C85F5BE7673B0.tpdjo14v_1?cidTexte=JORFTEXT000028526298&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000028526273

⁵¹ *Exposé des motifs* della *loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, reperibile nel sito:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000027295212&type=expose>

⁵² Definibile, secondo la decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2010-618 DC del 9 dicembre 2010, come la facoltà di intervento delle collettività territoriali nei domini di competenza che riguardino i loro territori e non siano stati attribuiti dalla legge ad altri soggetti pubblici o privati.

dipartimenti. Tale clausola si trova da lungo tempo al centro di uno scontro dottrinale tra coloro che sostengono che essa costituisca la condizione di esistenza stessa delle collettività territoriali e coloro che ritengono invece sia contraria al carattere unitario dello Stato⁵³. Il progetto di legge NOTRe attualmente in discussione prevede nuovamente l'eliminazione della suddetta clausola (*v. infra*). La *loi MAPAM* precisa inoltre l'assetto delle competenze delle collettività territoriali istituendo per ogni categoria delle *collectivités chefs de file*: le regioni per quanto concerne lo sviluppo sostenibile del territorio e quello economico, la protezione della biodiversità, il clima, la qualità dell'aria e l'energia, il sostegno all'innovazione, all'istruzione superiore e alla ricerca, i trasporti e l'internazionalizzazione delle imprese; i dipartimenti per l'azione e lo sviluppo sociale, la risoluzione del problema delle risorse energetiche, l'autonomia delle persone e la solidarietà territoriale; i comuni e i loro raggruppamenti per la mobilità sostenibile, l'organizzazione dei servizi pubblici più prossimi al cittadino, la gestione del territorio e lo sviluppo locale. I domini di intervento di ciascun ente sono in questo modo precisamente delineati e la collettività *chef de file* diviene lo strumento per razionalizzare le competenze e coordinare tra loro i diversi attori territoriali, in conformità con quanto stabilito dall'art. 72 comma V Cost.⁵⁴. Il testo istituisce a livello regionale una conferenza territoriale dell'azione pubblica, presieduta dal Presidente del Consiglio regionale, con l'incarico di favorire, mediante concertazione, l'esercizio delle competenze spettanti alle collettività territoriali e ai loro raggruppamenti. Viene infine creato un nuovo regime per le metropoli e per quelle di Parigi, Lione e Marsiglia (costituite dalla fusione di comuni preesistenti) è previsto uno statuto particolare⁵⁵.

L'adozione della legge MAPAM si inserisce in un contesto di grave crisi economica, sociale e politica della Repubblica francese e proprio lo strumento della redistribuzione delle competenze amministrative sembra idoneo a tentare di garantire livelli adeguati di prestazioni sociali ai cittadini, poiché i vincoli di bilancio

⁵³ Per un'analisi approfondita della questione si veda: M. Verpeaux, *Pavane pour une notion défunte. La clause de compétence générale*, in Revue française de droit administratif, 3/2014, pp. 457 ss.

⁵⁴ L. Janicot, *La fonction de collectivité chef de file*, cit., p. 473.

⁵⁵ Per un'analisi approfondita si veda: M. Degoffe, *L'organisation des métropoles*, in Revue française de droit administratif, 3/2014, pp. 481 ss.

imposti in tutta l'eurozona impediscono agli Stati di indebitarsi per reperire le risorse economiche necessarie a sostenere i programmi di *welfare*⁵⁶.

Gli altri due progetti di legge delineati nel 2013 avrebbero dovuto essere raggruppati in un unico testo, e gli orientamenti in questo senso non sono mancati né da parte del Presidente della Repubblica né da parte del Primo ministro. François Hollande, nel gennaio del 2014, ha esposto i contenuti essenziali della nuova legge sul decentramento, che avrebbe dovuto porre rimedio ad una organizzazione amministrativa divenuta troppo complicata e costosa⁵⁷. Innanzitutto si imponeva un chiarimento delle competenze delle diverse collettività territoriali: le regioni sarebbero uscite rafforzate dalla nuova riforma, con l'assegnazione di ulteriori attribuzioni e di un potere regolamentare che avrebbe permesso loro di adattare le regole nazionali alle specificità territoriali; i dipartimenti e le *intercommunalités* sarebbero stati incoraggiati ad integrarsi e raggrupparsi al fine di semplificare e rendere maggiormente efficaci le procedure amministrative. In linea generale avrebbero dovuto essere favorite le sperimentazioni e le fusioni tra collettività territoriali⁵⁸. Su una linea di continuità con le parole del Presidente si collocano quelle del Primo ministro, Manuel Valls, il quale, nella dichiarazione di politica generale dell'8 aprile 2014⁵⁹, conferma la necessità di riformare il «millefeuille territorial» mediante il dimezzamento del numero delle regioni francesi, l'avvento di una nuova carta dell'*intercommunalité*, la chiarificazione delle competenze, il dibattito circa il futuro dei *conseils départementaux* e soprattutto la soppressione della clausola di

⁵⁶ V. Cornelì, *Francia: il nuovo modello di decentramento e la riforma dell'azione pubblica*, in Forum di Quaderni costituzionali, Rassegna 3/2014, reperibile nel sito: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0067_corneli.pdf

⁵⁷ Si rinvia sul punto al discorso di apertura della conferenza stampa tenuto dal Presidente della Repubblica il 14 gennaio 2014 (testo integrale reperibile nel sito: <http://www.elysee.fr/declarations/article/ouverture-de-la-conference-de-presse-du-president-de-la-republique-au-palais-de-l-elysee-le-14-janvier-2014/>) e al suo discorso presso Tulle risalente al 18 gennaio 2014 (testo integrale reperibile nel sito: <http://www.elysee.fr/declarations/article/v-ux-du-president-de-la-republique-aux-correziens/>).

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Discorso integrale audio-video reperibile nel sito: <http://www.gouvernement.fr/les-annonces-cles-de-la-declaration-de-politique-generale-de-manuel-valls> Si ricorda che nella dichiarazione di politica generale del governo Valls II, risalente al 16 settembre 2014, il Primo ministro ha riportato i progressi e il calendario dei successivi interventi in tema di riforme territoriali.

competenza generale, appena reintrodotta con la legge MAPAM, al fine di rendere le attribuzioni di regioni e dipartimenti uniche e specifiche⁶⁰.

Nei mesi successivi la riforma acquisisce contorni sempre più chiari e le viene imposta una svolta più ambiziosa e profonda, come è possibile desumere dalle parole del *Communiqué de presse* del Presidente della Repubblica del 2 giugno 2014⁶¹, nel quale vengono delineati gli elementi essenziali dell'imminente innovazione legislativa: la riduzione del numero delle regioni da 22 a 14; il mutamento di scala delle *intercommunalités*, ciascuna delle quali dovrà riunire almeno 20.000 abitanti invece di 5.000 e la soppressione del consiglio generale dei dipartimenti entro il 2020. L'urgenza di simili interventi deriva, secondo le parole del Presidente, dalla necessità di semplificare⁶² e rendere più efficaci i meccanismi burocratici e dall'esigenza di garantire alle regioni una taglia «europea», poiché esse dovranno costruire strategie territoriali adeguate a sostenere le loro nuove attribuzioni (aiuti alle imprese, politiche di formazione e impiego). Inoltre, in ogni suo intervento, egli sottolinea come la riforma sia idonea a produrre ingenti vantaggi economici in termini di riduzione dei costi di gestione delle collettività locali.

Ai numerosi annunci da parte del Presidente e del Primo ministro francese ha fatto seguito la presentazione, il 18 giugno 2014, di due progetti di legge al Consiglio dei ministri: il *Projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral* e il *Projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République*⁶³.

Il primo progetto che, divenuto legge, è stato promulgato il 16 gennaio 2015⁶⁴, si occupa sostanzialmente di ridurre il numero delle regioni, che passeranno da 22 a

⁶⁰ Per un'analisi critica del repentino mutamento di orientamento circa la questione della clausola di competenza generale si veda: M. Verpeaux, *Pavane pour une notion défunte. La clause de compétence générale*, cit., pp. 462, 465.

⁶¹ Testo integrale reperibile nel sito: <http://www.elysee.fr/communiques-de-presse/article/reformer-les-territoires-pour-reformer-la-france/>

⁶² Per un'analisi della complessità del diritto delle collettività territoriali si veda: B. Faure, *Le droit des collectivités territoriales «malade de ses normes»*, in *Revue française de droit administratif*, 3/2014, pp. 467 ss.

⁶³ Sul punto si veda il comunicato stampa del Consiglio dei ministri del 18 giugno 2014 reperibile nel sito: <http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2014-06-18/delimitation-des-regions-elections-regionales-et-departementales>

⁶⁴ Testo integrale reperibile nel sito:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030109622&dateTexte=&categorieLien=id>

13⁶⁵ a partire dal 1 gennaio 2016, e di rinviare le elezioni regionali da marzo a dicembre 2015. Il *Conseil constitutionnel*, con decisione del 15 gennaio 2015⁶⁶, ha dichiarato la nuova legge essenzialmente conforme alla Costituzione.

3. – Il projet de loi NOTRe

Come precedentemente sottolineato, il secondo progetto di legge NOTRe⁶⁷ è stato adottato in seconda lettura, con modificazioni, dal Senato francese il 2 giugno 2015 ed è ora nuovamente al vaglio dell'Assemblée nationale⁶⁸.

Il disegno di legge originale introduce numerose novità circa l'organizzazione territoriale della Repubblica francese.

Il Titolo I è dedicato al rafforzamento delle regioni e prevede innanzitutto la soppressione della clausola di competenza generale per i dipartimenti e le regioni. Quest'ultima, avendo permesso alle collettività di intervenire al di fuori delle loro attribuzioni principali anche ponendosi in concorrenza le une con le altre, può essere considerata una delle cause del rallentamento dei meccanismi burocratici locali⁶⁹ e viene sostituita con il conferimento tramite legge di specifiche mansioni ai singoli livelli territoriali. Si ribadisce inoltre l'attribuzione alle regioni di un potere regolamentare nel quadro delle competenze ad esse devolute dalla legge statale⁷⁰. La regione acquisisce un nuovo ruolo in materia di sviluppo economico: essendo preposta a presentare uno «schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation» (che avrà valore prescrittivo al fine di assicurare che le strategie divengano effettive) essa è responsabile, sul proprio territorio, degli orientamenti e delle politiche in materia di aiuto, innovazione e sostegno alle piccole e medie imprese. Le regioni sono incaricate anche della

⁶⁵ Il testo del progetto di legge del governo, così come il *Communiqué de presse* del Presidente Hollande del 2 giugno 2014, prevedeva diversamente il passaggio del numero delle regioni da 22 a 14.

⁶⁶ Decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2014-709 DC del 15 gennaio 2015.

⁶⁷ Testo integrale del progetto di legge nella sua versione iniziale reperibile nel sito: <http://www.senat.fr/leg/pjl13-636.pdf>

L'ultima variante approvata in seconda lettura dal Senato è reperibile nel sito: <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2014-2015/451.html>

⁶⁸ Su iniziativa del governo è stata avviata per questo progetto, non senza opposizioni, la *procédure accélérée*.

⁶⁹ *Exposé des motifs* del *Projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République*, reperibile nel sito: <http://www.senat.fr/leg/pjl13-636.pdf>

⁷⁰ Questa previsione (art. 1 comma VIII del progetto di legge) è stata eliminata con un emendamento adottato dal Senato, poiché priva di valore normativo supplementare rispetto a quanto già statuito dall'art. 72 comma III della Costituzione.

redazione di uno «schéma régional d'aménagement durable du territoire» (SRADDT), sempre avente valore prescrittivo, che delinei gli obiettivi regionali a medio o lungo termine in materia di sfruttamento del territorio, alloggio, trasporto intermodale, energia, lotta al cambiamento climatico, inquinamento dell'aria e gestione dei rifiuti. Gli schemi regionali adottati nelle due materie si sostituiscono naturalmente ai diversi schemi eventualmente esistenti in questi campi. Altro compito delle regioni è l'organizzazione delle modalità di azione comune delle collettività territoriali, in qualità di *chefs de file*, in materia di turismo, mediante l'elaborazione di uno «schéma régional de développement touristique» che fissi gli obiettivi di pianificazione, promozione e sviluppo turistico. Le competenze dei dipartimenti in materia di trasporti saranno trasferite completamente alle regioni a partire dal 1 gennaio 2017. In particolare i servizi di trasporto scolastico e su strada dipartimentale saranno affidati alle regioni e le strade dipartimentali saranno cedute a queste ultime. Anche per quanto riguarda la gestione dei collegi e altri ambiti relativi al sistema scolastico avverrà uno spostamento di titolarità dai dipartimenti alle regioni. Infine anche la proprietà, lo sviluppo, la manutenzione e la gestione dei porti spettante ai dipartimenti saranno trasferite alle altre collettività territoriali. L'attribuzione di queste numerose competenze alle regioni comporta naturalmente l'esclusione degli altri enti territoriali dalle decisioni in materia, proprio perché il disegno di legge provvede all'eliminazione della clausola di competenza generale.

Il Titolo II si occupa del rafforzamento delle *intercommunalités*, sempre nell'ottica che caratterizza l'intero progetto di riforma, secondo la quale un cambiamento di taglia sarebbe funzionale ad una migliore gestione dei mezzi volti ad offrire alle popolazioni locali un adeguato livello di servizi. Il Capitolo I è dedicato ai raggruppamenti comunali e stabilisce che le *intercommunalités* dovranno essere costituite non più da 5.000, ma da almeno 20.000 abitanti. Il Capitolo II definisce il passaggio di determinate competenze in materia sociale (attribuzione di aiuti per l'alloggio, per anziani, giovani e famiglie in difficoltà, programmi di inserimento) dai dipartimenti alle metropoli.

Il Titolo III è volto a garantire la solidarietà e l'uguaglianza dei territori. Con la soppressione della clausola di competenza generale per i dipartimenti, la loro competenza è limitata ai campi espressamente previsti dalla legge. Il Capitolo I

delinea le possibilità di intervento dei dipartimenti nel campo della solidarietà sociale e territoriale: apporto di sostegno finanziario alle operazioni di investimento in favore di società di servizi utili alla popolazione o agli altri enti nel quadro dei loro progetti territoriali; azioni di aiuto per la prevenzione o il supporto di situazioni di fragilità. Il Capitolo II si occupa del miglioramento dell'accessibilità dei servizi alla popolazione, il III della lotta al divario digitale e il IV definisce i settori della cultura, dello sport e del turismo domini di competenza concorrente tra le collettività territoriali e delinea la possibilità di creare uno sportello unico per gli aiuti e le sovvenzioni.

Il Titolo IV è consacrato alla trasparenza e responsabilità finanziaria delle collettività territoriali e prevede la creazione di un osservatorio di *governance* locale, oltre che la partecipazione delle collettività al pagamento delle sanzioni dovute al mancato rispetto delle obbligazioni derivanti dal Trattato di Lisbona.

Il Titolo V riporta varie disposizioni relative al trasferimento del personale mentre il VI quelle transitorie e finali.

Nel corso dell'esame in prima lettura degli articoli, i senatori francesi hanno presentato molteplici emendamenti. Fra i numerosi che sono stati adottati, rileva in particolare quello che provvede a rafforzare il carattere congiunto dell'elaborazione dello Schéma régional de développement touristique da parte della regione, dei dipartimenti, delle metropoli, dei comuni e loro raggruppamenti; l'emendamento che esclude il trasporto scolastico dal trasferimento di competenza in materia di trasporti su strada non urbana dai dipartimenti alle regioni e quello che sopprime la cessione alla regione del compito di gestire le strade dipartimentali e i collegi. Di particolare importanza risulta essere inoltre l'eliminazione della soglia di 20.000 abitanti delineata per la costituzione di raggruppamenti comunali⁷¹.

Le modifiche maggiormente rilevanti introdotte in prima lettura dall'Assemblée nationale riguardano invece l'annullamento del trasferimento della gestione della rete stradale dai dipartimenti alle regioni, al quale si accompagna tuttavia il ristabilimento della competenza regionale relativa ai trasporti scolastici, precedentemente spettante ai dipartimenti sulla base di un emendamento introdotto dal Senato, fatta eccezione

⁷¹ Sul punto si veda il resoconto della prima lettura al Senato reperibile nel sito:
http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201411/nouvelle_organisation_territoriale_de_la_republique_le_deuxieme_volet_de_la_reforme_territoriale_devant_le_senat.html#c611559

per i trasporti speciali per gli allievi diversamente abili. Sempre in riferimento alle regioni, si rafforza il loro potere regolamentare nei domini di loro di competenza, ferme restando le attribuzioni regolamentari dello Stato. Viene inoltre prevista la cessione obbligatoria della gestione dell'acqua, dei rifiuti domestici e dell'igiene dai comuni alle *intercommunalités*. Infine l'Assemblée nationale provvede al ristabilimento della soglia di 20.000 abitanti, precedentemente soppressa dal Senato, per la creazione dei raggruppamenti comunali, sebbene tale previsione sia accompagnata da una serie di deroghe in funzione delle differenti situazioni geografiche e demografiche⁷².

Nel corso della seconda lettura i senatori sono nuovamente intervenuti sul testo del progetto di legge. Le principali novità introdotte riguardano l'istituzione di una procedura di concertazione tra la regione e i dipartimenti in riferimento all'elaborazione dello Schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation; la precisazione della natura del controllo del rappresentante dello Stato nella regione, volto ad assicurare il rispetto degli interessi nazionali; il rinvio al 2017 della creazione della metropoli di *Grand Paris* oltre allo slittamento degli interventi relativi agli schemi di cooperazione intercomunale. La regione perde inoltre la funzione di collettività *chef de file* in materia di turismo; divengono opzionali le attribuzioni delle comunità di comuni e delle agglomerazioni in materia di turismo, igiene e gestione idrica, mentre la gestione dei rifiuti permane nell'ambito delle loro competenze obbligatorie e viene infine nuovamente modificata la soglia per la creazione dei raggruppamenti comunali, fissata dal Senato a 5.000 abitanti⁷³.

La proposta di riforma, sin dal momento in cui ne sono stati delineati i contenuti, è stata oggetto di numerose critiche provenienti sia dal partito di maggioranza sia dall'opposizione.

In un'intervista rilasciata al quotidiano *Le Monde*, ad esempio, il socialista Alain Rousset, attualmente Presidente del Consiglio regionale dell'Aquitania e dell'Associazione delle regioni di Francia, ha criticato le linee fondamentali del

⁷² Sul punto si veda il resoconto degli emendamenti adottati dall'Assemblea nazionale: <http://www2.assemblee-nationale.fr/recherches/amendements#listeResultats=tru&idDossier>

⁷³ Sul punto si veda il resoconto della seconda lettura al Senato reperibile nel sito: http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201411/nouvelle_organisation_territoriale_de_la_republique_le_deuxieme_volet_de_la_reforme_territoriale_devant_le_senat.html

progetto⁷⁴. La fusione delle regioni non permetterebbe infatti a queste di essere più forti e di divenire un motore per lo sviluppo economico territoriale, così necessario in un contesto di crisi economica internazionale, e nemmeno costituirebbe una fonte di risparmio, dal momento in cui sarebbe necessario pareggiare le retribuzioni dei funzionari territoriali.

Sulle pagine di *Le Figaro*, il senatore, Presidente del gruppo UMP al Senato e Presidente del consiglio generale della Vandea, Bruno Retailleau, attacca duramente il nuovo disegno di legge⁷⁵. Il governo viene accusato di riporre eccessiva fiducia nell'equivalenza: regioni più grandi-miglior funzionamento dell'amministrazione locale; al contrario, allontanando ancor più le istituzioni che reggono la Repubblica dalla portata dei cittadini colpiti dalle conseguenze della crisi economica, non si creerebbe che una frattura più profonda nella democrazia territoriale⁷⁶. Inoltre alla delocalizzazione dei centri di decisione si accompagnerebbe lo spostamento di tutte le attività che concorrono a formare l'attrattività economica di un territorio. Agli occhi del senatore Retailleau le comunità locali sono dunque i nuovi capri espiatori di un governo uscito sconfitto sia dalle elezioni municipali di marzo sia da quelle europee di maggio 2014 e incapace di gestire il caos economico e sociale che ha colpito la Francia. Tale visione sarebbe confermata dai dubbi espressi dall'agenzia di rating Moody's circa l'effettivo risparmio che il progetto di legge consentirebbe di raggiungere⁷⁷, stimato da André Vallini, Segretario di Stato incaricato della riforma territoriale, intorno ai 10 miliardi di euro nei successivi 5-10 anni⁷⁸.

⁷⁴ E. Nunès, *Alain Rousset (PS): «La fusion des régions ne sera pas source d'économies»*, Le Monde, 04/06/2014, reperibile nel sito: http://www.lemonde.fr/politique/article/2014/06/02/regions-hollande-est-face-a-un-obstacle-difficilement-franchissable_4430650_823448.html

⁷⁵ B. Retailleau, *Réforme territoriale: «François Hollande n'a pas le droit de déformer la France!»*, Le Figaro, 25/07/2014, reperibile nel sito: <http://www.lefigaro.fr/vox/politique/2014/07/25/31001-20140725ARTFIG00002-reforme-territoriale-francois-hollande-n-a-pas-le-droit-de-deformer-la-france.php>

⁷⁶ «Ce n'est pas un hasard», afferma il senatore, «si les Grecs ont inventé la démocratie dans un espace à dimension humaine, la cité. Que sont les collectivités de proximité sinon de petites cités locales contribuant à former la grande cité nationale qu'est la République?».

⁷⁷ *Réforme territoriale: pas d'économies (Moody's)*, Le Figaro, 09/06/2014, reperibile nel sito: <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2014/06/09/97002-20140609FILWWW00078-reforme-territoriale-pas-d-economies-moody-s.php>

⁷⁸ *Réforme territoriale: 10 milliards d'euros d'économies selon Vallini*, Le Monde, 03/06/2014, reperibile nel sito: http://www.lemonde.fr/politique/article/2014/06/03/reforme-territoriale-10-milliards-d-euros-d-economies-selon-vallini_4431107_823448.html

Anche l'opinione pubblica, secondo un sondaggio effettuato nel giugno 2014 dalla società francese BVA⁷⁹, risulterebbe piuttosto insoddisfatta del disegno di riforma. Il 56% dei francesi non sarebbe infatti convinto del nuovo assetto regionale: sebbene i 2/3 degli intervistati si dichiarino favorevoli al principio di fondo del progetto, più della metà si oppongono alla fusione della loro regione con un'altra limitrofa. Inoltre, una maggioranza pari al 54% sospetta che il governo abbia predisposto il *projet de loi* unicamente al fine di donare un'immagine di dinamismo politico e non perché questo permetta effettivamente di rafforzare le regioni e ridurre la spesa pubblica. I giudizi risultano tuttavia suddivisi politicamente: il 71% dei simpatizzanti dei partiti di destra sospetta il governo di «cinismo politico», contro il 30% dei simpatizzanti di sinistra.

Nel gennaio 2015, poco prima dell'approvazione del progetto di legge NOTRe da parte del Senato francese, le divisioni parlamentari risultavano nette. Il Ministro della decentralizzazione e della funzione pubblica, Marylise Lebranchu, riteneva che il testo fosse «la grande loi structurelle de l'année» e rispondesse al meglio ai bisogni di solidarietà sociale e territoriale dinanzi alla crisi⁸⁰. Tuttavia la vittoria della destra alle elezioni senatoriali di fine settembre 2014, conferendo a questo schieramento la maggioranza al Senato, ha ridefinito gli equilibri all'interno della Camera alta. Gli eletti dell'UMP e i centristi contestano quasi tutte le disposizioni del progetto, salvo quelle relative all'accrescimento del potere delle regioni in materia di sviluppo economico, che considerano funzionali a coordinare al meglio gli interventi dei vari soggetti in riferimento al servizio pubblico per l'impiego. I nodi di scontro sono costituiti principalmente dallo stabilimento della soglia di 20.000 abitanti per le *intercommunalités*, circa la quale il gruppo socialista ha presentato un emendamento al fine di abbassarla a 15.000, e dalla cessione delle competenze da parte dei dipartimenti a favore delle altre collettività territoriali⁸¹. Gli emendamenti adottati dal Senato in prima lettura si sono concentrati proprio su quest'ultimo punto, eliminando il trasferimento dai dipartimenti alle regioni delle competenze legate ai

⁷⁹ Sondaggio reperibile nel sito: http://www.bva.fr/data/sondage/sondage_fiche/1547/fichier_bva_pour_i_tele_-_cqfd_-_la_reforme territoriale85fbe.pdf

⁸⁰ B. Jérôme e B. Bissuel, *Le Sénat s'apprête à détricoter la réforme territoriale*, Le Monde, 13/01/2015, reperibile nel sito: http://www.lemonde.fr/politique/article/2015/01/13/le-senat-s-apprete-a-detricoter-la-reforme-territoriale_4555195_823448.html

⁸¹ Ibid.

collegi, al trasporto scolastico e alle strade dipartimentali. Tale decisione è stata condivisa anche da alcuni senatori membri del Partito comunista francese, tra i quali Christian Favier⁸².

Le critiche non sembrano tuttavia cessare nemmeno dopo gli importanti emendamenti adottati dalla Camera alta: il 12 febbraio 2015 l'Association des Maires de France (AMF) ha pubblicato un comunicato stampa⁸³ molto duro che denuncia l'appartenenza della riforma NOTRe ad una «dérive législative» volta a modificare le regole di organizzazione dell'azione pubblica territoriale moltiplicando norme, vincoli e schemi, evitando però di affrontare la reale necessità: la promozione di progetti di sviluppo territoriale in un contesto di grave crisi economica e sociale. L'associazione si dichiara contraria al trasferimento massivo di competenze alle *intercommunalités* accompagnato dalla creazione di grandi entità territoriali, poiché questo contribuirebbe a disconnettere tra loro le diverse realtà rischiando di rendere maggiormente disorganizzata e complessa l'azione pubblica locale. Il disegno di legge produce inoltre comuni più fragili e di conseguenza indebolisce i servizi destinati alle persone in un momento nel quale è più che mai necessaria l'esistenza di punti di riferimento, di vicinanza e solidarietà. La svalutazione degli elementi centrali della Repubblica a livello territoriale (comuni e sindaci) non può che condurre, secondo l'AMF, a una struttura di *welfare* più precaria e caotica.

Dopo l'approvazione del progetto di legge da parte dell'Assemblée nationale sono emerse reazioni contrastanti da parte dell'Assemblée des communautés de France (AdCF) e dell'Association des régions de France (ARF). La prima traccia infatti un bilancio globalmente positivo degli emendamenti adottati nel corso della prima lettura del progetto di legge, soprattutto per quanto riguarda l'ambito delle *intercommunalités*⁸⁴, mentre l'ARF reputa il testo approvato dalla Camera bassa lontano dalle ambizioni iniziali del Presidente Hollande e ritiene che «l'acte III de la décentralisation reste à écrire». L'associazione elenca poi gli obiettivi fondamentali

⁸² A tale proposito si ricorda che il senatore francese ha pubblicato nel 2014 un'opera dal titolo *Coup d'état contre les départements*, nella quale allerta i francesi circa il rischio di perdere tale scala d'azione territoriale indispensabile per la democrazia e si scaglia contro l'eventualità di un trasferimento di competenze dai dipartimenti a delle macroregioni di fatto prive di contatto con i territori.

⁸³ Comunicato reperibile nel sito:

http://www.amf.asso.fr/document/index.asp?DOC_N_ID=13135&TYPE_ACTU=2

⁸⁴ Communiqué de presse dell'AdCF reperibile nel sito: <http://www.adcf.org/files/THEME-Insitutions-et-pouvoirs-locaux/AdCFCP11Mars-Loi-NOTRe1.pdf>

che dovrebbero guidare il dibattito nel corso della seconda lettura al fine di giungere al completamento effettivo dell'ambizioso progetto presidenziale: la ripresa economica, da perseguire mediante il binomio regioni-piccole e medie imprese; la democraticità del sistema attraverso chiari trasferimenti di competenze alle collettività locali; la lotta contro le fratture territoriali legate al divario di ricchezza e la riforma dello Stato in direzione di un maggior decentramento⁸⁵. Anche l'AMF ha reso nota la propria ferma opposizione a numerosi punti chiave del progetto di riforma NOTRe, in particolare rifiutando categoricamente i numerosi provvedimenti che minaccerebbero l'esistenza stessa dei comuni e il ristabilimento della soglia «absurde et artificiel» di 20.000 abitanti per i raggruppamenti comunali, giudicata inadeguata alla salvaguardia delle realtà locali e della diversità territoriale⁸⁶.

Le modifiche introdotte in seconda lettura dal Senato riaprono un acceso dibattito ed evidenziano come punto di scontro fondamentale tra le due camere lo stabilimento della soglia degli abitanti per la creazione dei raggruppamenti comunali.

Alcune considerazioni risultano infine interessanti alla luce dello svolgimento, il 22 e 29 marzo 2015, delle elezioni dipartimentali francesi. Innanzitutto, con la Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral⁸⁷ del 17 maggio 2013, applicata per la prima volta in occasione di tali elezioni, sono state introdotte rilevanti innovazioni: i consiglieri dipartimentali (ex consiglieri generali, poiché con la legge tale denominazione si è sostituita alla precedente) sono eletti per sei anni, non essendo più previsto il rinnovo parziale del consiglio dipartimentale (ex consiglio generale) ogni tre anni e vengono inoltre modificate le modalità di elezione dei consiglieri, poiché lo scrutinio diviene binominale maggioritario a doppio turno. In riferimento a quest'ultima previsione è quindi stabilito che i candidati si debbano presentare all'elettorato sotto forma di un binomio composto da una donna e da un uomo con i rispettivi supplenti (sempre di sesso diverso), al fine di garantire la parità di accesso alle cariche elettive. Per essere eletto al primo turno, un binomio deve

⁸⁵ *Communiqué* dell'ARF reperibile nel sito: <http://www.arf.asso.fr/2015/03/lacte-iii-de-la-decentralisation-reste-a-ecrire.html>

⁸⁶ *Communiqué de presse* dell'AMF reperibile nel sito:
http://www.amf.asso.fr/document/fichier.asp?FTP=AMF_13218TELECHARGER_LE_COMMUNIQUE.pdf&ID_DOC=13218&DOT_N_ID=38

⁸⁷ Testo integrale reperibile nel sito:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414225>

ottenere la maggioranza assoluta dei voti espressi e un numero di voti uguale ad almeno il 25% degli elettori iscritti. Se nessun binomio è eletto al primo turno, si possono presentare al secondo turno le coppie che abbiano ottenuto un numero di voti pari o maggiore del 12,5% degli elettori iscritti. È eletto al secondo turno il binomio che otterrà il maggior numero di voti validi. Un ultimo dato degno di nota è costituito dal risultato elettorale: la netta vittoria della destra francese (la quarta, dopo quelle delle elezioni municipali, europee e senatoriali nel 2014) rappresenta innegabilmente una nuova, ennesima, sconfitta per il governo in carica.

4. – Osservazioni conclusive

Le critiche mosse al *projet de loi NOTRe* sono dunque molteplici e trasversali. Risultano particolarmente interessanti, ad avviso di chi scrive, quelle che rilevano come l'obiettivo della riforma in discussione sia principalmente di carattere economico⁸⁸, come sottolineato dallo stesso Presidente Hollande nelle sue numerose esternazioni. Appare utile richiamare a tale proposito anche il lavoro di due commissioni che hanno prodotto conclusioni in parte simili, riportate rispettivamente nel *rapport Attali* del 2008⁸⁹ e nel *rapport Balladur* del 2009⁹⁰. In entrambi si evoca la necessità di un maggiore controllo delle spese pubbliche francesi, «les plus élevées de tous les pays de l'OCDE» che «augmentent encore plus vite que la production», ed in particolare della spesa delle collettività locali, la quale, nonostante il principio dell'autonomia finanziaria introdotto dalla revisione costituzionale del 2003, non riesce ad essere interamente sostenuta dalle collettività medesime. Il rapporto Attali ricorda inoltre le riforme volte al ridimensionamento della spesa pubblica introdotte da Italia, Grecia, Portogallo e da altri paesi europei,

⁸⁸ Si ricorda che il criterio economico è continuamente evocato anche in Italia in riferimento alla riforma costituzionale del ruolo del Senato, che dovrebbe produrre un presunto Senato “a costo zero”. Sul punto si veda: A. Mastromarino, *Modificare, superare, abolire. Quale bicameralismo per l'Italia delle riforme?*, in www.costituzionalismo.it, 09/05/2014.

⁸⁹ La *Commission pour la libération de la croissance française*, presieduta da Jacques Attali, è stata istituita nel 2007 al fine di delineare le condizioni per la ripresa della crescita economica francese dinanzi alla crisi finanziaria. Il *rapport* finale, presentato nel gennaio 2008, è reperibile nel sito: <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000041/0000.pdf>

⁹⁰ Il *Comité de réforme des collectivités locales*, presieduto da Edouard Balladur, è stato istituito nell'ottobre 2008 al fine di studiare le misure volte a semplificare le strutture delle collettività locali, chiarire la ripartizione delle competenze e permettere una migliore allocazione delle risorse finanziarie. Il *rapport* conclusivo, presentato nel marzo 2009, è reperibile nel sito: <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000097/0000.pdf>

alle quali sarebbe auspicabile ispirarsi, e definisce l'obiettivo del rafforzamento delle regioni e delle *intercommunalités* accompagnato della soppressione graduale dei dipartimenti. La linea guida per la ristrutturazione del sistema delle collettività territoriali sembra dunque già tracciata e risulta essere perfettamente conforme alle raccomandazioni europee in materia di riduzione della spesa pubblica.

Al momento è difficile prevedere se l'adozione di simili misure possa condurre realmente ad una diminuzione dei costi, ma si sono riportate le numerose perplessità espresse da più parti sul punto. Ciò su cui sembra importante interrogarsi è l'opportunità di intervenire sulle strutture di prossimità che permettono l'erogazione dei servizi essenziali ai cittadini e come simili provvedimenti potrebbero influenzare la fruibilità dei diritti sociali fondamentali da parte di questi ultimi. In Europa e sul piano globale è visibile il tentativo di assicurare, a livello costituzionale e legislativo, la protezione effettiva delle finanze pubbliche da un lato e il rispetto dei diritti fondamentali dall'altro, al fine di giungere ad un bilanciamento tra i due elementi⁹¹. È evidente tuttavia che i due fattori sono entrati in rotta di collisione: la crisi finanziaria e le conseguenti misure di austerità adottate dai governi europei, sotto la spinta di un'urgenza presentata come imperativa, si sono riflesse sulla spesa pubblica destinata a garantire prestazioni e servizi in risposta ai diritti e libertà costituzionali, svuotando questi ultimi di contenuto effettivo. Il rischio che l'eliminazione delle competenze delle strutture di prossimità porta con sé è proprio questo: l'ulteriore contrazione dei diritti sociali fondamentali.

Non resta che attendere il verdetto della seconda lettura del progetto di legge NOTRe da parte dell'Assemblea nazionale.

⁹¹ É. Oliva, *La «reconstitution» du droit constitutionnel financier*, in Revue française de droit constitutionnel, 100/2014, p. 1021.



ISSN 2037-6677

2015/3

Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell'esperienza italiana

Conventionality review and the constitutional court in Italy

Francesca Polacchini

Abstract

After a brief overview of the place of the European Convention of Human Rights within the sources of the Italian legal system, the article intends to present the complex saga of the conventionality review. It will proceed as follows. First the major decisions of 2007 will be analyzed; secondly, the article will focus on the switch operated by the Constitutional Court with decision no. 49 of 2015. Finally, the main problematic aspects of the new approach of the Constitutional Court will be outlined.

Tag: ECHR, conventionality, review, Italian Constitutional Court



Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell'esperienza italiana

di Francesca Polacchini

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Premessa sul sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le peculiarità della Cedu rispetto alle altre fonti di diritto internazionale pattizio. 3. – Il rango della Convenzione europea anteriormente alla legge costituzionale n. 3 del 2001: l'orientamento della Corte costituzionale. 3.1. – Il ricorso alle norme Cedu in sede di integrazione, in via interpretativa, del parametro di giudizio. 4. – Il mosaico ricostruttivo tratteggiato dalla Corte costituzionale in tema di controllo di convenzionalità a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007. 4.1. – Il valore della Cedu come fonte interposta. 4.1.1. – L'interposizione normativa attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: le sentenze della Corte Edu come “*norum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”. 4.2. – I criteri di orientamento del sindacato di convenzionalità: sistemazione gerarchica della Cedu come fonte interposta avente valore subcostituzionale *versus* valutazione sistematica e non frazionata dei diritti al fine di garantire la tutela più intensa dei diritti e dei principi, costituzionali e sovranazionali, coinvolti nel controllo di convenzionalità. 4.3. – Il processo di costruzione in via ermeneutica del contenuto normativo delle disposizioni Cedu: la soggezione del giudice comune al precedente di Strasburgo di volta in volta conferente secondo l'evoluzione giurisprudenziale antecedente la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale. 4.3.1. – *Segue*. Posizioni critiche. 4.4. – I criteri selettivi dell'intensità del vincolo del giudice nazionale al precedente di Strasburgo: i rapporti tra l'autonomia interpretativa del giudice interno e il ruolo della Corte di Strasburgo quale interprete “ultimo” della Cedu alla luce della sentenza n. 49/2015. 4.5. – Il Protocollo 16 e la procedura delle *advisory opinions*. 5. – L'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme. 5.1. – Interpretazione convenzionalmente conforme *versus* interpretazione costituzionalmente conforme: le puntualizzazioni contenute nella sentenza 49/2015 in tema di rapporto tra le esegesi conformi. 6. – La Corte costituzionale conferma l'ipotesi ricostruttiva delineata nelle sentenze 347 e 348/2007 anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. 7. – Considerazioni conclusive.

1. – Introduzione

Per controllo di convenzionalità si intende quella sequenza di operazioni logico-giuridiche nelle quali si articola la verifica circa la conformità delle disposizioni giuridiche interne alla CEDU. Si tratta di un controllo particolarmente complesso e articolato, il cui statuto procedimentale è stato definito dalla Corte costituzionale attraverso una molteplicità di pronunce con le quali sono stati approfonditi i differenti profili che interessano i rapporti tra fonti ed i rapporti tra autorità giurisdizionali interne e Corte di Strasburgo. Ne risulta un mosaico ricostruttivo la cui complessità è apprezzabile con riferimento sia alla sistematica delle fonti sia ai processi interpretativi che coinvolgono le disposizioni convenzionali.

Le ragioni di tale complessità affondano le proprie radici innanzitutto nel dato storico, dato che la riflessione costituzionalistica ha iniziato a condurre approfondimenti di carattere organico e sistematico sul tema in tempi relativamente recenti. La stessa Corte costituzionale soltanto nel 2007 è giunta a riconoscere alla CEDU una base normativa rinvenibile in Costituzione. Il controllo di convenzionalità inevitabilmente risente dell'assenza di una tradizione storico-scientifica consolidata e di un'elaborazione teorica che si è sviluppata ed affermata solo recentemente.

La complessità discende inoltre dalla configurabilità della CEDU come parametro nell'ambito del controllo di convenzionalità e come oggetto nell'ambito del controllo di costituzionalità. Invero, nell'impostazione ricostruttiva della Corte costituzionale, il controllo di convenzionalità si sviluppa nelle forme del controllo di costituzionalità, avendo la Corte costituzionale attratto nella propria sfera di competenza ogni questione relativa al potenziale contrasto tra una norma interna e una disposizione CEDU. L'impiego dell'espressione controllo di convenzionalità sembra, tuttavia, imporsi sia a fini teorico-ricostruttivi, sia in considerazione delle peculiarità che assume il controllo di costituzionalità quando il parametro costituzionale sia integrato da una disposizione CEDU.

Gli ulteriori profili che rivelano la problematicità del tema attengono al duplice criterio che sembra orientare la Corte in occasione della verifica circa la compatibilità “convenzionale” di una determinata fonte interna.

Infine, a ciò deve aggiungersi la difficile sistemazione della questione relativa al valore del precedente della Corte EDU. Quando viene in rilievo una “questione di convenzionalità” il ricorso al precedente di Strasburgo caratterizza in modo peculiare la struttura argomentativa del discorso giuridico sia dei giudici comuni sia della Corte costituzionale. Precisamente, il precedente assume rilievo centrale al fine di individuare l'esatto contenuto normativo della disposizione Cedu di volta in volta conferente ed è, pertanto, essenziale chiarire quali sono le condizioni in presenza delle quali il giudice interno ha l'obbligo di aderire a tale precedente.

2. – Premessa sul sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le peculiarità della Cedu rispetto alle altre fonti di diritto internazionale pattizio

L'esame del controllo di convenzionalità nel sistema italiano richiede il preliminare svolgimento di alcune considerazioni volte a porre in luce la particolare natura del sistema convenzionale di protezione dei diritti fondamentali.

La Cedu si distingue dai normali trattati di diritto internazionale per diversi ordini di considerazioni.

In primo luogo, viene il rilievo il contenuto della Convenzione, che si sostanzia nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali, riflettendo la vocazione universalistica di tale documento internazionale a cui si accompagna la sua sostanza costituzionale¹. A ciò deve aggiungersi che, come accade per i diritti fondamentali costituzionalmente previsti, il cui contenuto minimo indefettibile deve essere garantito anche ai non cittadini, anche la protezione prevista dalla Cedu è accordata non solo ai cittadini degli Stati che hanno ratificato la Convenzione, ma anche a tutti gli altri soggetti i cui diritti siano stati lesi da uno di tali Stati.

In secondo luogo, la Convenzione ha istituito un sistema oggettivo di tutela che non prevede il principio di reciprocità, tipico dei trattati internazionali, secondo il quale lo Stato parte è tenuto a rispettare il trattato a condizione e nella misura in cui anche le altre parti

¹ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 188.

contraenti ne osservino le previsioni². La Corte di Strasburgo, sottolineando il carattere peculiare della Convenzione in quanto trattato recante garanzie collettive dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, reputa infatti necessario il superamento della logica della semplice reciprocità tra gli Stati contraenti: la Convenzione non crea mere obbligazioni sinallagmatiche bilaterali, ma obbligazioni oggettive. Secondo la Corte, tutti i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione devono essere interpretati alla luce dello *spirito* (*l'esprit general*) della Convenzione «destinata a salvaguardare e promuovere gli ideali e i valori di una società democratica»³. Già nel caso *Loizidou*⁴, la Corte assumeva la Convenzione come «strumento dell'ordine pubblico europeo» per la protezione degli esseri umani, riservando a sé, in virtù dell'art. 19 Cedu, il compito (“mission”) di vigilare sul rispetto degli impegni discendenti dalla Convenzione da parte degli Stati contraenti⁵.

Infine, la Convenzione ha istituito un meccanismo di giurisdizionalizzazione dei diritti in essa contemplati. L'ordine giuridico Cedu comprende una vera e propria struttura giudiziaria, che fa capo alla Corte europea, e un organo politico, il Comitato dei ministri, che ha il compito di verificare che gli Stati ottemperino all'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte.

Come è stato osservato, l'equiparazione della Cedu ad un qualunque trattato internazionale, che la Corte costituzionale continua a patrocinare, sembra trascurare la storia recente della Cedu ed il suo progressivo affermarsi come principale strumento europeo di tutela dei diritti umani. In tal senso, è prospettabile che tale impostazione sia destinata a cadere al cospetto della centralità assunta dai diritti convenzionali nel contesto dei Paesi europei e della straordinaria capacità di penetrazione delle sentenze della Corte di Strasburgo⁶.

3. – Il rango della Convenzione europea anteriormente alla legge costituzionale n. 3 del 2001: l'orientamento della Corte costituzionale

² V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 70.

³ CtEDU, GC, sent. 4 febbraio 2005, *Mamatkoulou e Askarov c. Turchia*.

⁴ CtEDU, sent. 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*.

⁵ CtEDU, sent. 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*.

⁶ R. Conti, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 245 ss.

Prima della riforma del 2001 del titolo V della Costituzione, l'ordinamento italiano si è accostato alla Convenzione seguendo l'impostazione rigidamente dualista che tradizionalmente caratterizza l'impianto ricostruttivo dei rapporti tra ordinamento interno e diritto internazionale. Secondo tale impostazione, le fonti del diritto internazionale non esplicano effetti giuridicamente vincolanti all'interno dell'ordinamento nazionale fino a quando non vengano trasposte in fonti di diritto interno. Avvenuta la trasposizione, le stesse assumono il medesimo valore dell'atto di recepimento⁷.

Come ogni altro trattato internazionale, anche la Convenzione europea era stata assoggettata a tale principio ed essendo stata recepita tramite legge ordinaria (l. 848/1955) aveva assunto il valore di quest'ultima, con il logico corollario della possibilità di essere abrogata per effetto di atti successivi aventi valore di legge, in forza degli ordinari criteri di ordinazione delle fonti in sistema. Si trattava, evidentemente, di una ricostruzione che poneva la CEDU in una condizione di debolezza: le norme della Convenzione non solo non potevano fungere da parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, ma risultavano, altresì, potenzialmente suscettibili di abrogazione ad opera di qualsiasi legge ordinaria successiva. Il mancato riconoscimento alla Cedu di un valore superiore a quello di legge ordinaria sembrava giustificato dall'impossibilità, che emerge anche dalla giurisprudenza più recente, di ricondurre tale Convenzione entro la sfera di operatività delle disposizioni costituzionali di apertura dell'ordinamento italiano alle fonti di derivazione esterna (artt. 10 e 11 Cost.)⁸. Come evidenziato dalla Corte costituzionale, l'art. 10 prevede l'adattamento automatico dell'ordinamento nazionale alle sole consuetudini internazionali, con esclusione delle fonti internazionali pattizie⁹. Secondo l'ipotesi ricostruttiva del Giudice delle leggi era (ed è) da escludere anche la riconducibilità della CEDU entro la sfera

⁷ Secondo le parole della Corte costituzionale «L'adattamento alle norme internazionali pattizie avviene per ogni singolo trattato con un atto ad hoc consistente nell'ordine di esecuzione adottato di regola con legge ordinaria. Ne consegue che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione. Quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva. È rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero un rango costituzionale o comunque superiore, così da non poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta. In tal modo si verrebbe a ricondurre le norme internazionali pattizie sotto l'impero dell'art. 10, primo comma, della Costituzione, mentre - come si è detto - esso è stato così formulato proprio per limitarla alle norme generali materiali ed escludere dalla sua sfera di applicazione i trattati, in quanto la norma generale "pacta sunt servanda" è norma strumentale non suscettibile di applicazione nell'ordinamento interno» (sentenza 323/1989).

⁸ L. Mezzetti – F. Polacchini, *Primacy of Supranational Law and Supremacy of the Constitution in the Italian Legal System*, in L. Mezzetti (edited by), *International Constitutional Law*, Giappichelli, Torino, 2014, p.146.

⁹ Corte cost., sentt. 168/1994, 15/1996 e 73/2001.

normativa dell'art. 11 Cost., non essendo la Cedu qualificabile come "ordinamento" a favore del quale l'Italia acconsente a limitazioni della propria sovranità¹⁰.

Soltanto in una pronuncia, rimasta isolata, la Corte costituzionale ha riconosciuto l'impossibilità per una legge ordinaria di abrogare o modificare le disposizioni convenzionali. Più precisamente ha chiarito che l'art. 6, comma 3, lettera a) della Cedu, pur avendo «da forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione», non potrebbe essere stato abrogato dalle disposizioni del codice di procedura penale ad esso posteriori, in quanto derivante «da una fonte riconducibile ad una competenza atipica» e quindi insuscettibile «di abrogazione o di modifica da parte di disposizioni di legge ordinaria»¹¹. La Consulta non conferiva rilievo costituzionale alla Convenzione, ma riconosceva ad essa una collocazione privilegiata nella gerarchia delle fonti del diritto, sebbene limitata ad una peculiare forza passiva, intesa come capacità di resistenza all'abrogazione ad opera di norme primarie posteriori. Le disposizioni convenzionali divenivano, dunque, applicabili nell'ordinamento interno indipendentemente dall'emanazione di leggi con esse incompatibili e ciò in virtù dell'atipicità della fonte da cui la Cedu deriva. Si tratta tuttavia di un arresto giurisprudenziale che non ha avuto seguito nella giurisprudenza costituzionale.

3.1. – Il ricorso alle norme Cedu in sede di integrazione, in via interpretativa, del parametro di giudizio

L'analisi della giurisprudenza costituzionale consente di osservare che l'affermazione della pari ordinazione tra Cedu e leggi ordinarie, pur escludendo la possibilità per la prima di assumere valore di parametro alla luce del quale fondare la validità della norma impugnata, non ha impedito al Giudice delle leggi di ricorrere alle disposizioni convenzionali come ausilio interpretativo per chiarire la portata delle norme costituzionali in materia di diritti. Come è stato osservato¹², è attraverso l'interpretazione che divengono palesi le potenzialità comunicative tra l'ordine interno e l'ordine internazionale. Ne discende che spetta alle Corti costituzionali il compito di dare il giusto contenuto alle disposizioni della Costituzione in armonia con i processi storici e segnare le vie mediante le quali le Costituzioni accolgono e proteggono, armonizzandoli con il loro nucleo

¹⁰ Corte cost., sent. 188/1980.

¹¹ Corte cost., sent. 10/1993.

¹² G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 2004, p. 27.

fondamentale di garanzia, anche diritti espressi da fonti extrastatali. Questa operazione è stata facilitata dalla contiguità materiale tra le disposizioni convenzionali e costituzionali in tema di diritti ed ha consentito lo sviluppo di processi di convergenza interpretativa anche al di fuori delle premesse ricostruttive assunte dalla Corte. E' possibile osservare come alla svalutazione della CEDU sul piano della teoria delle fonti si sia accompagnata una sua valorizzazione sul piano ermeneutico, che si esprime attraverso l'impiego della CEDU come strumento in grado di arricchire il contenuto delle disposizioni costituzionali in tema di diritti fondamentali.

In proposito, si può notare come, sin dalle prime pronunce in materia, la Corte, pur mantenendo ferme premesse rigidamente dualistiche, abbia fatto largo impiego dei trattati sui diritti umani nel senso dell'integrazione in via interpretativa delle disposizioni costituzionali sui diritti. Si può ricordare la sent. 104/1969, nella quale la Corte afferma che, rispetto al catalogo costituzionale, l'art. 8 Cedu «ha, nei confronti delle correlative norme della Costituzione qualche sfumatura di migliore precisazione della tutela della riservatezza» nella misura in cui, in particolare, enuncia positivamente le condizioni di legittimità dell'ingerenza della pubblica autorità nella vita privata e familiare. Vi è, poi, la sent. 38/1973, in cui si afferma che rientrano tra i diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti dall'art. 2 Cost e «affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma» i diritti al proprio decoro, al proprio onore, alla propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, «sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo», quasi a ritenere che la Cedu possa dispiegare l'effetto di integrare il contenuto di clausole generali della Costituzione, nel contesto di una sua interpretazione evolutiva alla luce del patrimonio normativo maturato nell'esperienza del sistema convenzionale¹³.

Ancora più incisivamente, nella sent. 388/1999 si legge che «Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione, è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost., sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coessenziali alla dignità della persona, ma anche perchè, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse

¹³ A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli, 2012, p. 450.

formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione». Come è stato rilevato, la pronuncia non smentisce, ma dà per presupposto, il crescente ricorso all'eterointegrazione di contenuti normativi, confermando, tuttavia, un controllo da parte della Corte dei processi di eterointegrazione che la stessa riconosce¹⁴.

4. – Il mosaico ricostruttivo tratteggiato dalla Corte costituzionale in tema di controllo di convenzionalità a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007

L'orientamento della Corte costituzionale in tema di controllo di convenzionalità e di *status* della Cedu è mutato radicalmente in seguito alla modifica dell'art. 117 Cost., ad opera della legge costituzionale 3/2001. Il nuovo testo dell'art. 117, comma 1 Cost. prevede che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». A partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007, la Corte ha ravvisato in tale disposizione il riferimento costituzionale alla Cedu e, in generale, ai trattati internazionali, escludendo che possano venire in rilievo gli artt. 10 e 11 Cost. Con riferimento all'art. 10, la Corte precisa che esso si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie, alle quali l'ordinamento giuridico italiano si adatta in modo automatico. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa dell'art. 10. L'art. 10, comma 1 è invocabile come parametro solo qualora venga in rilievo una disposizione convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta.

Parimenti, il Giudice delle leggi esclude la riconducibilità delle disposizioni Cedu all'ambito operativo dell'art. 11 Cost., non essendo individuabile, con riferimento alle norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale, riconfermando quanto già chiarito nella giurisprudenza precedente¹⁵. La CEDU, a differenza dell'Unione europea, non si configura come un ordinamento sovranazionale¹⁶, ma come semplice

¹⁴ C. Pinelli, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.* 1999, p. 2999.

¹⁵ Corte cost., sent. 188/1980.

¹⁶ Corte cost., sent. 348/2007: «La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopravanzionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione

trattato con il quale gli Stati hanno espresso un comune consenso circa la salvaguardia di una serie di diritti della persona. A presidio della effettiva tutela di quei diritti, gli Stati non hanno delegato competenze normative ad un soggetto esterno, ma hanno attribuito ad un giudice esterno – la Corte europea – il compito di fornire una interpretazione centralizzata e dunque uniforme della Convenzione¹⁷.

Il fondamento costituzionale della Cedu, come di ogni altro trattato internazionale¹⁸, è, quindi, individuato nell'art. 117, comma 1 Cost., che le norme convenzionali vanno ad integrare assumendo natura di norme interposte aventi valore sub-costituzionale. Con l'art. 117, comma 1, si realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, così da essere qualificata come norma interposta (*infra*, par. 4.1).

Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a tutta la Costituzione. Lo scrutinio di costituzionalità non può, quindi, limitarsi alla possibile lesione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili, ma deve estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali. Pertanto, in occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. La Cedu diviene, quindi, elemento di una duplice verifica nella quale assume valore di parametro e di oggetto del sindacato di costituzionalità. In qualità di oggetto, qualora risulti in contrasto con una norma costituzionale, la sanzione individuata dalla Corte consiste nell’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, con conseguente espunzione dall’ordinamento giuridico italiano.

La Corte esclude che l’incompatibilità della norma interna con la norma della Cedu possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune. Diversamente dalle norme comunitarie, le norme internazionali pattizie non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, pertanto non possono essere portate ad immediata

dell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri».

¹⁷ G. Tesauro, *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, in *Atti del Convegno nazionale - Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro, Otranto, 10-11 giugno 2011*, CASPUR-CIBER Publishing, 2011, p. 28.

¹⁸ Corte cost., sent. 7/2013.

applicazione da parte dei giudici nazionali in caso di antinomia con fonti interne. La Corte attrae, quindi, a sé il controllo di convenzionalità delle fonti interne, ponendo il divieto per il giudice comune di risolvere l'antinomia tra norma interna e norma internazionale mediante la non applicazione della prima. Tuttavia, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale per supposta violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., il giudice deve tentare di conciliare in via interpretativa il contenuto dell'oggetto e del parametro. Soltanto qualora il tenore testuale dell'oggetto osti a tale operazione di esegesi convenzionalmente conforme sarà possibile sollevare l'incidente di costituzionalità (*infra*, par. 5).

Una volta adita, la Corte orienterà il sindacato di convenzionalità assumendo il criterio del ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. Nel contesto di tale operazione di bilanciamento, il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti¹⁹. La Corte chiarisce che nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso «il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». In ogni caso, «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma Cedu sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali. (...) Con riferimento ad un diritto fondamentale, l'osservanza degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa». In proposito, la Corte sottolinea la necessità di operare una valutazione «sistematica e non frazionata» dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranaziali, complessivamente considerati, i quali si trovano sempre in rapporto di integrazione reciproca²⁰.

¹⁹ Corte cost., sent. 317/2009.

²⁰ Corte cost., sentt. 264/2012, 85, 170, 202/2013, 191/2014, 10/2015.

La Corte precisa, inoltre, che la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé considerata. Ciò in quanto le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea. La peculiarità delle disposizioni CEDU, nell'ambito della categoria delle fonti interposte, consiste infatti nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, gli Stati contraenti sono vincolati ad uniformarsi²¹. Invero, recentemente la Consulta ha precisato che il vincolo ermeneutico alla giurisprudenza di Strasburgo sorge solo in presenza di pronunce che siano espressione di un orientamento consolidato (*infra*, par. 4.3). Il valore della giurisprudenza di Strasburgo è testimoniato dalla circostanza che tutte le volte in cui viene in rilievo una disposizione convenzionale, la Corte ne ricostruisce il significato precettivo operando un'analitica ricognizione dei precedenti della Corte EDU²². La Corte preclude anche a se stessa la possibilità di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo. Tuttavia, si riserva di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.

Dopo aver operato la ricognizione generale di tutte le tessere di cui si compone il mosaico ricostruttivo, operazione necessaria al fine di inquadrare il controllo di convenzionalità entro un quadro teorico complessivo, è possibile procedere all'esame di ciascuna di esse.

4.1. – Il valore della Cedu come fonte interposta

La Corte ha chiarito che la struttura dell'art. 117, comma 1, «si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria (...). Nel caso

²¹ Corte cost., sent. 348/2007.

²² Corte cost., *ex plurimis*, sentt. 311/2009, 317/2009, 93/2010 con riferimento all'art. 6 Cedu; sentenza 39/2008, con riferimento all'art. 8 Cedu; sent. 187/2010, con riferimento all'art. 14 Cedu.

specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato».

La Corte qualifica pertanto le norme CEDU come fonti interposte ed al riguardo precisa ulteriormente che «la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione». Occorre quindi verificare, prosegue la Corte, “se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte²³, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano».

Il riconoscimento alle norme CEDU del valore di norme interposte si accompagna ad una duplice precisazione. La prima attiene al rango sub-costituzionale delle fonti interposte, la seconda alla necessità che le stesse si pongano in armonia con tutte le disposizioni costituzionali interne.

Nella letteratura costituzionalistica italiana, la teorizzazione della categoria delle norme interposte è riconducibile alle riflessioni di Carlo Lavagna²⁴. Secondo l'Autore, tale fenomeno si riscontrerebbe nei casi in cui la norma, pur essendo tratta da “*testi costituzionali*”, sia invocabile solo indirettamente, «inserendosi fra questi ultimi e le norme legislative che si ritengono viziate altre norme, dotate di mera forza legislativa e che potrebbero chiamarsi norme interposte” e “queste norme con efficacia di legge ordinaria (...) per esplicito disposto della Costituzione vincolano o limitano altre norme giuridiche»²⁵. Le norme interposte, quindi, pur avendo la medesima forza delle norme ad esse collegate, vincolerebbero queste ultime al loro rispetto non per volontà propria, ma per disposto costituzionale. Come aveva evidenziato Vezio Crisafulli, con riferimento ad un tipico esempio di norma interposta, la legge di delegazione, «la forza dei decreti legislativi delegati (...) si arresta nei confronti delle rispettive leggi di delegazione, dovendo essi sottostare – a

²³ Si fa riferimento alla Corte Edu.

²⁴ C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta fondatezza»*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 25.

²⁵ C. Lavagna, *op. cit.*, p. 28 ss.

pena d'invalidità – a tutti i limiti, di oggetto, di tempo, e di principi e criteri direttivi, prefissati nella delega, e questo si verifica perché così dispone la Costituzione (all'art. 76)»²⁶.

Secondo Lavagna, rientrerebbero in questa categoria le leggi di delegazione, i principi fondamentali posti o deducibili dalle leggi statali (atti a vincolare le leggi regionali), le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e le norme contenute nei Patti Lateranensi.

La Corte costituzionale precisa che la CEDU ha «rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria». In proposito, tuttavia, è stato osservato²⁷ che il vincolo che discende dalle norme interposte nei confronti di norme successive deriva dalla loro parametricità, determinata dal particolare rapporto che intercorre tra esse ed una norma costituzionale, in base al quale il contrasto con una norma interposta costituisce automaticamente violazione della norma costituzionale. Tale rapporto ha una valenza esclusivamente funzionale, quella di attribuire alle norme interposte il carattere di norme parametro della legittimità costituzionale di eventuali norme successive, senza bisogno di determinare alcuna variazione in termini di gerarchia. Le fonti che contengono norme qualificabili come interposte, pertanto, non si distinguono dalle altre fonti previste dall'ordinamento giuridico né in termini di gerarchia né in termini di competenza: la loro caratteristica risiede nel fatto di essere composte da norme che assolvono la funzione di parametro del giudizio di legittimità costituzionale²⁸. La Corte costituzionale, invece, sembra impostare il fenomeno dell'interposizione normativa in termini di gerarchia tra fonti giuridiche, qualificando la CEDU come fonte subcostituzionale.

La CEDU presenta ulteriori peculiarità rispetto alle altre ipotesi di norme interposte. Il primo profilo di differenziazione consiste nella soggezione della fonte all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi²⁹. In tal senso, l'interposizione è operata non dalla fonte, ma dalle sentenze che chiariscono il significato di tale fonte. Il parametro di cui all'art. 117, comma 1 Cost. viene integrato e reso operativo non dalle disposizioni CEDU, ma dalle sentenze della Corte di Strasburgo, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie concreta la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato.

²⁶ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte costituzionale)*, II, Cedam, Padova, 1974, p. 89.

²⁷ S.M. Cicconetti, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, in www.rivistaaiic.it, 4/2011, p. 3 ss.

²⁸ S.M. Cicconetti, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in www.rivistaaiic.it, 2008.

²⁹ Corte cost., sent. 348/2007.

In secondo luogo, la peculiarità dell'interposizione normativa attraverso la CEDU è legata alle dinamiche di interpretazione e applicazione del diritto stesso e, più in generale, al concreto operare del giudizio di legittimità³⁰. La parametricità della CEDU nel giudizio di costituzionalità non può essere ricondotta esclusivamente alla gerarchia delle fonti, ma investe la più complessa questione della progressiva integrazione materiale tra ordinamenti in virtù di convergenze interpretative³¹. In questa prospettiva, si potrebbe sostenere che il giudizio di costituzionalità non si riduce, per ciò che riguarda la CEDU, a sede di astratto confronto tra norme, ma diviene sede di gestione delle relazioni tra ordinamenti, sotto il profilo della ricerca di convergenze interpretative che investono il momento della costruzione dell'oggetto e del parametro di giudizio.

4.1.1. – L'interposizione normativa attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: le sentenze della Corte Edu come “*novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”

La Corte costituzionale, in numerose occasioni³², ha provveduto a chiarire che le disposizioni CEDU vivono secondo l'interpretazione che di esse viene data dalla Corte di Strasburgo. Come chiarito nella sentenza 348/2007, «Poiché (...) le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare le norme come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata». Tuttavia, solo recentemente, con l'ordinanza 150/2012, il Giudice delle leggi ha considerato una decisione della Corte EDU, precisamente della Grande Camera³³, come un «*novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta». Sebbene la Corte non qualifichi la sopravvenienza della sentenza della Grande Camera come fattispecie propriamente riconducibile ad un'ipotesi di *ius superveniens*³⁴, tuttavia si è in presenza di elemento

³⁰ S.M. Cicconetti, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, op. cit.

³¹ A. Schillaci, *La CEDU e l'ordinamento italiano nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Cerri, M.R. Donnarumma (a cura di), *Il costituzionalismo multilivello. Profili sostanziali e processuali*, Aracne, Roma, 2013, p. 161.

³² Corte cost., *ex plurimis* sentt. 348 e 349/2007, 311 e 317/2009, 187 e 196 del 2010, 236/2011.

³³ CtEDU, GC, sent. 13 novembre 2011, *S. H. c. Gov. Austria*.

³⁴ Nell'ordinanza 150/2012 la Corte qualifica come *ius superveniens* le seguenti fattispecie: modifica della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio (*ex plurimis*, ordinanze 14, 76, 96, 117, 165, 230, 386 del 2002), modifica della disposizione che integra il parametro costituzionale (ordinanze 516/2002 e 216/2003), considerevoli modifiche del quadro normativo, pur restando immutata la disposizione censurata (*ex plurimis*, ordinanza 378/2008).

accostabile ad esso, almeno sul piano dell'effetto di alterare il parametro della questione di legittimità costituzionale, con conseguente necessità di restituire gli atti al giudice *a quo*.

La peculiarità di tale ordinanza, pronunciata con riferimento alla questione di costituzionalità relativa al divieto di inseminazione artificiale eterologa, risiede quindi nella motivazione che sorregge la restituzione degli atti, che viene fondata su un mutamento di giurisprudenza della Corte EDU, intervenuto dopo che la questione era stata sollevata³⁵. In particolare la Sez. I della Corte EDU³⁶ aveva ritenuto che, in un ordinamento che consente la procreazione artificiale, il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 Cedu, in quanto espressione della vita privata e familiare, per cui i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale, nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto alle altre, violano l'art. 14 CEDU, se non giustificati da finalità oggettive e ragionevoli e dal rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

Tale interpretazione è poi stata modificata dalla decisione della Grande Camera³⁷, la quale ha ritenuto che il divieto di fecondazione assistita eterologa vigente nell'ordinamento austriaco, pur costituendo un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare degli aspiranti genitori, riguarda una materia controversa ed eticamente sensibile la cui disciplina normativa deve essere affidata al margine di apprezzamento degli Stati. La Corte, inoltre, ha osservato come nel caso di specie la normativa austriaca fosse il risultato di un bilanciamento accettabile tra i diritti degli aspiranti genitori e quelli dei terzi e della collettività, non lesivo degli art. 8 e 14 CEDU.

A giustificazione del provvedimento di restituzione in esame, la Corte costituzionale richiama due presupposti, tratti dalla propria precedente giurisprudenza: a) il significato che il giudice comune deve riconoscere all'interpretazione data dalla Corte EDU alle norme della CEDU; b) la sopravvenuta modifica del parametro costituzionale o della norma interposta.

L'importanza dell'ordinanza in esame è data dalla valorizzazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo quale fonte di possibile modificazione non solo

³⁵ R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.org, 2012, p. 6 ss.

³⁶ CtEDU, sent. 1 aprile 2010, *S. H. c. Gov. Austria*.

³⁷ CtEDU, GC, sent. 13 novembre 2011, *S. H. c. Gov. Austria*.

dell'interpretazione, ma anche del contenuto stesso del parametro interposto. Tale mutamento viene infatti definito come «un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta».

Come è stato osservato, la rimessione al giudice *a quo* della valutazione degli effetti prodotti dalla sentenza della Grande Camera segna un ulteriore passo verso la parificazione del diritto scritto a quello vivente delle Corti, apendo scenari non ancora ben definiti e definibili³⁸.

A ciò deve aggiungersi l'espressa qualificazione delle sentenze di Strasburgo (a condizione che siano espressione di un orientamento consolidato: *infra*, par. 4.3) quali norme interposte del sindacato incidentale di legittimità costituzionale: ciò che integra l'art. 117, comma 1 Cost. non è la disposizione Cedu, ma «il risultato ormai stabilizzato della giurisprudenza europea» (Corte cost., sent. 49/2015).

4.2. – I criteri di orientamento del sindacato di convenzionalità: sistemazione gerarchica della Cedu come fonte interposta avente valore subcostituzionale *versus* valutazione sistematica e non frazionata dei diritti al fine di garantire la tutela più intensa dei diritti e dei principi, costituzionali e sovranazionali, coinvolti nel controllo di convenzionalità

Come chiarito dalla Corte costituzionale nelle sentenze 348 e 349 del 2007, nel contesto del controllo di convenzionalità le disposizioni CEDU costituiscono un parametro interposto che ha «rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria». Tale inquadramento rinvia ad un contesto teorico di riferimento di natura gerarchico-formale³⁹, al quale, a partire dalla sentenza 317/2009, sembra affiancarsi in modo dialettico un'impostazione ricostruttiva che assume il criterio della tutela più intensa come criterio di risoluzione delle antinomie tra fonti.

Come si legge nella sentenza 317/2009 «È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela

³⁸ R. Conti, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. Cosio, R. Foglia. (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 256 ss.

³⁹ A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2007; Id., *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta online*, 2013.

inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti. Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. (...) Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali».

Sulla base di questa affermazione, la Corte ha elaborato un test di ammissibilità delle ordinanze di rinvio fondato sul *plus* di tutela garantito dal diritto CEDU rispetto a quello di cui è espressione la Costituzione, esprimendo il principio per il quale le disposizioni della CEDU possono essere richiamate come norme interposte solo nel caso in cui le libertà costituzionali non siano sufficienti a soddisfare il bisogno di giustizia costituzionale espresso dal giudizio principale ed una tale affermazione deve essere oggetto di un'espressa motivazione da parte del giudice rimettente sotto due diversi profili: deve essere adeguatamente descritta la fattispecie oggetto del giudizio principale (Corte cost., sentt. 64 e 65/2011) e deve essere indicato in che misura l'applicazione della norma internazionale invocata determina un *plus* nella tutela della posizione sostanziale attivata nel processo rispetto alla norma costituzionale (Corte cost., sent. 31/2011)⁴⁰.

Questo nuovo arresto teorico-ricostruttivo in tema di rapporti tra fonti sembra porsi come modello alternativo rispetto a quello fondato sull'ordinazione gerarchica tra materiali normativi proposto nelle sentenze 348 e 349 del 2007. Infatti, la tutela più intensa, a livello teorico, potrebbe essere offerta dalla fonte interna di rango primario piuttosto che dalla disposizione CEDU. In tal caso, il rispetto dell'impianto di natura gerarchico-formale, che

⁴⁰ G.L. Conti, *Mantenere nel tempo il valore del giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in C. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia. Atti del Seminario svoltosi a Roma, alla Luiss Guido Carli, il 18 novembre 2011*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 36 ss.

vede la CEDU come fonte sovraordinata alla legge, imporrebbe al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1 e alla Corte costituzionale di caducare la fonte interna. Diversamente, in virtù del criterio della massima espansione delle tutele, l'esito dell'incidente di costituzionalità dovrebbe risolversi nella dichiarazione dell'inidoneità della disposizione CEDU ad integrare il parametro. In tal caso, non si assisterebbe ad un bilanciamento tra il principio del rispetto degli obblighi internazionali e l'esigenza di non sacrificare altri beni costituzionalmente protetti poiché è la stessa Convenzione europea a limitare le proprie potenzialità applicative qualora le stesse si risolvano in un deficit di tutela rispetto ad un diritto fondamentale. L'art. 53 CEDU, infatti, dispone che «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

Parimenti, dall'impostazione metodologica di ordine assiologico-sostanziale che sorregge il criterio della ricerca della tutela più intensa potrebbe discendere un arretramento della stessa Costituzione rispetto alla CEDU, qualora si dimostri che la più “intensa” tutela proviene dalla Convenzione. La prospettiva ricostruttiva dei rapporti tra fonti interne (di rango ordinario e di rango costituzionale) fondata sul criterio della tutela più intensa sembra, quindi, porsi in contraddizione con l'impianto teorico che vede la Convenzione europea quale fonte subcostituzionale.

Secondo autorevole dottrina, la ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali come criterio idoneo a regolare le relazioni intersistemiche rappresenta l'autentica *Grundnorm* che presiede ai processi interpretativi che si impiantano e si svolgono tanto in ambito interno quanto in ambito sovranazionale. E' proprio il canone della tutela più intensa il solo che possa spingersi persino oltre la “sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo che, in sé e per sé considerata, sembra essere inderogabile⁴¹.

In senso contrario, si osserva che nel momento in cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di una disposizione di legge per contrasto con disposizioni CEDU che fissano il contenuto di una libertà in termini più ampi rispetto a quelli previsti a livello costituzionale, si ammette una torsione del sistema costituzionale, alterando l'equilibrio tra

⁴¹ A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in www.rivistaaiic.it, 1/2014, pp. 7 e 14.

diritti e doveri del cittadino che è alla base della forma di Stato repubblicana. Ciò determinerebbe un mutamento del ruolo della Corte costituzionale, da custode della Costituzione a sacerdote delle torsioni costituzionali determinate dalla tutela multilivello dei diritti dell'uomo⁴².

Si assiste, quindi, ad una tensione dialettica tra l'opzione che vede il rango della fonte come elemento che deve guidare il controllo di convenzionalità e la differente ipotesi teorica che assume non il rango, ma il contenuto normativo della fonte ed il grado di tutela che la stessa offre ai diritti fondamentali quale criterio che deve orientare il controllo di convenzionalità.

4.3. – Il processo di costruzione in via ermeneutica del contenuto normativo delle disposizioni CEDU: la soggezione del giudice comune al precedente di Strasburgo di volta in volta conferente secondo l'evoluzione giurisprudenziale antecedente la sentenza 49/2015 della Corte costituzionale

Uno dei nodi teorico-giuridici più controversi che emergono in tema di controllo di convenzionalità è quello relativo all'individuazione della portata precettiva della disposizione CEDU che viene in rilievo nel caso concreto. A tal proposito, l'interrogativo che si pone è se il giudice nazionale possa offrire una propria interpretazione alle disposizioni CEDU oppure se sia vincolato ad assumere le stesse secondo il significato individuato dalla Corte di Strasburgo. Si tratta di un quesito che riveste un decisivo significato pratico poiché condiziona il processo di costruzione del parametro che sarà assunto in sede di controllo di convenzionalità.

La sistemazione di tale questione è stata oggetto di un percorso giurisprudenziale il cui arresto più recente si rintraccia nella sentenza 49/2015, che indica i criteri selettivi che devono orientare il giudice comune nell'utilizzo del precedente della Corte EDU.

Prima dell'adozione di tale pronuncia, dalla giurisprudenza costituzionale sembrava emergere un vincolo particolarmente stringente per il giudice nazionale, che era tenuto a seguire l'esegesi delle disposizioni convenzionali compiuta dalla Corte europea. La rigidità

⁴² G. L. Conti, *Mantenere nel tempo il valore del giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in C. Decaro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia. Atti del Seminario svoltosi a Roma, alla Luiss Guido Carli, il 18 novembre 2011*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 37.

di tale condizionamento ermeneutico è stata oggetto di diverse oscillazioni, espresse in alcuni arresti giurisprudenziali di cui si indicheranno brevemente i passaggi argomentativi fondamentali.

Nella sentenza 348/2007 emergeva una «funzione interpretativa eminent» propria della Corte europea, che si sostanzia nel fatto che «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte europea». Nella successiva sentenza 349/2007 la Corte chiarisce che una delle peculiarità che distinguono la CEDU dagli altri accordi internazionali risiede nella necessità che le disposizioni convenzionali siano assunte secondo il significato ad esse attribuito dal «“suo” giudice», “cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU)». Per la generalità degli accordi internazionali opera, invece, il differente principio secondo cui la loro «interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale».

La consacrazione del ruolo della giurisprudenza avviene, quindi, per via giurisprudenziale: è una Corte a fornire solida legittimazione ad un'altra Corte. Al riconoscimento della funzione interpretativa eminent della Corte EDU segue un passaggio in cui si afferma che «[s]i deve [...] escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali», dovendosi “[t]ale controllo [...] sempre ispirar[e] al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione». Si poteva, quindi, ancora legittimamente dubitare della sussistenza di un monopolio esclusivo, in capo alla Corte europea, circa il significato da attribuire alla CEDU senza possibilità alcuna, da parte di giudici comuni e specialmente da parte della Corte costituzionale, di integrare quel significato. Tuttavia, a distanza di un anno, nella decisione 39/2008, facendo dire attraverso la tecnica di citazione manipolativa del precedente quanto in realtà non era stato detto nelle decisioni del 2007⁴³, il Giudice delle leggi sottolinea che tali decisioni avevano precisato che la peculiarità delle norme della CEDU nell'ambito della

⁴³ O. Pollicino, *Corti europee e allargamento dell'Europa. Evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 1 ss.

categoria delle norme interposte risiede «nella soggezione all’interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l’eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi». Un vincolo interpretativo, dunque, assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte europea in capo ai giudici comuni ed alla Corte costituzionale per quanto riguarda l’inquadramento dell’esatta portata della norma convenzionale. Vincolo che non emergeva dalle decisioni del 2007 e che viene invece confermato dalle decisioni 311 e 317/2009, dove espressamente si dice che alla Corte costituzionale, salvo ovviamente l’eventualità che una norma CEDU sia in contrasto con la Costituzione, «è precluso di sindacare l’interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve» (sent. 311/2009). Alla valorizzazione del vincolo interpretativo nei confronti della giurisprudenza della Corte europea si accompagna, tuttavia, il riconoscimento della possibilità che, in determinati casi, la stessa Corte europea attribuisca agli Stati membri la facoltà di discostarsi da quanto previsto dagli orientamenti di Strasburgo. Ciò può avvenire, come specifica la decisione n. 311/2009, in relazione, ad esempio, alla possibilità che per «motivi imperativi di interesse generale, il legislatore si possa sottrarre al divieto, ai sensi dell’art. 6 CEDU, di interferire nell’amministrazione della giustizia». Inoltre, sempre in tale pronuncia, si stabilisce che il vincolo interpretativo per il giudice comune opera con riferimento alla “sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo: «Beninteso, l’apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03)». Il riferimento alla “sostanza” della giurisprudenza della Corte EDU compare anche in pronunce successive. Come chiarito nella sentenza 230/2012 «Resta, altresì, fermo il riconoscimento alla Corte di un “marginе di apprezzamento e di adeguamento”, che, nel rispetto della “sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo, le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell’ordinamento in cui l’interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi» (in senso conforme, sentt. 311/2009, 303, 236/2011). Secondo tale opzione ricostruttiva, la giurisprudenza europea dovrebbe, quindi, essere oggetto di un’operazione di selezione condotta dal giudice comune sulla base del criterio della “sostanza”, canone in grado di distinguere tra i precedenti di Strasburgo vincolanti e quelli che, invece, possono essere disattesi⁴⁴.

⁴⁴ A. Ruggeri, L’”intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra www.dpce.it

In definitiva, se, come più volte affermato dalla Corte (sentt. 348, 349/2007, 39/2008, 239, 311/2009, 93/2010, 1, 113, 236/2011, 264/2012), il Giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione CEDU a quella data dalla Corte di Strasburgo, esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento. In proposito, alcuni Autori sottolineano che di fatto la stessa Corte costituzionale ha ridimensionato la portata del vincolo interpretativo. Le tecniche del “margine di apprezzamento”, del bilanciamento tra il vincolo internazionale e i principi costituzionali, della valutazione di “motivi imperativi d’interesse generale” rappresentano modalità per reintrodurre un’autonomia apparentemente esclusa e per consentire una diversa efficacia delle decisioni nei distinti ordinamenti in considerazione delle loro peculiarità⁴⁵.

4.3.1. – *Segue. Posizioni critiche*

Alcuni commenti critici hanno evidenziato l’inopportunità della soggezione del giudice nazionale all’interpretazione della Corte di Strasburgo, pur con i temperamenti introdotti dalla giurisprudenza costituzionale.

Viene in rilievo la riflessione secondo cui l’efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte europea, sostenuta dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa e declinata nella nozione di cosa giudicata interpretata, provoca una progressiva erosione della sovranità statale, non controllabile da parte dei governi degli Stati membri del Consiglio d’Europa⁴⁶.

Si sostiene, poi, l’inopportunità di tale vincolo interpretativo, che conduce a considerare la Convenzione sia come oggetto della tutela costituzionale stabilita dall’art. 117, comma 1 Cost., sia come parametro interpretativo delle norme costituzionali materiali. In forza di questo duplice vincolo, il bilanciamento fra valori convenzionali, operato dalla Corte europea, diventerebbe vincolante nel giudizio di costituzionalità delle leggi, determinandone così completamente l’esito, e lo stesso sindacato di legittimità

⁴⁵ CEDU e diritto interno e in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”, in *Consulta online*, 2013, p. 9 s.

⁴⁵ S. Foà, *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla Cedu: il parametro di legittimità “conteso” tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Foro amm. (CdS)*, 2011, 7-8, p. 2260.

⁴⁶ V. Esposito, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l’esecuzione delle sue sentenze*. SIOI, Palazzetto Venezia, Roma, 6-7 giugno 2002, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, p. 71 e 119.

costituzionale finirebbe per essere, rispetto alle norme a tutela di diritti individuali, uno strumento per estendere *erga omnes* gli effetti delle sentenze della Corte EDU⁴⁷.

È stato, inoltre, rilevato che una delle prerogative tipiche della sovranità è che lo Stato affida l'interpretazione delle proprie leggi ai propri giudici; il riconoscimento del monopolio interpretativo sulla Convenzione europea alla Corte di Strasburgo costituirebbe pertanto una rinuncia, non coerente con il quadro costituzionale, ad una quota di sovranità ed una deroga al fondamentale principio del libero convincimento del giudice⁴⁸. Inoltre, essendo il catalogo costituzionale dei diritti molto diverso e assai più ricco di quello convenzionale, deve essere evitato un riferimento acritico e non sorvegliato alla Convenzione e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁹.

Piuttosto che di vincolo interpretativo, dovrebbe parlarsi di necessaria presa in considerazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con il solo avvertimento che, in una prospettiva di dialogo, l'attività interpretativa della giurisprudenza CEDU da parte delle autorità nazionali è sottoposta al controllo della stessa Corte EDU⁵⁰.

4.4. – I criteri selettivi dell'intensità del vincolo del giudice nazionale al precedente di Strasburgo: i rapporti tra l'autonomia interpretativa del giudice interno e il ruolo della Corte di Strasburgo quale interprete “ultimo” della Cedu alla luce della sentenza n. 49/2015

La questione dell'intensità del vincolo ermeneutico discendente dalla giurisprudenza di Strasburgo è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale⁵¹ che ha chiarito quali sono i criteri che devono orientare l'utilizzo da parte del giudice interno dei precedenti giurisprudenziali di Strasburgo. Uno dei principali elementi di criticità in tema di

⁴⁷ E. Cannizzaro, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 1.

⁴⁸ M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 15 ss.

⁴⁹ M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in www.federalismi.it, 8 agosto 2007, p. 15-16.

⁵⁰ R. Conti, *Cedu e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, 2010, p. 17 ss.

⁵¹ Corte cost., sent. 49/2015.

controllo di convenzionalità concerne proprio l'impiego delle “*courts made doctrine*” e del precedente della Corte EDU⁵².

In proposito, preliminarmente la Corte riprende l'indicazione, contenuta nella sentenza 349/2007, secondo cui «alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la «parola ultima» (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU. Si tratta di una «funzione interpretativa eminente» (sentenza n. 348 del 2007), con la quale si assicura che, all'esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo».

Ripresi tali concetti, la Corte precisa che i giudici interni non possono ignorare l'interpretazione della CEDU che si sia consolidata in una certa direzione. In questa prospettiva, la CEDU vive «nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato». E' proprio il canone della “giurisprudenza consolidata”, assunta come unica parte dello scibile normativo e giurisprudenziale proveniente da Strasburgo alla quale il giudice interno deve obbedienza, che consente di mantenere in equilibrio il principio dell'autonomia interpretativa del giudice (art. 101, comma 2 Cost.) ed il principio di certezza e stabilità del diritto, assicurato dal ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte EDU (che poggia sull'art. 117, comma 1 Cost.). Il ruolo della Corte di Strasburgo di interprete ultimo della Convenzione è inoltre considerato funzionale alla «primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali». Tuttavia, nel processo di progressiva costruzione di un assetto giurisprudenziale consolidato in tema di diritti umani, svolge un ruolo essenziale il confronto tra giudici nazionali e Corte EDU, che si ritiene possa acquistare rinnovato valore nella prospettiva dell'entrata in vigore del Protocollo 16 (*infra*, par. 4.5.).

Pertanto, secondo le indicazioni della Corte, solo gli indirizzi giurisprudenziali espressivi di un orientamento consolidato sono idonei a condizionare i processi interpretativi interni volti all'individuazione della portata normativa delle disposizioni

⁵² V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 28.

CEDU. La sentenza di Strasburgo non riconducibile nel contesto di un orientamento stabile non è, quindi, idonea né a fondare l'obbligo di interpretazione conforme, né a integrare il parametro di cui all'art. 117, comma 1 Cost. La Corte costituzionale individua diversi criteri che devono orientare l'interprete nell'opera di riconoscimento delle esegesi delle disposizioni CEDU che non fanno sorgere alcun obbligo di conformazione da parte del giudice. Tali indici sono individuati in negativo e sono «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissidenti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». La Corte indica non in positivo, ma in negativo i fattori idonei ad escludere l'obbligo di conformazione all'esegesi di Strasburgo.

In senso critico, si osserva che le indicazioni date nella sentenza 49/2015 finiscono per consentire a qualsiasi giudice l'attivazione dei "controlimiti" all'ingresso nell'ordinamento interno del diritto CEDU, come declinato dalla Corte europea. Ciò determinerà verosimilmente la produzione di decisioni idonee a far insorgere la responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi internazionali assunti con la ratifica della Convenzione⁵³.

Secondo una diversa prospettiva, si sollevano perplessità circa le sorti della prevedibilità dell'esito giudiziario e più in genere del nostro diritto se l'interprete dovesse cambiare orientamenti giurisprudenziali ogni volta che la Corte EDU mutasse i propri precedenti⁵⁴.

Giova segnalare che una recente applicazione del criterio metodologico proposto dalla Corte costituzionale è rinvenibile nella sentenza 184/2015, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-bis, della legge 89/2001 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 c.p.c.) in riferimento agli artt. 3, 111 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo

⁵³ F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 10.

⁵⁴ O. Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 giugno 2015, p. 16.

integrato dall'art. 6 CEDU. La Corte chiarisce che i giudici *a quibus*, nell'individuare la portata normativa del parametro interposto, hanno ben operato assegnando all'art. 6 CEDU «il significato che si trae dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, dalla quale soltanto non è permesso di discostarsi nell'esercizio del potere interpretativo garantito al giudice nazionale dall'art. 101, secondo comma, Cost. (sentenza n. 49 del 2015)». Tale significato esige che l'equa riparazione abbia ad oggetto «non soltanto la fase che la normativa nazionale qualifica “processo”, ma anche le attività procedurali che la precedono, ove idonee a determinare il danno al cui ristoro è preposta l'azione», ponendosi quindi in conflitto con l'art. 2, comma 2-bis, l. n. 89/2001, che «va conseguentemente dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari, anziché quando l'indagato, in seguito a un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico».

4.5. – Il Protocollo 16 e la procedura delle *advisory opinions*

Nella formazione progressiva di un orientamento interpretativo consolidato potrà assumere un ruolo significativo la procedura del parere consultivo, introdotta dal Protocollo 16, firmato a Strasburgo il 2 ottobre 2013. Si tratta di un ulteriore strumento predisposto a corredo del testo convenzionale per migliorare l'efficienza e l'efficacia del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e per potenziare lo stato di esecuzione delle sentenze della Corte europea. Tale Protocollo ha introdotto uno strumento di dialogo istituzionale tra i giudici interni e la Corte europea, che si realizza attraverso la possibilità per le più alte giurisdizioni di uno Stato contraente di richiedere un parere consultivo su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli⁵⁵.

Lo strumento del parere consultivo è volto ad istituzionalizzare il dialogo, che fino a questo momento si è sviluppato su un piano informale, tra la Corte europea e le più alte giurisdizioni nazionali.

⁵⁵ E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali : prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015.

L'utilità dell'introduzione di un sistema di collegamento pregiudiziale tra le giurisdizioni nazionali e la Corte europea era stata già da tempo evidenziata in dottrina⁵⁶. Si riteneva che l'intervento del giudice europeo avrebbe fornito all'autorità nazionale la concretizzazione del principio convenzionale e avrebbe garantito l'uniformità interpretativa tra i due livelli ordinamentali di tutela.

Tale forma di dialogo istituzionale evoca lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, dal quale tuttavia si differenzia sensibilmente. Il modello di riferimento nel contesto eurounitario, costituito dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, non si è prestato a una trasposizione nel quadro della Convenzione, in quanto il meccanismo pregiudiziale costituirebbe un modello alternativo rispetto a quello stabilito dalla Convenzione, il quale presuppone il previo esaurimento dei ricorsi nazionali.

Come si evince dall'art. 1 del Protocollo, la richiesta di parere consultivo è consentita soltanto nell'ambito di un procedimento pendente in sede nazionale e deve essere motivata in ordine alla rilevanza della questione ai fini del decidere del giudizio *a quo*. I pareri consultivi non sono vincolanti. La scelta del concetto “*avis consultatif*” sottende l'intento di prevedere uno strumento di portata non obbligatoria. Se così non fosse stato, si sarebbe fatto ricorso al concetto di “sentenza interpretativa”, analogamente al rinvio pregiudiziale disegnato nel contesto dell'Unione europea. Nel sistema dell'Unione, sul giudice nazionale grava un vero e proprio obbligo di considerare la sentenza interpretativa emessa dalla Corte di giustizia e di adottare una decisione conforme all'interpretazione o al giudizio di validità da questa forniti. Tale vincolatività è stata chiaramente definita nei Trattati. Il parere consultivo, invece, non è obbligatorio né vincolante. Il Rapporto esplicativo afferma la piena libertà della giurisdizione che ha sollevato la domanda di parere consultivo di decidere quali effetti riconoscere al parere nel procedimento interno. Corollario di tale non vincolatività è il fatto che l'emissione di un parere consultivo della Corte non impedisce alla parte del processo di esercitare il diritto al ricorso individuale previsto all'art. 34 della Convenzione.

⁵⁶ L. Forlati Picchio, *A quando il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo?*, in L. Carlassare (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali: da un incontro nell'Università di Ferrara, 11 e 19 febbraio 1987*, Cedam, Padova, 1988, p. 259 ss.; P. Tanzarella, *Art. 46 Cedu: condizione necessaria ma non sufficiente per la diretta esecuzione delle sentenze di Strasburgo*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu: il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle Sentenze di Strasburgo: atti del seminario, Ferrara, 9 marzo 2007*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 245 ss.

Tuttavia, la non obbligatorietà del parere consultivo va letta alla luce del sistema in cui questo viene ad inserirsi. Lo stesso Rapporto esplicativo del Protocollo dichiara che i pareri emessi dalla Corte si inseriscono nella sua giurisprudenza «aux côtés de ses arrêts et décisions», dunque “[l]’interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions». La giurisprudenza europea sull’efficacia interpretativa delle decisioni potrebbe pertanto essere riconosciuta ed estesa all’attività “consultiva” della Corte.

L’ulteriore elemento che depone a favore di una vincolatività di fatto dei pareri consultivi è ricavabile sempre dal Rapporto esplicativo del Protocollo 16, secondo il quale «lorsqu’une requête est déposée à la suite d’une procédure dans le cadre de laquelle un avis consultatif de la Cour a effectivement été suivi, il est escompté que les éléments de la requête ayant trait aux questions traitées dans l’avis consultatif soient déclarés irrecevables ou rayés du rôle».

Tale ultimo elemento suggerisce almeno due considerazioni. La prima è che il giudice, posto di fronte all’alternativa se conformarsi o meno al parere emesso dalla Corte, avrà interesse a conformarvisi perché l’adozione di una diversa soluzione esporrebbe lo Stato, con un alto grado di probabilità, alla dichiarazione di responsabilità internazionale per violazione della legalità convenzionale. La seconda è che la parte del processo, nell’ipotesi in cui il giudice interno non si conformi al parere, verosimilmente si sentirà fortemente motivata ad adire la Corte europea, sulla base di quella sorta di anticipazione di giudizio che è ricavabile dal parere⁵⁷.

È prospettabile che gli effetti della nuova giurisprudenza consultiva della Corte possano inoltre spostarsi sul piano del controllo dell’esecuzione⁵⁸. Sebbene i pareri non siano obbligatori, è tuttavia ipotizzabile che la Corte, dopo essersi espressa con parere su una questione sulla quale viene successivamente chiamata a pronunciarsi ai sensi dell’art. 34, nel medesimo o in altro procedimento che solleva quella questione di principio, di fatto fornirà i criteri per stabilire se la decisione adottata dal giudice abbia correttamente applicato e interpretato i canoni convenzionali.

⁵⁷ V. Petralia, *A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell’uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *I quaderni europei*, 2013, 57, p. 18.

⁵⁸ Con riferimento al tema dell’esecuzione delle sentenze della Corte EDU si veda A. Tanzi., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Assago, 2013.

Tale novella è da accogliere con favore, nella misura in cui istituisce un rapporto comunicativo ed un confronto ermeneutico tra giurisdizione interna e giurisdizione di Strasburgo, che presumibilmente avranno effetti positivi sul processo di progressiva formazione di assetti interpretativi consolidati sulle disposizioni convenzionali.

5. – L’obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme

La Corte costituzionale individua un compito ben preciso in capo al giudice comune: laddove sia ravvisabile un possibile contrasto tra la norma statale e la disposizione CEDU, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, comma 1 Cost., il giudice ha il dovere di verificare se tale contrasto non sia in realtà risolvibile in via interpretativa. È, infatti, obbligo del giudice comune interpretare la normativa interna in linea con il diritto internazionale, cercare l’interpretazione conforme a tale diritto e, solo qualora ciò non sia possibile, rivolgersi alla Corte.

L’interpretazione conforme di una disposizione legislativa alla stregua di uno o più altri enunciati è, notoriamente, un criterio interpretativo introdotto dalla Corte Costituzionale al fine di invitare i giudici comuni a cercare e trovare nella Costituzione gli elementi in grado di orientare la portata normativa dei testi legislativi⁵⁹. Questo criterio ha ricevuto applicazioni anche di natura esterna, quali l’interpretazione conforme alla normativa comunitaria ed alle norme CEDU.

Quando viene in rilievo la CEDU, l’interpretazione conforme è l’unico strumento di cui dispone il giudice per assicurare in via immediata la prevalenza del parametro sull’oggetto, non potendo procedere alla disapplicazione della norma in contrasto con i parametri evocati. Se il tenore letterale della disposizione interpretanda non consente un’esegesi adeguatrice, il giudice non può farsi carico del superamento dell’antinomia e deve sollevare questione di legittimità costituzionale. Come è stato osservato, in tale contesto l’interpretazione conforme diviene uno dei veicoli attraverso cui “elementi di sindacato diffuso trovano ingresso in un sistema di giustizia costituzionale a sindacato accentratò”⁶⁰.

⁵⁹ G. Sorrenti, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁶⁰ A. D’Athena, *Interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate* (Seminario di studio) (Palazzo della Consulta - 6 novembre 2009), in www.cortecostituzionale.it.

Con riferimento alla CEDU, la “conformità” ermeneutica rappresenta la cifra fondamentale dell’integrazione dei sistemi giuridici, non potendo operare sul piano delle fonti, in virtù delle indicazioni fornite dal Giudice delle leggi a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007.

La valorizzazione del potere interpretativo dei giudici è tale che, nella sentenza n. 239 del 2009, la Corte si spinge fino al punto di ritenere che l’esperimento del tentativo d’interpretazione conforme alla Convenzione europea sia una condizione necessaria per la valida instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, ripetendo lo schema che ormai da anni è utilizzato a proposito del dovere di interpretazione conforme a Costituzione. Per superare il vaglio di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, quindi, il giudice deve dimostrare che il tenore testuale della norma interna o il diritto vivente eventualmente formato sulla legge interna si oppongono all’assegnazione a tale legge di un significato compatibile con la norma convenzionale⁶¹. Peraltra, come la stessa Corte costituzionale esplicitamente sottolinea, in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo il giudice comune non ha soltanto il dovere di interpretare il diritto interno in modo conforme a quello internazionale, ma deve fare ciò tenuto conto della norma convenzionale come interpretata dalla Corte di Strasburgo⁶². Quindi, nella relazione logica tra “conformante” e “conformato”, il primo è integrato da un prodotto giurisprudenziale⁶³. La recentissima giurisprudenza costituzionale⁶⁴ (*infra*, par. 5.1.) ha chiarito che deve trattarsi di un materiale giurisprudenziale dotato di alcune caratteristiche, in assenza delle quali non può operare come “conformante”, ossia come elemento idoneo ad orientare il verso dei processi ermeneutici che hanno ad oggetto il “conformato”, sempre che il tenore testuale di quest’ultimo consenta l’esperimento di un’esegesi conforme.

Può tuttavia accadere che l’interpretazione conforme a Convenzione (*rectius*, alla giurisprudenza di Strasburgo) conduca ad esiti in conflitto con quelli a cui si perverrebbe in conformità ad un’interpretazione costituzionalmente orientata. Tale ipotesi è stata recentemente affrontata e risolta dalla Corte costituzionale nella sentenza 49/2015, che ha istituito una precisa gerarchia tra i due strumenti ermeneutici (*infra*, par. 5.1).

⁶¹ M. Savino, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 767 ss.

⁶² O. Pollicino, *Corti europee e allargamento dell’Europa. Evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 1 ss.

⁶³ P. Gaeta, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. Pen.*, 2012/1, p. 3.

⁶⁴ Corte cost., sent. 49/2015.

5.1. – Interpretazione convenzionalmente conforme *versus* interpretazione costituzionalmente conforme: le puntualizzazioni contenute nella sentenza 49/2015 in tema di rapporto tra le esegesi conformi

La Corte costituzionale nella sentenza 49/2015 chiarisce che gli strumenti dell'esegesi conforme devono essere utilizzati e impiegati secondo un metodo che assicuri il «predominio assiologico della Costituzione». Gli interventi di interpretazione conforme devono quindi svilupparsi secondo una sequenza logico-giuridica che garantisca tale finalità. In tal senso risulta chiarissima l'indicazione metodologica fornita dalla Corte: «Sfugge al giudice rimettente che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tal modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU».

A questo proposito sono prospettabili due alternative, a seconda che sulla disposizione CEDU si sia o meno formato un orientamento consolidato.

Qualora il giudice dubiti della compatibilità di una legge interna con una disposizione CEDU, nel significato da essa assunto in base ad un orientamento giurisprudenziale consolidato di Strasburgo, dovrà tentare un'interpretazione della disposizione interna in senso conforme al tale indirizzo giurisprudenziale. Qualora tale operazione sia preclusa dal tenore del testo legislativo, è necessario adire la Consulta, in quanto l'antinomia tra legge e CEDU si riflette in una violazione della Costituzione (art. 117, comma 1). Il giudice dovrà rivolgersi alla Consulta anche nell'ipotesi in cui ritenga possibile realizzare una torsione del testo legislativo idonea a consentire un'esegesi convenzionalmente conforme, ma tale operazione si risolva nel conferire alla fonte interna un significato incompatibile con la Costituzione. In tal caso, la questione di legittimità costituzionale ha come oggetto la legge di esecuzione della Convenzione, nella parte in cui prevede, secondo l'orientamento consolidato della Corte di Strasburgo, un preceppo che si pone in conflitto con la Costituzione. In tale evenienza, la legge non potrebbe infatti sottrarsi alla sua interpretazione convenzionalmente orientata, che è destinata a soccombere davanti all'interpretazione conforme a Costituzione⁶⁵.

⁶⁵ A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015, p. 6.

Qualora, invece, la portata normativa di una disposizione CEDU sia enucleabile da una pronuncia eccentrica rispetto ad un orientamento che ha raggiunto un certo grado di stabilità nell'ambito della giurisprudenza di Strasburgo, oppure da un pronuncia che corrisponda ad uno degli altri indici indicati dalla Corte costituzionale⁶⁶, il giudice ha il dovere di tentare un'esegesi della pronuncia in senso conforme all'orientamento consolidato, sempre che tale orientamento sia compatibile con la Costituzione. Come chiarito dal Giudice delle leggi «i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono infatti trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse, anche per le ragioni che si diranno, non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto (sentenza n. 236 del 2011). In tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione».

Qualora non sia possibile piegare la sentenza della Corte EDU alle dinamiche delle esegesi conformi, il giudice ha facoltà di discostarsi dall'interpretazione della disposizione CEDU proposta da tale sentenza.

Pertanto, secondo l'impostazione ricostruttiva proposta da tale pronuncia, anche la CEDU, in quanto fonte di rango subcostituzionale, deve essere resa oggetto di interpretazione costituzionalmente conforme. A tal proposito, come sopra delineato, la Corte distingue l'ipotesi che sulla disposizione CEDU si sia formato un indirizzo giurisprudenziale consolidato oppure no. Nel primo caso, l'esegesi costituzionalmente orientata sembra preclusa; nel secondo caso, invece, la conciliazione in via ermeneutica sembra assumere il carattere di dovere per il giudice interno.

⁶⁶ Tali indici sono stati individuati nei seguenti termini: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissidenti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avvallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano» (Corte cost., sent. 49/2015).

6. – La Corte costituzionale conferma l’ipotesi ricostruttiva delineata nelle sentenze 347 e 348/2007 anche a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona

La ricostruzione operata dalla Corte in tema di rilievo interno della CEDU non è mutata in seguito alle modifiche al Trattato sull’Unione europea introdotte dal Trattato di Lisbona⁶⁷. Il nuovo art. 6 esordisce, al paragrafo 1, stabilendo che «L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La norma prosegue prevedendo, al paragrafo 2, che «l’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali» per chiudersi, al paragrafo 3, con la statuizione in forza della quale “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali». Per quanto riguarda l’adesione, la Corte si limita ad affermare che essa non produce effetti sulla sistemazione della CEDU nell’ordinamento interno in quanto non è stata ancora perfezionata: il paragrafo 2 del nuovo art. 6 TUE resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. Quanto, poi, al richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 – secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali – esso riprende lo schema del previgente paragrafo 2 dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea, evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona. Rimane, perciò, tuttora valida la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto dell’Unione è applicabile e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale. Secondo la Corte, quest’ultimo rilievo è riferibile anche alla Carta dei diritti fondamentali, la cui equiparazione ai Trattati avrebbe determinato – secondo i rilievi proposti dalla parte privata – una «trattatizzazione» indiretta della CEDU, alla luce della “clausola di equivalenza” posta dall’art. 52, paragrafo 3 della Carta. L’art. 6, paragrafo 1, primo alinea TUE stabilisce, infatti, che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati». La Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona ribadisce che «la Carta non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi

⁶⁷ Corte cost., sent. 80/2011.

dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». Ciò esclude che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha affermato anche la Corte di giustizia⁶⁸. Nel caso di specie, attinente all'applicazione di misure personali e patrimoniali *ante o praeter delictum*, difettava uno dei presupposti di applicabilità della Carta di Nizza, ossia la riconducibilità della fattispecie alla sfera regolativa del diritto dell'Unione europea. Pertanto, secondo il Giudice delle leggi, la c.d. comunitarizzazione della CEDU attraverso il veicolo normativo della Carta di Nizza era da escludere.

7. – Considerazioni conclusive

In sede di conclusioni, sembra utile porre in luce alcuni profili critici che l'impostazione ricostruttiva della Corte costituzionale sembra sollevare.

Quando la Convenzione beneficiava del mero valore di fonte di rango primario, sembrava paradossalmente mostrare maggiori potenzialità di integrazione del tessuto normativo costituzionale e di rigenerazione semantica dello stesso linguaggio costituzionale in tema di diritti. Come emerge dalla sentenza 399/1999, la Costituzione e le Carte internazionali dei diritti «si integrano reciprocamente nell'interpretazione». La sistemazione della CEDU in un'architettura piramidale nell'ambito della quale occupa il gradino di fonte subcostituzionale si pone come ostacolo alle potenzialità comunicative che sul piano ermeneutico possono svilupparsi tra Costituzione e Convenzione. Tuttavia, a partire dalla sentenza 317/2009, il valore euristico della sistemazione piramidale proposta dalla Corte costituzionale sembra arretrare al cospetto del criterio della garanzia della tutela più intensa per il diritto che viene in rilievo nel caso concreto. Questo fenomeno è emblematicamente descritto dal percorso di progressiva emancipazione della Convenzione europea dallo *status* di mera legge ordinaria e di progressiva definizione di criteri di sistemazione della CEDU che sfuggono a logiche esclusivamente gerarchico-formali, le quali riacquistano la propria operatività solo qualora nel caso concreto la fonte internazionale non sia in grado di assicurare la tutela più intensa alla posizione giuridica soggettiva oggetto del giudizio.

Come è stato osservato⁶⁹, accanto al discorso giuridico formale sull'applicazione o meno, in quale misura e in quali limiti, della norma di diritto internazionale

⁶⁸ CGUE, sent. 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*.

⁶⁹ A. Gentili, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Pol. dir.*, 2011, 2, p. 201.

nell'ordinamento statale, l'interprete tende a condurre un parallelo discorso giuridico sostanziale. Un discorso in cui la norma invocata si mostra anche come argomento normativo, che dispiega la propria efficacia persuasiva solo se in grado di garantire la tutela più intensa del diritto che viene in rilievo nel caso concreto. Si profilano, quindi, due criteri alternativi idonei ad orientare le dinamiche del controllo di convenzionalità: un criterio che poggia sulla sistemazione gerarchica delle fonti ed un criterio che invece privilegia la fonte in grado di assicurare la tutela più intensa al diritto che viene in rilievo nel caso concreto.

L'attuale sistemazione teorica dei diversi profili di cui si compone il controllo di convenzionalità sembra quindi essere al centro di un processo ricostruttivo ancora *in fieri*, il cui orizzonte finalistico di riferimento resta il progressivo sviluppo di un sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali, proiezione di un processo giuridico e culturale di avvicinamento materiale tra i diversi ordinamenti, governato dal principio della massima espansione delle tutele. In tale contesto, l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Strasburgo prevedibilmente darà l'avvio ad un costante dialogo tra giudici nazionali e Corte europea, azionando processi interpretativi idonei a consentire una costante rigenerazione semantica del contenuto dei diritti convenzionali.



ISSN 2037-6677

2015/3

Turkey after the parliamentary elections of 7 June 2015. Some reflections on the political and institutional framework

G. Balamir Coskun - A. Di Gregorio

Abstract

This article analyses the June parliamentary elections in Turkey and provides a general framework of the current legislation and the evaluations of the international observers who were present during the process. The recent political events are an occasion to reflect as well upon the constitutional system of the country, to comment on the form of government, the behaviour of the President and the future of the constitutional engineering process.

Tag: Turkey, parliamentary, elections, constitutional system President



Turkey after the parliamentary elections of 7 June 2015. Some reflections on the political and institutional framework*

di G. Balamir Coskun¹ e A. Di Gregorio²

SUMMARY: 1. – The institutional significance of the June parliamentary elections and the characteristics of the electoral system. 2. – The evaluation of the International Observation Mission. 3. – Parliamentary elections in a highly tense political environment. 4. – The electoral results. 5. – The future of the constitutional engineering process.

1. – The institutional significance of the June parliamentary elections and the characteristics of the electoral system

The election of the Grand National Assembly of Turkey on 7 June 2015 is an important occasion to reflect on the political and constitutional system of this country. In fact, several institutional issues have been debated both during and after the electoral campaign. Putting aside the evaluations of political scientists about a

* Note from the authors: the article was delivered at the end of July 2015. Notwithstanding the political deadlock that led to early elections on November 1, we consider our analysis still valid. Sections 1, 2 and 5 are authored by A. Di Gregorio, 3 and 4 by G. Balamir Coskun.

¹ Istanbul Kemerburgaz University.

² Università degli Studi di Milano.

democracy always being at risk of regression³, it seems that the most relevant, interdependent institutional issues are the following:

- The transformation of the form of government;
- The functioning of the electoral system;
- The elaboration of a new Constitution;
- Constitutional practice and the relationship between social and constitutional values;
- The path to European integration (institutional aspects);
- The Kurdish issue (institutional aspects: the protection of minorities' rights, local self-government).

Among the issues at stake were not only the transition to a presidential form of government (as requested by Erdoğan since his first electoral victories), but the larger issue involving the form and structure of Turkish democracy, which has to take account of the great complexities of a society based on different cultures, ethnicities and religions.

The electoral system for the election of the Parliament has many peculiarities. The 550 deputies of the *Türkiye Büyük Millet Meclisi* are elected for 4 years (which used to be a 5 years term prior to 2007⁴) using a proportional representation system based on closed party lists or independent candidates in 85 plurinominal constituencies⁵. It is an electoral proportional representation system with a threshold set at 10%, the highest in Europe and which the OSCE and the Council of Europe have repeatedly asked to lower. However, despite this, it should be noted that, in the first place, independent candidates may also stand for election (which is how members of smaller political parties, or of ethnic minorities, have always been able to enter the Parliament), despite their difficulty to form a parliamentary group (a minimum quorum of 20 deputies is needed: Art. 95, par. 2 of the Constitution).

³ See for example: A. Dirri, *Turchia. Elezioni politiche: l'akp ottiene solamente la maggioranza relativa*, in *federalismi.it*, 10 giugno 2015; F. Mat, *Turchia, le elezioni della svolta*, in www.balkanicaucaso.org, 10 June 2015. See also www.electionresources.org/tr/www.eastjournal.net.

⁴ The constitutional amendments of 2007, passed by referendum, introduced the direct election of the President at the same time thus reducing the parliamentary term from 5 to 4 years.

⁵ The number of deputies for each constituency varies between 2 and 30. A redistribution of seats was undertaken by the Supreme Board of Elections (SBE) in 2015 but as noted in the OSCE-ODHIR LEOM Interim Report (a more detailed review is included in the following section) 'the system of seat allocation raises concerns regarding the equality of the vote, as a significant differential of registered voters to seats exists'. These measures work to the advantage of the larger parties and the rural provinces.

Secondly, this threshold, a remnant of the last military coup⁶, was introduced in 1983 to prevent the stability of the executive being affected by the party-political instability of the 1980s, as well as to exclude extremist forces, and not just religious ones, from Parliament⁷. In December 2014 the CHP submitted a bill to the Assembly to lower the threshold to 3%, but it was rejected.

Regardless of the number of political forces represented in the Parliament, which sank as low as just two after the 2002 elections, the number of major parties, that could possibly form a government (alone or in coalition) has always been two, and things have not changed much in the transition from a majority system (in force until 1961, though some parties propose to reintroduce it) to the current proportional representation system. Ironically, the threshold of 10% did not prevent the downsizing of the AKP (which failed in 2015 to obtain the absolute parliamentary majority for the first time since the 2002 elections⁸) ending its attempts to introduce the presidential model, opposed by all the other political forces. The majority system would have undoubtedly favored the largest party and would have gifted it full executive powers and allowed it to introduce the presidential form of government. The latter has been strongly supported by President Erdogan during his election campaign as a means of ensuring stability and democracy and precluding institutional chaos.

Despite the criticism, therefore, this electoral system did not prevent the alternance of different parties in government though it did it quite difficult. In addition, the Turkish Constitutional Court did not consider the threshold unconstitutional⁹ while the European Court for Human Rights, although it did not set the contrast with the European Convention of Human Rights, has yet

⁶ F. Mat, *Turchia, le elezioni della svolta*, in *Osservatorio Balkani e Caucaso*, cit.

⁷ One must remember, however, that until 1946 a single party rule was in force and that by the end of WW II there had been a series of military coups. However, the 1982 Constitution, drawn up by the military and ratified by referendum, has since been, on several occasions, ‘democratized’ with a series of constitutional reforms. A real party pluralism has therefore existed since the elections of the 1950s.

⁸ For information please refer to the official website www.ysk.gov.tr (Supreme Board of Elections). AKP not only suffered a decline compared to the previous parliamentary elections of 2011, but also compared to the local elections of March 2014 and the presidential election of August 2014.

⁹ In the judgment of 18 November 1995 the Court stated that ‘the threshold of 10% is compatible with the principles of governmental stability and fair representation’. In 2015, three non-parliamentary parties lodged petitions with the Constitutional Court challenging the threshold. On 5 March 2015 the Court refused to accept the cases on the grounds that challenges to the legislation cannot be the subject of individual petitions. See A. Acar, *The Electoral Threshold Case in Turkey*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 9, 2014, available at: www.iconnectblog.com/2014/12/the-electoral-threshold-case-in-turkey.

recommended a threshold that fosters equitable representation¹⁰. The institutional problems are therefore more complex.

Parliamentary elections are governed by three key pieces of legislation: the Law on Basic Provisions for Elections and Electoral Registers of 1963, the Law on the Parliamentary Elections of 1983, and the 1983 Law on Political Parties, all amended several times. Additional regulations are issued by the Supreme Board of Election (SBE) while important provisions on the right to vote and stand for election, and on the status of the deputies are contained directly in the Constitution¹¹. Following the recommendations of the Council of Europe and OSCE, in recent years some amendments to the procedure for election campaigns were adopted, and several additional draft amendments were prepared¹².

In order to convert votes to seats the d'Hondt method is applied, with restricted options and a double barrier, at both the local and national level. Accordingly, a candidate from a political party can only be elected if the party meets the following criteria;

- a) Is fully organized in at least half of the provinces and one-third of the districts within these provinces;
- b) Has nominated two candidates for each parliamentary seat in at least half of the provinces;
- c) Has obtained at least 10% of the valid votes cast nationwide;
- d) Has received, in the constituency in question, valid votes at least equal to the applicable simple electoral quotient¹³.

¹⁰ In the case *Yumak and Sadak v. Turkey*, 30 January 2007, the ECtHR ruled that the threshold did not amount to a violation of the right to free elections, however the Court considered the 10% threshold excessive and that it would be desirable to lower it to ensure political pluralism.

¹¹ It is, in particular, Chapter 4 (Political Rights and Duties).

¹² The Law on Basic Provisions was amended in 2014 to allow out-of-country voting and also campaigning in languages other than Turkish. Since then a number of draft amendments to the electoral framework have been initiated although not yet adopted. These include removing the requirement for candidates to have completed military service, introducing a more comprehensive political party and campaign finance regulatory system and improving oversight for the dissolution of a political party.

¹³ The Law on Political Parties (LPP) sets a number of other requirements for parties to contest the elections, including convening a party congress six months prior to the elections or having a parliamentary group in the outgoing Parliament. Independent candidates may stand upon making a refundable electoral deposit (10.167 TL or about 3,500 EUR). Following the OSCE/ODHIR/PA/PACE Statement 'This is inconsistent with international good practice'. Electoral blocs or coalitions are not allowed. Individuals must resign from public

The independent candidates may be elected if they win 10% of the vote in the province in which they are standing.

Subject to certain conditions and exceptions, vacancies arising between general elections are filled through by-elections. Voting is compulsory, abstention is punishable by a fine. It is likely that the compulsory voting system affects the outcome of elections by making the threshold of 10% easier to achieve¹⁴.

Among the eligibility criteria are: Minimum age of 25 years, Turkish citizenship, completion of compulsory military service (for males). The causes of ineligibility are: Bankruptcy, criminal convictions for certain crimes listed in the Constitution¹⁵ and imprisonment for at least one year.

Citizens living abroad can vote if registered with their resident consulates and embassies (the system changed slightly in 2014 compared to the previous version which allowed voting only at the frontiers). The main parties were campaigning abroad even if the legislation prohibits these activities. Out-of-country voting was conducted in 54 countries (about three million voters were involved).

The Supreme Board of Election also deals with the validation of mandates (Art. 79, par. 2 Const.). Pursuant to Art. 84 Const., it is compulsory for MPs to be present at Parliamentary proceedings. The penalties for the failure to fulfill this obligation is the loss of the MP's mandate. The Parliament¹⁶ is the body competent to judge such cases and to apply penalties. The loss of mandate in the case of resignation from one party in order to join another party was dropped from Art. 84 Const. with the constitutional amendment of 2010.

2. – The evaluation of The International Observation Mission

In preparation and following the joint electoral mission involving the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR), the OSCE

service and certain official posts to run in the election. Judges, prosecutors and army official who resign cannot resume their office if not elected.

¹⁴ However, there are no provisions for voting at places of temporary stay such as medical facilities, women's shelters or for seasonal workers.

¹⁵ See Art. 67.

¹⁶ Art. 84, par. 4 ‘Loss of membership of a deputy who fails to attend Parliamentary proceedings without excuse or leave of absence for five sessions, in a period of one month, shall be decided upon by the Plenary with a majority of the total number of members after the Bureau of the Assembly assesses the situation’.

Parliamentary Assembly (OSCE/PA) and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), several documents were produced, although the final report of the OSCE-ODIHR will be published a few months after the vote:

1. OSCE-ODHIR Needs Assessment Mission (NAM) Report (14-15 April 2015)¹⁷;
2. OSCE-ODHIR Limited Election Observation Mission (LEOM) Interim Report (6-26 May 2015)¹⁸;
3. OSCE-ODHIR, OSCE/PA (Parliamentary Assembly), PACE Statement of Preliminary Findings and Conclusions (8 June 2015)¹⁹;
4. Parliamentary Assembly (PACE). Council of Europe. Doc. 13822 (20 June 2015). Observation of the parliamentary elections in Turkey²⁰.

As articulated in the Statement of Preliminary Findings and Conclusions of the International Election Observation Mission, ‘the assessment was made to determine whether the elections complied with OSCE commitments and Council of Europe standards, as well as international obligations for democratic elections and with the domestic legislation’²¹.

These are documents with a similar content, sometimes identical, with the aim to assess the legislation and the organization of elections. A strict legal approach is lacking and some important aspects of the electoral system are not clearly documented. There are also a number of inaccuracies and contradictions. The 8 of June Statement is the most up to date and also takes into account the conduct of voting.

In all these reports it was observed that “The legal framework is generally conducive to the holding of democratic elections, if implemented fully and effectively [...] However, a number of OSCE/ODIHR recommendations remain unaddressed’. This refers, for example, to the following;

- The high electoral threshold;
- The strict requirements for parties to stand for election;

¹⁷ www.osce.org/odihr/elections/turkey/153211?download=true.

¹⁸ www.osce.org/odihr/elections/turkey/160621?download=true.

¹⁹ www.osce.org/odihr/elections/turkey/162671?download=true.

²⁰ assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=21834&lang=en.

²¹ www.osce.org/odihr/elections/turkey/162671?download=true.

- Certain restrictions on active and passive suffrage rights (for certain categories of voters²² and for restoring candidates²³);
- The lack of transparency in the administration of elections²⁴.

Moreover, inconsistent with the commitments of the 1990 OSCE Copenhagen Document, the legislation in Turkey does not explicitly allow (nor explicitly forbid) electoral observation by international and citizen observers, but only by representatives of political parties and independent candidates. In order to carry out this key role, citizen observer groups had to register on behalf of parties²⁵.

During the monitoring mission, some OSCE/ODHIR interlocutors expressed concerns about the issue of security, which may impact the freedom of assembly. In particular, the 2015 amendments to the Law on Meetings and Demonstrations placed greater restrictions to participants in public meetings granting police and governors authority to reinstate public order without prior court authorization.

As far as the campaign rules are concerned, OSCE-ODIHR noted that strict campaign rules, aimed at ensuring equitable opportunities for all electoral

²² See, for example, the prohibition to vote by conscripts, students in military school and prisoners convicted of committing ‘deliberate crimes’. In judgements *Söyler v. Turkey* of January 2014 and *Murat Vural v. Turkey* of October 2014 the ECtHR found that the ban on voting rights of convicted prisoners was not proportionate to the gravity of the offense. To date, as is noted in the LEOM Interim Report, the Court’s judgments have not been implemented but on 23 February 2015 the SBE issued a decision that permits all convicts outside of prison to vote, whether their sentence is fully executed or not. A 2011 Constitutional Court decision annulled a legal provision in the Judicial Records Law establishing a lifetime ban on contesting elections. In 2012, the law was amended to provide for restoration of convicts’ candidacy rights after a minimum three-year period after completion of their sentence, proof of living a ‘good life’, which includes no new convictions for any crime. Following a 15 year period convict’s criminal records are deleted.

²³ In the ‘Observation’ of the PACE it is underlined that a series of requirements and criteria for restoration of candidacy rights (completion of compulsory military service, banning from public service, conviction for minor offenses) are incompatible with the fundamental right to stand for election.

²⁴ The elections are administered by four levels of bodies: the SBE, Provincial Electoral Boards (81), District Electoral Boards (1,436), Ballot Box Committees (174,244). The SBE is a permanent body composed of 11 judges elected by and from the Supreme Court and Council of State for a 6-year term (it is an institution provided for by the Constitution: Art. 79). Eligible political parties have representatives as non-voting members on the higher boards and members on the lower boards. OSCE/ODIHR observers reported pressure on election officials by local authorities in some provinces and a series of administrative irregularities. International observers were also concerned about a lack of trust in the election administration at all levels, partly due to a lack of transparency. Meetings of the electoral boards were not open to the public and not all SBE decisions were posted on its website. As noted in the PACE Observation of 20 June ‘The SBE published an election calendar of administration activities for elections which only went up to election day. Thus, deadlines for complaints, announcement of results and other key events were not publicized. A civil society organization submitted two requests to the SBE asking for voter education posts to be provided in the Kurdish language. These requests were rejected by the SBE Chairperson and subsequently again by the SBE’.

²⁵ OSCE-ODHIR NAM Report, p. 1.

contestants, apply during a short period (even if officially the campaign started on 10 March) commencing 10 days before the vote (allocation of free airtime, a ban on the use of state resources, a prohibition against electoral contestants organizing and contributing to events related to publicly funded services, etc.)²⁶. Yet, in the NAM Report it is observed that ‘the Constitution does not fully protect the right to freedom of expression by permitting undue restrictions, among others, to protect “the basic characteristics of the Republic and the indivisible integrity of the state with its territory and nation”. Legislation and its implementation criminalize speech on certain matters of public importance … including defamation of the Turkish nation....’. In particular, the fact that verbal insults aimed at the office or person of the President is a criminal offense (Article 299 of the Criminal Code) ‘restricts freedom of speech and campaigning’. In general, OSCE evaluation of the media legislation in Turkey express a broad criticism considering the provisions of the 2014 Internet Law and also of the Criminal Code and the Anti-Terrorism Act, often used to imprison journalists. Election debates are not foreseen (nor are they explicitly forbidden). Further, parties are prohibited from promoting a number of political ideologies, including non-secularism, separatism or the existence of minorities.

In general, ‘during the campaign fundamental freedoms were respected’ (as observed by OSCE/ODHIR/PA/PACE) even if ‘media and journalists critical of the ruling party were subject to pressure and intimidation’. Moreover, a lack of impartiality was observed²⁷, together with a preference given to the President’s events resulting in the cancellation of events already assigned to opposition parties.

As far as electoral complaints are concerned, appeals against the decisions of lower level election boards can be lodged with the higher level boards, up to the SBE. Those eligible to appeal are parties, voters, partisan observers, and candidates. Nevertheless, since citizen observer groups did not have the legal status of

²⁶ The law establishes two periods with different applications of campaign rules. Whilst the last 10-day period of the campaign is strictly regulated, the larger campaign process is under-regulated, as noted by the PACE Observation, cit., p. 5.

²⁷ The majority of media outlets are perceived to be associated with certain political parties. Only parties (but not independent candidates) are granted free airtime on the public broadcast channels during the last ten days of the campaign.

observers, they are not entitled to file complaints. Several complaints have been filed against the involvement of the President in the electoral campaign before the SBE (they argued that the President was campaigning in favor of the ruling party and against opposition parties, in breach of the constitutional obligation for impartiality, Art. 101, par. 4), which rejected them all on the grounds it did not have any authority over the President²⁸. Given that according to the Constitution the decisions of the SBE are not subject to judicial review, this precludes oversight of much electoral misconduct. In fact, as was observed by the OSCE/ODHIR/PA/PACE Statement, ‘Some SBE decisions were inconsistent with the legislation including issues related to election administration and campaigning. Several SBE decisions related to the President’s involvement in the campaign included dissenting opinions’.

Apart from the administrative system, the constitutional reform of 2010 introduced the right of individual petition to the Constitutional Court for protection of fundamental rights and freedoms covered by the ECHR and guaranteed by the Constitution (Art. 148, paragraph 3), but in a series of decisions the Court has deemed it necessary to apply a prioritized examination of petitions on the basis of the importance and potential extent of the population involved. During the 2015 electoral campaign, several individual petitions alleging violations of a range of electoral rights had been lodged with the Constitutional Court²⁹ but there is no legal deadline for consideration of such cases before election day. Thus far the Court has not ruled on whether those SBE’s decisions that violate electoral rights are subject to individual application.

Pursuant to the OSCE/ODHIR/PA/PACE Statement, ‘the lack of judicial review of the SBE decisions challenges the separation of powers and denies access to judicial remedy in election matters’³⁰. And also ‘all 16 election-related petitions

²⁸ According to the Art. 125, par. 2 of the Constitution, ‘the acts of the President in his/her own competence are outside the scope of judicial review’ (sentence added on September 12, 2010).

²⁹ Five individual petitions were related to campaigning by the President, his use of state resources and the media’s coverage. One petition, filed by an ong, challenged SBE’s decision denying permission to observe the election, other petitions were related to breach of active and passive suffrage rights. See LEOM Interim Report, cit., p. 7.

³⁰ Because this leaves the electoral process under the final authority of an administrative body and denies the opportunity for effective judicial remedy in electoral disputes, which contravenes paragraph 5.10 of the 1990 OSCE Copenhagen Document and Section II.3.3. of the Code of Good Practice (Statement OSCE/ODHIR/PA/PACE, cit., p. 11).

lodged with the Constitutional Court remained undecided as of election day, leaving petitioners without timely remedies’.

In particular, as argued by Turkish experts³¹, limited regulations for campaign finance (the legislation only imposes certain restrictions on the amount and nature of donations)³² had a negative impact on the fairness of the competition and raises concerns. According to the amendments to the Law on Political Parties of 2 March 2014, political parties that obtained at least 3% of the votes in the most recent elections are entitled to receive state funding (the amendments were introduced in response to the OSCE/ODHIR recommendations). However, before the 2014 statutory reform the threshold for obtaining state funding was 7%. Only three parties (AKP, CHP, MHP) could obtain this aid having secured 3% of the total votes in the previous parliamentary elections. Following the GRECO (Council of Europe Group of States against corruption) Interim Compliance Report from 4 February 2015, the majority of past recommendations regarding the legislative regulation of campaign financing have not yet been implemented³³.

The selection of candidates was decided by most parties conducting primaries. Only one party (HDP People’s Democratic Party) provided specific measures to ensure the inclusion of women candidates (in total approximately 28% of candidates on party lists were female; but less than 1% of district electoral board members were women and there was only one woman on the SBE).

Despite some criticisms, the assessment of international observers is positive, especially when compared to previous elections. As has been stated in the document of PACE of 20 June 2015 ‘These elections have shown Turkey’s democratic strength, including a high turnout, strong political parties and active citizen observers. However ... there is still considerable room for necessary improvement in order to create a truly level playing field for future elections in

³¹ S. Esen, professor of Constitutional Law in the Faculty of Law at Ankara University, *Analysis: the 2015 Parliamentary Elections in Turkey*, in the IACL/AIDC blog, <http://iacl-aidc-blog.org/2015/06/25/analysis-of-the-2015-parliamentary-elections-in-turkey>.

³² Political parties have to declare in annual financial reports campaign contributions and expenditures. The individual candidates do the same through individual tax declarations. Campaign finances are overseen by the Constitutional Court. In cases of non compliance with reporting requirements and with parties’ internal regulations, sanctions range from a warning to the dissolution of a political party depending on the gravity of the violation.

³³

[www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2014\)24_Turkey_Interim_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2014)24_Turkey_Interim_EN.pdf).

Turkey. The Parliamentary Assembly continues to stand ready to provide its expertise and to work with the country to support its effort in fulfilling Council of Europe standards'. The Head of the OSCE/ODHIR Limited Election Observation Mission also said that 'All in all, these elections were an impressive exercise in democracy'.

3. – Parliamentary elections in a highly tense political environment

The 2002 elections were a turning point in the political history of Turkey because it was the first time that a political party known to be pro-Islamist obtained such a high level of the vote, taking almost 34%. Thitherto the most successful pro-Islamist party had been the *Refah Partisi*, taking 16.87% of the vote in the 1996 general elections. Because of Turkey's high participation threshold, already commented, 46% of the votes cast in those elections were not represented in Parliament and the Justice and Development Party came to power alone, without having to form a coalition. After years of different coalitions, the AKP was seen to be offering a more stable political environment. In fact, the first term of the AKP government was highly promising. Pushing forward with seeking accession to the European Union, it used its majority in parliament to implement concrete reforms in areas such as public policy, the economy and the Constitution. Eight constitutional reform packages³⁴ were adopted between 2002 and 2004 to meet the Copenhagen political criteria which requires of member States 'stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities'. Nevertheless, after the 2007 elections and even more so after the 2011 elections, the AKP government started to move away from the democratisation process. Indeed, the AKP became the dominant party in the political system and consolidated its position in the state apparatus³⁵. On the other hand, the difference of seats between the AKP and others parties diminished the role of the opposition. It was obvious that even the most powerful opposition party had not enough bargaining power to truly challenge the AKP. This meant that the

³⁴ A. Bockel & I. Karakas, *La réforme constitutionnelle et les droits de l'homme*, in *Questions Internationales: La Turquie et l'Europe*, Paris, La Documentation Française, Paris, 2005, pp. 35-39.

³⁵ A. Çarkoglu, *Turkey's 2011 General Elections: Towards a Dominant Party System*, in *Insight Turkey*, 13 (3), 2011, pp. 43-62.

pre-dominant party system had helped the AKP to achieve hegemony over decision-making processes. Consequently, the tyranny of the majority, the old problem of democratic theory, informs political life in Turkey to a significant extent. Concordantly, internal political actors as well as different international authorities have witnessed an increasing authoritarianism in the Turkish political system since 2011. To understand the political climate before the 2015 general elections and to analyse the election's results, it is worth overviewing this period of authoritarianism which can be separated into five key areas.

Firstly, the principle of the separation of powers was almost entirely forgotten. The independence of juridical institutions constitutes a *sine qua non* of every democratic system. However, the judiciary branch was the first target of the government. Prosecutors and judges working on important cases were chosen from among those close to the AKP. In fact, good relations between the government and high ranking officials in the judiciary reached their peak with the constitutional referendum in 2010. The judiciary was largely dominated by the Gülen movement which was one of the main supporters of the AKP until last year. However, the intraparty conflicts, especially between the Gülen movement and Erdogan have exposed the extent to which the judiciary had been dominated and controlled by pro-government figures.

The second feature of this period was the corruption scandals³⁶. A number of tape recordings incriminating the government in a corruption scandal began surfacing on 17 December, 2013. The Turkish public was shocked by the level of friendship between the various officials whose voices were heard on the tapes and by the amount of high profile figures involved in the networks of corruption. Prosecutors, later accused of being supporters of the Gülen movement, started juridical investigations. These corruption scandals had two direct effects on political life in Turkey. First, they revealed latent struggles between the judiciary and the executive. Erdogan, prime minister at that time, publicly announced that giving away the justice ministry's control over the high council of judges and prosecutors was a mistake³⁷. It was the starting point of various legal regulations which

³⁶ G. B. Coşkun, *Does the corruption end the dominant party system? A comparative analysis of the Italian and Turkish cases*, in *European Review* (in press).

³⁷ www.hurriyetdailynews.com/turkey-finishes-2013-with-corruption-row.aspx?pageID=238&nID=60354&NewsCatID=338.

permitted the prime minister and the minister of justice to take control of the judiciary system. Second, the extent of the corruption scandals was so huge that they invoked significant reactions even among AKP supporters. The cost of Turkey's controversial new presidential palace ('White Palace')³⁸ was perhaps the last straw. Although the corruption scandals did not prevent Erdoğan from winning the presidential election in 2014, they served to discredit the AKP before the 2015 general elections.

Press freedom has been another problematic issue during the AKP's rule. As well as shoring up its dominant position in the political system and seeking to control every aspect of decision making processes, the AKP also became more and more intolerant of its critics. The fact that media owners were at the same time entrepreneurs who needed to have good relations with the government facilitated its control over the media. The first sign of this process of increased authoritarianism vis-à-vis the media was the arrest or dismissal of opposition journalists just after the 2011 elections. Different reports prepared by national as well as international organizations underlined that judicial oppression of journalists was gradually increasing. It was a period of 'silent violence' against journalists in Turkey³⁹. Moreover, the process of oppression was inevitably feeding self-censorship, which may ultimately be the most dangerous aspect for the future of journalism in Turkey. On the other hand, some prominent daily newspapers and mainstream TV channels were sold to businessmen who are known to be close to the AKP and to Erdoğan's family. The extent of limitations on media freedom became obvious during the Gezi protests. While the police was attacking unarmed protestors in Taksim Square, in the centre of Istanbul, no large TV channels were reporting the events. The initial catalyst for the protests at first seemed to focus around a contestation of the urban development plan for Istanbul's Gezi Park, next to Taksim Square. However, as the protests continued it became clear that this was in fact a social reaction against the authoritarianism of Recep Tayyip Erdoğan. Demonstrations were held in different cities during the summer 2013. Police violence legitimized by Erdoğan's discourse can be seen as the peak of AKP authoritarianism. The Gezi Park protests had

³⁸ The cost was at least 1.37 billion Turkish Liras (\$615 million). See www.hurriyetdailynews.com/turkish-court-rules-against-controversial-presidential-palace-in-ankara.aspx?pageID=238&nID=83028&NewsCatID=338.

³⁹ G. B. Coşkun, *Neoliberal State, Violence and Justice and Development Party Practices in Turkey*, Politisci14 Political Science Conference, New Opportunities and Impasses, Istanbul University, Dakam Publishing, pp. 8-17.

different effects on the political life of Turkey. Kurdish activists and Kemalist organizations fought together against police. An important part of the population, especially young people, realised that the mainstream media did not represent a reliable source of information. This process led to more people questioning the state narrative of the Kurdish problem. Up until the Gezi Park protest the majority of the population living in the western part of Turkey was probably almost completely ignorant of state violence. For the first time, a large portion of the population in the west of Turkey began asking questions about state violence directed at Kurdish people.

The fourth important issue before the 2015 general election was the election of Erdoğan as the first elected President of the Republic in 2014. Although some people hoped that Erdoğan would not succeed, he was elected with a simple majority of the vote in the first round. This victory for Erdoğan made the political situation in Turkey worse. The Constitution obliges the President to maintain impartiality vis-à-vis all political parties. However, since being elected to presidency, Erdoğan has preferred to play an active role in the political arena and has not contented himself with his constitutional rights within the parliamentary system. Emphasizing that his legitimacy comes from popular support, he tried to control the legislative, the executive and even the judiciary. On the other hand, he never cut his relations with the AKP. During the 2015 general election campaign these relations came to the fore. Since the President does not have the right to hold an election rally, Erdoğan participated in several opening ceremonies where he continuously criticized opposition parties. His dominant position has even sparked some disapproval within the AKP. Consequently, the political climate before the elections was obviously dominated by the important reaction against the authoritarianism of Erdoğan.

The final important issue before the election related to legal regulations. As we have already underlined, Turkey's electoral law imposes a 10% threshold. In the 2002 elections, the DEHAP (Democratic People's Party), seen as a Kurdish political party, was not represented in Parliament because of this threshold, even though it took 6.23% of the vote. Consequently, in the 2007 and 2011 general elections, some Kurdish politicians and other important figures from the opposition preferred to

run as independent candidates and when they were elected as parliamentarians, they formed a formal group within the Parliament. However, six months before the last general elections, the Peoples' Democratic Party (HDP) announced that it would participate in the elections as a formal party. It was a critical and risky decision. Demirtaş, the head of the HDP, had obtained 9.77% of the vote in the presidential elections, suggesting that a party under his leadership could potentially cross the 10% threshold. Nevertheless, many voters expressed that voting for Demirtaş, who is seen as a moderate and amenable politician, was not the same as voting for an entire party with significant pro-Kurdish elements. Therefore, the decision of the HDP to participate in the elections as a formal party led to a lot of debate in Turkey. If the HDP were not able to pass the threshold, all of its seats, normally held by independents, would go to the AKP, which would significantly increase their share.

Before the elections, the HDP emphasized that they would continue to campaign for minority rights and especially Kurdish rights. However, their electoral campaign also targeted a broader electorate of liberals, leftists, LGBT and women. During the campaign, Demirtaş and the HDP's candidates underlined that the HDP would be the voice of all oppressed people. On the other hand, the rise of Demirtaş and his party angered nationalist spheres in Turkey. Public opinion had been highly polarised just before the elections. The supporters of the CHP and MHP were accusing HDP supporters of being 'separatist', while HDP supporters were reproaching others to be 'nationalists'. In this highly-charged political environment, the last month of the campaign took place under very hard conditions. There were attacks against HDP offices and these reached a peak with a bomb attack at a HDP rally in the south-eastern city of Diyarbakir two days before the elections. Demirtaş urged supporters to remain calm and not to react. 'Peace will win' became a trending hashtag on Twitter.⁴⁰

4. – The electoral results

As well as the provocative attacks on the eve of the elections, anticipation of electoral fraud was another issue increasing political tension. The 10% threshold

⁴⁰ www.theguardian.com/world/2015/jun/08/turkey-election-2015-kurdish-obama-is-the-countrys-bright-new-star.

complicated the situation because it meant that fraud, even if it influenced only a small number of votes, could completely change the share of seats in parliament. To prevent any kind of fraud, a civil society organisation known as 'Vote and Beyond' (*Oy ve Ötesi*)⁴¹ raised almost 70,000 volunteers to monitor the voting process⁴². These volunteers performed a two-fold job: First, they monitored the voting process; second they checked the vote-counting process by uploading all official reports into their electronic counting system. When the polls were closed and the first results came out, everybody was surprised. The first surprise was the large HDP vote. The HDP, seen as a pro-Kurdish party, received 12.9% of the votes, while the Nationalist Movement Party (MHP) increased its share of the votes by almost 2%, gaining 16.3% of the vote. This meant that for the first time in Turkey, a Turkish nationalist party and a party known to be pro-Kurdish will have the same number of seats (80) in Parliament. The second surprise was the decrease in the number of AKP seats. Although the AKP protected its position as the largest party, it failed to keep its parliamentary majority for the first time since it came to power in 2002. The AKP lost about 70 seats and it now has 258 seats in parliament. Thus, this marked the end of the pre-dominant party system in Turkey. As for the CHP, the result was not spectacular, but it protected its position as the largest opposition party with 132 seats. In fact, this distribution of votes also demonstrates that the majority of the population is dissatisfied with the authoritarianism of Erdogan. More directly, the voters said "no" to a constitutional transformation to bring about a Constitution based on the presidential system, reinforcing Erdogan's powers. On the other hand, this result will strengthen factions within the AKP that oppose Erdogan and this may change the intraparty balance of power.

The first and most apparent consequence of the elections is the fact that Turkey's political system will, at least until the next elections, return to having coalition governments. The 13 years of AKP government has proved that the dominance of one political party can substantially damage a democratising country. Different coalition alternatives are now being negotiated between the parties. The only party that has ruled out a coalition with the AKP is the HDP. Demirtas, HDP's

⁴¹ This movement first came together in the local elections in March 2014. They also monitored the presidential elections in August 2014.

⁴² www.euronews.com/2015/06/05/turkey-vote-and-beyond-election-monitoring-group-rejected-by-ruling-apk.

charismatic leader, stated that an important part of the party's vote had come from people who had been extremely disturbed by the growing authoritarianism of the AKP and thus any coalition with the AKP would constitute a betrayal of these people. The CHP has not ruled out a coalition with the AKP since they believe that Turkey needs a government and necessary compromises have to be made for the future of the country. As for the MHP, it could be a more natural coalition partner, as it shares the AKP's conservative values. However, differences in opinion with respect to critical issues, such as the Kurdish question, represent an obstacle to this coalition. The MHP ignores the existence of Kurdish representatives in Parliament and refuses to cooperate with them in any way. The election of the Turkish parliamentary speaker illustrated the hard-line position of the nationalist party. They refused to support the CHP's candidate since this candidate is also supported by the HDP. In the end, the AKP's candidate was elected as parliamentary speaker. In this political environment, where compromises are often seen as political defeats, it will be difficult to form a government. A snap election will be inevitable if the government cannot be formed in 45 days after the first mandate was given to the AKP.

Although this coalition formation process has created a slightly unstable political environment, the elections have had important positive consequences for political life in Turkey. Firstly, the number of women in parliament increased from 79 to 98. In this rise, the HDP was the prominent force because the HDP is the first party to introduce a quota on its candidates, requiring 50% of them to be female. In Turkey where the high level of violence against women is a significant problem, the increased participation of women in politics may serve to help to improve the standard of living for women. At the same time, the HDP ran a campaign defending LGBT rights and ran an openly-gay candidate. Although this candidate was not elected, the HDP promised to be an advocate for LGBT rights and issues in Parliament. If the HDP acts according to its promises, this may well lead to significant changes in Turkey in the years to come.

Secondly, a political party whose first concern is to find a solution to the Kurdish problem has 80 MPs in parliament. Kurdish people will have a voice in Turkey's Parliament. This will lead to an increase in the strength of those within,

what can broadly be labelled ‘the Kurdish movement’, who advocate for promoting their cause through the ballot box rather than through violence, at least for a while. The people of Turkey and all of the country’s political parties must use this opportunity. In addition to Kurdish rights, the HDP has promised to be an advocate for all minority groups. If this works, the Turkish Parliament will become more pluralist.

Thirdly, voters in Turkey have shown their disapproval of Erdogan’s authoritarianism, as well as the corruption and extravagance of ruling politicians. The expensive construction and maintenance of the ‘White Palace’ for Erdogan and his family led to debates. All forms of opposition had been oppressed. Media had been silenced. The history of social movements is not rich of example. For this reason, the Gezi Park protest had created a surprise. The young people were reacting against the oppressive acts of government. But the government did not respond by softening their actions. After the Gezi Park protests, the authoritarian practices increased. Meanwhile, Turkey’s Parliament passed a security law that broadened police powers.

It is difficult to predict the future. Nevertheless, the elections just past have shown that people were ready to embrace a more democratic system. The past years revealed that a one party system could offer a stable political environment, but there is no guarantee that this stable political system would be a democracy. On the contrary, in countries such as Turkey where institutions of democracy have not yet been fully established, the dominance of one party can create a lot of problems. After the elections, the mood in Turkey can be described as one that is suddenly, surprisingly hopeful, but there is still a lot of work to be done.

5. – The future of the constitutional engineering process

As noted above, after the June 2015 parliamentary elections there is a new atmosphere in Turkey in terms of representativeness (more parties, more women, more members of the Kurdish minority) and this seems to have stopped the danger of authoritarian degeneration resulting from a prolonged tenure by Erdogan and from his attempts to ‘force’ the Constitution. But this opens the way to a higher governmental instability, always feared in Turkish history. For this reason, in fact,

Article 67, paragraph 6 Cost., in the version introduced on 23 July, 1995, provides that electoral laws must take into account the stability of government ('The electoral laws shall be drawn up so to reconcile the principles of fair representation with the stability of the government') thus justifying the high electoral barrier. However this measure, which was introduced mainly to keep out extremists, is not sufficient considering the high cultural and ideological distance between political forces in the current Parliament, reflecting a similar variety of schisms in Turkish society. In addition, pre-electoral coalitions and alliances between parties are forbidden.

Although the constitutional reforms of the last 7-8 years are undoubtedly going in the direction of a constitutional model different from the past and almost 'tailor-made' for the President⁴³ (regarding the form of government, while for the rest they begin to meet European demands regarding democratization in terms of fundamental rights⁴⁴), there are other factors which do not address authoritarian involution. We are talking about some institutional instruments acting as checks and balances or counterweights to an unchallenged and long-term political hegemony, notwithstanding the great influence of constitutional practice.

The electoral system. Over time, paradoxically, it allowed for political alternation despite recurrent paralysis. The problem is the absence of political parties that can serve as junior partners in a coalition government (a sort of wildcard for coalitions of any political orientation) as in other countries with a parliamentary form of government and proportional representation. In fact, as mentioned, the ideological differences between the parties are sharp.

A comparison with previous electoral systems is useful. Until the elections of 1961 the majority system was applied (election of July 21, 1946, May 14, 1950, May 2, 1954, October 27, 1957) and the distortion of the representation that then occurred was very high. As an example, in 1950 with 55.2% of the vote the Democratic Party (DP) won 416 seats while the Republican People's Party (CHP) with 39.6% won only 69 seats. In 1954 with 58.4% of the votes, the DP won 503

⁴³ Previous Presidents, even if elected by Parliament, also exercised political leadership through the prime minister. For a broad historical and constitutional framework, please refer to M. Carducci, B. Bernardini d'Arnesano, *Turchia, il Mulino*, Bologna, 2008.

⁴⁴ They paved the way to improve respect for individual and human rights, increase access to courts, limit the power of military courts, reform the judiciary. See E. Örücü, *The Turkish Constitution Revamped Yet Again*, in *European Public Law*, 17, no. 1, 2011, pp. 11-23; A. Vannucci, *Governo, giudici e militari: come cambia l'equilibrio tra poteri in Turchia alla luce del referendum del 12 settembre 2010*, in *federalismi.it*, n. 2/2011.

seats while the CHP with 35.1% only 31 seats. With the introduction of the proportional representation system, commencing with the 1961 elections, the previous imbalance between votes and seats was reduced, at least with reference to the two major parties (the Kemalist party or CHP and the Justice Party, or AP) who alternated as the first and second party up to the elections of 1977. The electoral system provided for a d'Hondt method without any threshold and this has encouraged the fragmentation of the Parliament even though, as mentioned, the two main parties have significantly outdistanced the others.

The new electoral law of 1983 introduced the threshold of 10% and was applied for the elections of that year, where in fact the number of parties represented was reduced to three⁴⁵ (in the meantime a transformation of the political landscape occurred, with the emergence of the party Motherland or ANAP in first place). In the elections of 1991, 1995 and 1999 the parties represented in Parliament rose to 5, under the same electoral system. This number fell sharply in 2002 when only two parties, apart from nine candidates elected as independents, passed the threshold, the AKP with 363 deputies (34.3% of the vote) and the CHP with 178 deputies (19.4%). In the elections of 2007 and 2011 three parties with more or less similar percentages passed the barrier; AKP (341 deputies in 2007, 327 in 2011), CHP (112 deputies in 2007 and 135 in 2011) and the Nationalist Movement MHP (71 seats in 2007 and 53 in 2011). Independents accounted for 26 in 2007 and 35 in 2011⁴⁶.

The Constitution. The adoption of a new Constitution is one of the flagship initiatives of the AKP, and had been requested by the European Parliament in 2006 in relation to the assessment of Turkey for the purpose of integration⁴⁷. In fact, the 1982 Constitution has a non-democratic origin (having been drafted by the military) and in its initial form is too rigid both with regard to the role of secularism and to the guarantees of the military. Nevertheless, both aspects have been partly outdated and can be overcome with further reforms or constitutional practices. On the contrary, the delegitimization of the Constitution today would further destabilize the

⁴⁵ These three parties were the only parties which authorized by the National Security Council. The main political figures were banned.

⁴⁶ The electoral results are available on www.aa.com.tr/en; www.ysk.gov.tr and on the website of the Parliament www.tbmm.gov.tr.

⁴⁷ See M. Carducci, *Turchia: la costituzione turca al tramonto del kemalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2007.

society even though the institutional mechanisms do not seem perfect as seen from the perspective of abstract constitutional engineering.

The political-party system. Despite the high threshold, as seen, there is the opportunity for candidates to run for as independents and be elected. There are several medium-sized parties that prevent in June 2015 the AKP from gaining an absolute majority. The AKP statute prohibits their deputies from serving more than three terms (which is why Erdogan stood for election as President⁴⁸). The voting process for Turks abroad has become easier. Another important feature which can influence the outcome of the election is compulsory voting. We are talking about potential counter-powers. So there are political brakes to consider, such as the role of opposition parties and independent candidates but also the divisions within the AKP (clearly evidenced only after the 2015 “defeat”). Even in the period of greatest consensus, the ruling party was not able to deliver the ‘presidential’ reform or the adoption of a new Constitution.

The ethnic heterogeneity of the country. The Constitution is centralist and Turkish-centric at that despite there being numerous ethnic minorities in the country, the Kurdish being the most prevalent with about 12 million people⁴⁹. The recent entry into Parliament of the party that is based mainly (but not exclusively) on Kurdish cultural values and identity, and which has included in its lists many members of minorities (as well as women), could reinforce the intention of the same AKP to resolve the Kurdish issue by bringing an end to hostilities⁵⁰.

The Constitutional Court. The case-law on political and electoral issues has been ‘fluctuating’ over the years, since the Court has traditionally been composed of secular judges⁵¹ (but things are changing, in particular after the 2010 constitutional reform)⁵². In 2014, following the local elections, it declared illegitimate regulations

⁴⁸ However, the presidency has a highly important symbolic meaning in the Turkish political system. Even if Erdogan could be re-elected parliamentarian and prime minister, he probably would prefer to be President.

⁴⁹ V. Rita Scotti, *Il riconoscimento della minoranza curda in Turchia: situazione attuale e prospettive future*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2009, pp. 1090-1110.

⁵⁰ The post-electoral developments are therefore showing a highly tense political environment, caused by the unwillingness of the President to accept the defeat.

⁵¹ See E. Örücü, *The Constitutional Court of Turkey: The Anayasa Mahkemesi as the Protector of the System*, in *Journal of Comparative Law*, 3, no. 2, 2008.

⁵² The members of the judiciary are more directly members of Gülen community. The Gülen movement was the main supporter of the AKP up to 2014. When some conflicts of interest took place between AKP and the Gülen movement, the judiciary tried to be “more independent”. Following the corruption scandals, these judiciary members were declared by Erdogan as public enemies.

demanding the closure of social networks on the basis of freedom of expression⁵³. The Court also obtained new powers in the field of fundamental rights as a result of the constitutional amendment of 2010, adopted during the AKP government. It is the individual application of citizens to protect their fundamental rights, despite the limitations seen above concerning the protection of electoral rights caused by the lack of clear guidance on the timeliness of decisions.

The European conditionality process. Although slowed down, it has so far produced a number of constitutional amendments that have strengthened the rule of law, protection of rights and autonomy of the judiciary, even though much remains to be done. According to some opinions, European conditionality should be considered positively only until 2005⁵⁴. However, it is the revision of 2010 that strengthened the rights protection mechanisms, as seen above⁵⁵.

The permanence of Kemalist cultural tradition. Evidenced by the revival in recent years of the CHP even if the constitutional reform of 2010, reducing the role of the military in politics and judiciary, has consistently limited their role of protecting secularism.

But what still keeps alive the specter of authoritarian degeneration? The constitutional practices (especially the behavior of the President who has expressed an undeniable attraction to the Russian model⁵⁶), the laws restricting fundamental freedoms (order and security problems have always existed in this country), the loosening of secularism (but is it a genuine popular feeling). If the June election has put a stop to this degeneration, the risk of government instability could prove even more dangerous, as modern Turkish history teaches us.

⁵³ Thus it criticized the measures against the media (closure of Twitter and Youtube during the electoral campaign) which had also caused rifts between prime minister Erdogan and President Gul. See A. Dirri, *Turchia. Elezioni amministrative: una conferma per Erdogan*, in federalismi.it, 9 aprile 2014.

⁵⁴ A. Szymański, *EU-Turkey Pre-Accession Policy and Its Impact on Democracy and State Quality*, in *European Foreign Affairs Review*, 17, no. 4, 2012, pp. 533-552. The author also believes that the latest constitutional amendments were brought forward for partisan political reasons under the pretext of meeting EU conditionality. The issues on which European pressures have focused the most are the civil-military relationship, the independence of the judiciary system, the dissolution of political parties, the Kurdish issue, the question of the freedom of expression as well as religious freedoms.

⁵⁵ On the 2010 reform please refer to A. Vannucci, *Governo, giudici e militari: come cambia l'equilibrio tra poteri in Turchia alla luce del referendum del 12 settembre 2010*, cit.

⁵⁶ There are indeed different elements of Turkish legal order reminiscent of that of Russia. Restrictions of the freedom of establishment of political parties and of public demonstrations, the obsessive control of public order, the severity of anti-terrorism legislation, etc.

Among the current constitutional problems there is the interpretation of the Constitution by the institutional players (President Erdoğan has demonstrated a willingness to exceed his constitutional powers) and its implementation through ordinary legislation. Another relevant constitutional aspect still remains with the question of values. The conflict between constitutional and social values⁵⁷ and the deep divisions in Turkish society are the more difficult knots to be untangled both in terms of constitutional development and of a closer integration with Europe⁵⁸.

So, whilst there are many political problems, institutional mechanisms are actually a greater source of concern with regard to instability. As far as the form of government is concerned, under the current Constitution it is a parliamentary form which is quite reminiscent of the mechanisms of the Italian one (see for example the governmental decrees adopted after the law of delegation; the mode of election of the head of State by Parliament) having been linked from the beginning to a proportional system, even if very correct. With the transition to the direct election of the head of state, introduced by the constitutional amendment approved by the referendum in 2010 and implemented for the first time in August 2014, things are changing and not just because the powers of the President had changed⁵⁹, but rather because of Erdoğan's leadership, who had been, for over a decade, the head of the government and is undoubtedly the main political leader of the AKP, despite the fact that the Constitution defines a *super partes* role for the President⁶⁰. The first President elected is not an outsider in politics and this affects constitutional practice⁶¹. However, according to the Constitution the President is not just a

⁵⁷ On the constitutional amendments subsequent to the 1982 Constitution see I. Ö. Kaboğlu, *Le riforme costituzionali in Turchia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2006, pp. 20-34 and M. Carducci, B. Bernardini d'Arnesano, *Turchia*, cit.

⁵⁸ We have to consider the problem of polarization of Turkish society and politics (Kemalists vs. religious-conservative circles, Kurds vs. Turks, Sunni Muslims vs. Alevis, etc.) and especially the contrast between the 'statalist' design, Kemalist legacy, and a more pluralistic and inclusive form from the perspective of a social vision, which has always been feared for its potential extremism. On the question of the relationship between state, religion-society and the Constitution, closely linked to European integration, see M. Carducci, *Teorie costituzionali per la Turchia in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2008, pp. 546-557.

⁵⁹ The transition to the direct election of the President was decided after a Constitutional Court ruling in which the parliamentary election of President Gül had been annulled for failing to obtain a majority of two-thirds of the Assembly.

⁶⁰ More precisely, the Art. 100, par. 4 states that 'If the President is a member of a party, his/her relationship with his party shall be severed and his/her membership of the Grand National Assembly of Turkey shall cease'.

⁶¹ As reported by S. Esen, *Analysis: the 2015 Parliamentary Elections in Turkey*, cit., 'Clearly, the position President Erdoğan embraced during the campaign violated the 1982 Constitutions that proscribes partisan activity by the President'. The same was stated in the Report of OSCE, which observed that the President's

ceremonial figure, being equipped with potentially remarkable powers, such as the power of veto over laws (though surmountable without special qualified majorities), to appeal to the Constitutional Court⁶², to intervene in cases of emergency (see Art. 92, 104), to call a referendum on constitutional amendments, to chair and convene the government in cases of necessity (a constitutional right that previous Presidents hardly ever used but Erdogan does); he/she has important powers of appointment over the judiciary and the administration. Also, Art. 105, par. 2 states that 'No appeals shall be made to any judicial authority, including the Constitutional Court, against the decisions and orders signed by the President of the Republic on his/her own initiative'. According to some authors, the constituents would be inspired by the V French Republic⁶³, but the practice has so far fluctuated, depending on who has held the presidential office, regardless of the mode of election.

Finally, it should be noted that although the AKP did not get an absolute majority it is still the largest party, confirming the trend towards center-right politics which have always dominated the elections in Turkey since the 1950s⁶⁴. In 15 general elections from 1950 to 2007 the average voting percentage of the center-right or right forces was 63.5%, as opposed to 33.8% for the leftist parties. Thus, the June 2015 elections have not reversed this dominance, even though the total of the left-wing votes has increased compared to the 2007 elections.

The political and institutional future of Turkey is more difficult to predict as a result of the last parliamentary elections. Regardless of whether or not a coalition government will be formed, or whether it will be necessary to go to early elections, the powerful role of the President remains, and certainly will not be modified⁶⁵.

campaign activity was also at odds with the 1990 OSCE Copenhagen Document and with the Code of Good Practice in Electoral Matters, adopted by the Venice Commission in October 2002.

⁶² In the recent history of Turkey there are examples of partisan behavior by the head of state regardless of the mode of election. Some political leaders of the ruling party, unable to become prime ministers, were elected Presidents (see the case of Demirel). This is what happened with Erdogan (due to the limit of the three parliamentary terms mandate for the members of the AKP).

⁶³ See M. Carducci, B. Bernardini d'Arnesano, *Turchia*, cit., p. 72.

⁶⁴ See E. Özbudun, *Turkey's Search for a new Constitution*, in *Insight Turkey*, Vol. 14 No. 1, 2012, p. 47.

⁶⁵ On the contrary, Erdogan's most recent statement regarding the abolishment of parliamentary immunities of some HDP's parliamentarians shows his insistence to have a more active role in the Turkish political life. www.hurriyetdailynews.com/continuation-of-peace-process-not-possible-amid-attacks-turkeys-erdogan.aspx?pageID=238&nID=86038&NewsCatID=338

Another unknown factor is the drafting of a new Constitution⁶⁶, which according to the statements of the European electoral mission, many political forces would be ready to take up⁶⁷.

⁶⁶ ‘A two-year process to draft a new civil constitution to broadly guarantee fundamental rights and freedoms stalled in October 2013 but the OSCE/ODIHR NAM was informed that will restart under the next parliament’ (OSCE-ODHIR NAM Report, p. 4).

⁶⁷ The AKP party’s manifesto emphasizes the need for an updated, civil Constitution and a presidential system. They are apparently committed to removing the word ‘Turk’ from the Constitution. During the electoral campaign the manifesto was accompanied by a 100-point ‘New Turkey Contract’ that outlined the party’s key constitutional amendment proposals and also the aim to continue the EU membership. In the HDP election manifesto, it is said that ‘We will initiate a democratic reform process against all kinds of military-civilian-bureaucratic tutelage, strict centralist structures and anti-democratic laws. We will all together make a new Constitution based on humanity and pursuant to the multi-identity, multi-cultural, multi-faith and multi-lingual structure of Turkey...The Constitution we will prepare will never give place to the presidential system’.



ISSN 2037-6677

2015/3

La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti

The health citizenship in the European Union: the cross-border mobility of patients, from free movement to the relational dimension of rights

Lucia Busatta

Abstract

The present paper purports to analyze the phenomenon of the free movement of people within the European Union for health-related or health services-related reasons. It further purports to outline the different legal position of the patients vis-à-vis the right to access to cross-border health services. The final aim is that of showing that a new individualistic conception in rights' protection is emerging, and what are the risks of exacerbating the idea of a 'patient-consumer.'

Tag: free movement, European Union, health, services, cross-border



La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti

di Lucia Busatta

SOMMARIO: 1. – Fenomenologia giuridica della mobilità transfrontaliera dei pazienti. 1.1. – Evoluzione del ruolo del paziente e tutela dei diritti. 1.2. – Il doppio binario della mobilità. 2. – Il paziente consumatore: le prestazioni sanitarie come servizi. 3. – Il paziente nel prisma dei diritti procedurali. 3.1. – Il paziente “impaziente”: il problema delle liste d’attesa. 4. – Il paziente difficile: trattamenti particolarmente avanzati e malattie rare. 5. – Il paziente e la fuga dalla legge: i trattamenti eticamente sensibili. 6. – Considerazioni conclusive: da una concezione individualistica del paziente-consumatore ad una lettura relazionale della bio-cittadinanza europea.

1. – Fenomenologia giuridica della mobilità transfrontaliera dei pazienti

A partire dagli anni Novanta, e più intensamente nel corso dell’ultimo decennio, nel diritto dell’Unione Europea si è potuto assistere ad un crescente intervento sia normativo che giurisprudenziale nel settore della salute. Esso ha preso le mosse dall’applicazione delle regole del mercato interno e della libera circolazione, sino a realizzare un progressivo ampliamento delle politiche europee connesse alla salute e

ad esercitare una crescente influenza sull'organizzazione e sulle scelte dei sistemi sanitari nazionali¹.

Parallelamente al dato giuridico, il fenomeno della circolazione delle persone per motivi legati alla salute o alle prestazioni sanitarie ha subito una notevole evoluzione e, oltre a prendere sempre più piede nel territorio dell'Unione, sta assumendo sfumature di particolare interesse per il dibattito giuspubblicistico: la mobilità transfrontaliera dei pazienti nello spazio europeo rappresenta oggi un fattore che non può essere tralasciato né sottovalutato nell'ambito di una riflessione che coinvolga l'evoluzione del concetto di cittadinanza e il rapporto tra il diritto dell'Unione Europea e la tutela del diritto costituzionale alla salute, da intendersi nella sua dimensione di diritto sociale e garanzia di accedere alle prestazioni sanitarie.

Una maggiore disponibilità di informazioni, data dalla loro velocità di circolazione e immediata reperibilità, una elevata facilità di movimento interterritoriale e, non ultimo, il fatto che sono i pazienti stessi a cercare di conoscere e comprendere il proprio stato di salute e a valutare le possibili alternative sono i fattori che hanno portato ad un sensibile aumento, negli ultimi anni, della mobilità dei pazienti all'interno dell'Unione europea². A tale fenomeno si fa comunemente riferimento con l'espressione *turismo sanitario*³, perifrasi che, tuttavia, non appare idonea ad indentificare in maniera precisa ed obiettiva l'oggetto e la dimensione di questa particolare realtà, in quanto con essa si fa riferimento alla situazione di persone che desiderano risolvere o affrontare un problema di salute e che decidono, perciò, di recarsi all'estero per un trattamento sanitario al quale, per una molteplicità di ragioni, non riescono ad avere accesso vicino al proprio luogo di dimora⁴. Appaiono, quindi, preferibili formule quali «libera circolazione dei pazienti

¹ Per alcune considerazioni generali sul punto cfr. R. Baeten, *Cross-border patient mobility in the European Union: in search of benefits from the new legal framework*, in *Journal of Health Services Research & Policy*, 19(4), 2014, 195-197.

² Cfr. il sondaggio il *Cross-border health services in the EU – Analytical Report* del giugno 2007, disponibile all'indirizzo internet ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_210_en.pdf (09.04.2015); alcuni dati più recenti sono riportati nello Special Eurobarometer n. 425, coordinato dalla Commissione Europea e diffuso nel maggio 2015. Cfr. inoltre M. Wismar, W. Palm, J. Figueras, K. Ernst, E. van Ginneken (a cura di), *Cross-border health care in the European Union. Mapping and analysing practices and policies*, Observatory Studies Series, No. 22, 2011.

³ Per esempio, cfr. I.G. Cohen, *Patients with Passports: Medical Tourism, Law, and Ethics*, Oxford, 2014.

⁴ L'espressione è stata criticata soprattutto nella letteratura scientifica relativa alla mobilità per prestazioni di procreazione medicalmente assistita: G. Pennings et al., *ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care*, in *Human Reproduction*, 23(10), 2008, 2182 A.P. Ferraretti et al., *Cross-border reproductive care: a phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies*, in *Reproductive Biomedicine Online*, 20(2), 2010,

nell'Unione Europea» o «mobilità transfrontaliera dei pazienti», piuttosto di una terminologia ossimorica che evoca, al contempo, luoghi di svago e situazioni mediche bisognose di considerazione⁵. In tal modo, attraverso una più corretta denominazione, il fenomeno può essere inteso nella sua effettiva dimensione di diritto soggettivo spettante ai cittadini europei, cui corrisponde l'obbligazione al suo rispetto e alla sua garanzia per gli Stati membri e le Istituzioni dell'Unione.

L'intervento sempre più rilevante dell'UE nelle politiche sanitarie, avvenuto – come si vedrà – sia in via giurisprudenziale sia, da ultimo, per mezzo della direttiva 2011/24/UE concernente i diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera⁶, non può non condizionare, più o meno direttamente, l'organizzazione interna dei servizi sanitari, potendo influire anche sulle decisioni inerenti i trattamenti medici da assicurare, sulle scelte sull'allocazione delle risorse oppure sui criteri in base ai quali attribuire le priorità nel settore della salute.

La direttiva, che si è distinta per un lungo periodo di gestazione, prima dell'approvazione definitiva nel marzo 2011⁷, individua nell'articolo 114 TFUE la propria base giuridica e, contemporaneamente, alla luce dell'articolo 168, par. 1, TFUE, si prefigge ambiziosi obiettivi per il raggiungimento di un alto livello di protezione della salute umana⁸. Questi sono individuati nell'esigenza di favorire la creazione di standard comuni nel campo dell'accesso alle prestazioni sanitarie, di istituire una rete europea di centri di eccellenza per la cura di malattie rare e di

261; F. Shenfield et al., *Cross border reproductive care in six European countries*, in *Human Reproduction* 25(6), 2010, 1361. Vi è anche chi ha criticato la perifrasi perché potrebbe condurre a intendere il fenomeno in termini negativi, come se si trattasse di una sorta di «abuso di diritti», nel senso di un utilizzo del diritto oltre i limiti per i quali tale facoltà è conferita. In questi termini si veda J. Heulin Martínez de Velasco, *La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos*, in *Derecho y Salud*, 21, 2011, 85.

⁵ Per tutti cfr. G. Pennings et al., *ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care*, cit.

⁶ Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, in *GU L 88 del 4.4.2011*, 45–65. L 88/45.

⁷ Una primissima bozza delle norme sui diritti dei pazienti nell'assistenza sanitaria transfrontaliera era contenuta all'interno della cd. “Direttiva servizi” (2006/123/CE). Tuttavia, proprio la previsione del requisito della previa autorizzazione (su cui *infra*), comportò la separazione tra le disposizioni per l'armonizzazione dei servizi nell'UE e quelle sull'assistenza sanitaria. La prima proposta venne quindi presentata alla Commissione nel luglio 2008 (COM(2008) 414 final) e la sua adozione è del 9 marzo 2011. Cfr. S. de La Rosa, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, 25–26.

⁸ Considerando 1 e 2.

giungere alla creazione di un sistema di informazione efficace per i cittadini che desiderino ottenere cure mediche all'estero⁹.

L'armonizzazione delle norme giuridiche relative all'assistenza sanitaria funge dunque da veicolo per consolidare i principi che sono stati espressi dalla Corte di Giustizia¹⁰ e per garantire la certezza del diritto ai pazienti, agli operatori dei sistemi sanitari nazionali e ai privati che forniscono i medesimi servizi. La volontà politica è quella di individuare metodi comuni per una più efficiente allocazione delle risorse in campo sanitario e di rendere più semplice e immediato l'accesso alle cure. Al fine di perseguire tale risultato, il testo normativo definisce tre principali linee direttive: l'individuazione di alcuni principi comuni a tutti i sistemi sanitari europei; lo sviluppo di un quadro di cooperazione e coordinamento transfrontalieri, per garantire il mutuo riconoscimento delle prescrizioni mediche e farmaceutiche tra gli Stati membri e per creare una rete europea di valutazione delle tecnologie in campo medico; infine, la cristallizzazione dei principi stabiliti in via giurisprudenziale e l'armonizzazione dei procedimenti per le autorizzazioni e i rimborsi¹¹.

La combinazione degli elementi sinora espressi può prestarsi a due letture, fra loro tendenzialmente antitetiche: da un lato, il crescente coinvolgimento dell'Unione nelle politiche per la salute e nelle scelte relative all'organizzazione dei sistemi sanitari viene considerato una rischiosa interferenza nell'equilibrio interno dei singoli Stati membri, che potrebbe addirittura condurre alla corrosione dei sistemi di solidarietà sociale¹²; dall'altro lato, tali interventi sono motivati dalla volontà di garantire un certo livello di egualianza, di certezza del diritto e di sicurezza a coloro che si muovono nel territorio dell'Unione per avere accesso a prestazioni sanitarie.

⁹ Le basi legali della direttiva sono proprio l'articolo 114 TFUE (come indicato dalla Commissione) e l'articolo 168 TFUE, riguardante le competenze dell'Unione nel campo della salute. Quest'ultimo, in particolare, è essenzialmente mirato a salvaguardare la competenza statale nell'organizzazione dei sistemi sanitari e a fondare l'utilizzo degli strumenti di cooperazione contenuti nell'atto normativo. Cfr. S. de La Rosa, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, cit., 27.

¹⁰ Cfr. Considerando n. 8 della direttiva. Le principali sentenze della Corte di Giustizia sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti sono: C-158/96, *Kohll*, 28 aprile 1998; C-120/95, *Decker*, 28 aprile 1998; C-368/98, *Vanbraekel*, 12 luglio 2001; C-157/99, *Smits e Peerbooms*, 12 luglio 2001; C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, 13 maggio 2003; C-56/01, *Inizan*, 23 ottobre 2003; C-8/02, *Leichtle*, 18 marzo 2004; C-145/03, *Keller*, 12 aprile 2005; C-372/04, *Watts*, 16 maggio 2006; C-444/05, *Stamatelaki*, 19 aprile 2007; C-211/08, *Commissione europea v. Regno di Spagna*, 15 giugno 2010; C-173/09, *Elchinor*, 5 ottobre 2010; C-430/12, *Luca*, 11 luglio 2013; C-268/13, *Petru*, 9 ottobre 2014.

¹¹ Si veda il *memorandum* esplicativo, allegato alla prima proposta di direttiva e disponibile all'indirizzo: ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/healthcare/docs/COM_it.pdf (09.04.2015).

¹² Su questa tesi si veda, per esempio, C. Newdick, *Citizenship, Free Movement and Health Care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, 1645.

1.1. – Evoluzione del ruolo del paziente e tutela dei diritti

Dal punto di vista della tutela dei diritti individuali, non si può prescindere dalla presa d'atto dell'evoluzione che il settore sanitario e il mondo del diritto stanno vivendo, ormai da qualche anno. Abbandonata la dimensione paternalistica della tutela della salute, tanto dal punto di vista del rapporto tra Stato e individuo, quanto con riguardo alla relazione tra medico e paziente¹³, un notevole mutamento culturale che determina una più consapevole partecipazione del singolo alle scelte mediche e il riconoscimento giuridico della derivazione costituzionale dei principi del consenso informato¹⁴ e della libertà di cura hanno portato all'emersione di nuove dinamiche nel sistema di garanzia del diritto alla salute.

In particolare, vi è chi ha fatto riferimento alla nascita di un nuovo concetto di “bio-cittadinanza”, condizione individuale dalla quale derivano aspettative, bisogni, richieste e, di conseguenza, diritti e responsabilità¹⁵. La bio-cittadinanza¹⁶, quindi, può essere intesa come quell'insieme di situazioni giuridiche che attengono al rapporto tra individuo e pubblici poteri nel campo della salute e che trovano riempimento e sostanza in una dimensione extra-giuridica, quella della scienza medica.

¹³ Per tutti, cfr. A. Buchanan, *Medical Paternalism*, in *Philosophy and Public Affairs*, 7(4), 1978, 370 ss.

¹⁴ Rifacendosi alle parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 438/2008, par. 4 del considerato in diritto, il «consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione». Per i principali riferimenti giurisprudenziali e dottrinali concernenti l'ordinamento italiano cfr. S. Rossi, *Consenso informato (II)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, Appendice di aggiornamento VII, Torino, 2012, 177 ss. In prospettiva comparata, C. Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2009, 1052. Significativa, in prospettiva comparata è anche la recente sentenza della Corte Suprema del Regno Unito, *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11, su cui R. Heywood, R.I.P. Sidaway: *Patient-Oriented Disclosure—A Standard Worth Waiting For?*, in *Medical Law Review*, 23(3), 2015, 455-466.

¹⁵ N. Rose, C. Novas, *Biological citizenship*, in A. Ong, J. Collier (a cura di), *Global Assemblages*, Oxford, 2005, 439-440. «Biological citizenship can thus embody a demand for particular protections, for the enactment or cessation or particular policies or actions, or [...] access to special resources, to a form of social welfare based on medical, scientific, and legal criteria» (p. 441). E ancora, sul rapporto tra cittadinanza ed evoluzione della scienza: «Biological citizens, that is to say, are encouraged to read and to understand their condition in particular, and their biological existence in general, in the languages and rhetorics of contemporary bioscience and biomedicine. Citizenship takes on new biological colorations and hope becomes bound up with scientific truth» (453).

¹⁶ L'espressione è da attribuire a M.L. Flear, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 14, 2007, 239, ove si applica il concetto di «biological citizenship», su cui N. Rose, C. Novas, *Biological citizenship*, cit., p. 439, al fenomeno della mobilità sanitaria nello spazio europeo.

Accanto a ciò, e così come per gli altri profili della cittadinanza, l'insieme delle situazioni giuridiche riguardanti la salute sta vivendo un mutamento del paradigma tradizionale della dimensione territoriale¹⁷, contribuendo a dimostrare la tesi per cui lo stato nazionale ha perso la sovranità esclusiva della tutela dei diritti¹⁸. La dimensione extra-giuridica della bio-cittadinanza, inoltre, non fa che accentuare tale scissione: i progressi della medicina e delle biotecnologie, per loro propria natura, prescindono dai confini nazionali e proiettano le istanze individuali oltre la mera dimensione statuale, costringendo coloro che sono responsabili per le decisioni pubbliche in materia sanitaria ad un confronto transnazionale¹⁹.

Permane, tuttavia, una dimensione territoriale del diritto alla salute, in connessione con le particolari esigenze di un determinato ambito (locale o nazionale che sia), o dipendente dalle scelte discrezionali del legislatore atte a forgiare, conformemente alla struttura del contesto giuridico e costituzionale di riferimento, una disciplina sostenibile in termini di rispetto dei principi etici e morali cui lo Stato si ispira, di coerenza interna del sistema e di economicità²⁰.

Nella dimensione euro-unitaria dei diritti fondamentali, la cittadinanza della salute dimostra tutta la sua capacità di trascendere i confini nazionali e le prospettive di diritto meramente interno: i pazienti che si muovono da uno Stato membro all'altro per avere accesso a prestazioni sanitarie hanno contribuito in modo

¹⁷ In tale prospettiva anche A. Pitino, *Autonomie e salute*, in A. Morelli, L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, 288-305.

¹⁸ Sugli effetti che il “dialogo” tra Corti produce sulla tutela effettiva dei diritti (anche) sociali, cfr. A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, II, 2015, 538-553; A. Ruggeri, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 24.11.2014.

¹⁹ Significative, a questo proposito, sono le osservazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014, in cui è stato censurato il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo cd. eterologo previsto dalla l. n. 40/2004: «Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite» (par. 7 del considerato in diritto).

²⁰ Per quanto attiene al rispetto dei principi etici e morali che caratterizzano lo Stato, un esempio significativo è rappresentato dalla disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza in Irlanda in relazione alla tutela costituzionale del diritto alla vita del nascituro; sulla garanzia di un certo livello di coerenza interna del sistema, si pensi alla questione relativa all'accesso alla diagnosi preimpianto per le coppie portatrici di gravi patologie genetiche, su cui C. cost., sent. n. 96/2015 e CtEDU, *Costa e Pavan v. Italia*, ric. n. 54270/10, 28.08.2012; sulla difficoltà delle scelte allocative di natura economica in campo sanitario, paradigmatica è una ormai risalente sentenza della Corte d'appello britannica, in cui si escludeva la possibilità di finanziare, all'interno del sistema sanitario pubblico, una costosissima terapia contro la leucemia per una bambina, *R v Cambridge Health Authority, ex parte B* [1995] 2 All ER 129. Sul rapporto tra diritto alla salute ed esigenze specifiche (anche di natura economica) di un determinato territorio, significativa è la sentenza della Corte costituzionale sulla vicenda dell'Ilva di Taranto, sent. n. 85/2013.

significativo a dare impulso all’evoluzione del concetto, sollecitando gli interventi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, cui è seguita l’armonizzazione da parte delle Istituzioni per mezzo della menzionata direttiva del 2011.

Quanto è di interesse rilevare concerne proprio, dal punto di vista della tutela dei diritti individuali, le numerose sfaccettature da cui si può guardare alla questione e le altrettanto articolate differenze che possono svilupparsi a seconda della prospettiva adottata. Il *focus* privilegiato, quello dei diritti individuali, consente di porre in luce le diverse posizioni del singolo se inteso come mero consumatore, come fruitore di un servizio sanitario pubblico, come cittadino informato, come diretto beneficiario del progresso tecnologico, o come persona che desidera ottenere trattamenti medici che il proprio Stato ha deciso di limitare per ragioni etiche²¹.

Parallelamente all’evoluzione dal paternalismo medico all’alleanza terapeutica tra il paziente e il proprio curante, anche nel contesto in esame, si è assistito ad uno spostamento della prospettiva di tutela, dalla preminenza delle logiche del mercato interno, verso una dimensione “persona-centrica”. Questo mutamento di rotta è trasparito – forse per la prima volta in modo tanto esplicito in questo ambito²² – dalle conclusioni dell’avvocato generale nel caso *Stamatelaki*²³, attraverso uno specifico riferimento al «diritto dei cittadini di essere curati, proclamato dall’art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea». Da questa disposizione deriva il diritto, per tutti i cittadini dell’Unione, di accedere alla prevenzione e alle cure mediche secondo le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali, nel rispetto di un elevato livello di qualità e sicurezza delle stesse garantito dalle istituzioni UE nella realizzazione di tutte le politiche²⁴: la tutela della salute diviene, così, un «mezzo per elevare il benessere della popolazione»²⁵.

²¹ In questo studio si farà riferimento alla situazione di pazienti che siano anche cittadini europei, al fine di fornire un quadro completo e sufficientemente uniforme delle situazioni soggettive venutesi a creare in seguito all’approvazione e al recepimento, da parte degli Stati membri, della direttiva 2011/24/UE. L’accesso alle prestazioni sanitarie per i cittadini di Paesi terzi è, infatti, strettamente dipendente dalle legislazioni nazionali e dalla tipologia di titolo di soggiorno.

²² M.L. Flear, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare service*, cit., 241.

²³ C-444/05, *Stamatelaki*, decisa dalla Corte di Giustizia il 19 aprile 2007. Sulla sentenza cfr. A. Di Renzo, *L’esclusione assoluta del rimborso delle spese di ricovero all'estero è contraria al diritto comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 1275; E. Longo, *Il diritto ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2007, 662.

²⁴ Per un primo commento circa le possibilità applicative dell’art. 35 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europa, si veda J. McHale, *Fundamental Rights and Health Care*, in E. Mossialos, G. Permanand, R. Baeten, T.K. Hervey (a cura di), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, 2010, 282 ss.

²⁵ M. Inglese, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi*

1.2. – Il doppio binario della mobilità

La circolazione dei pazienti nello spazio europeo per accedere a cure mediche è sicuramente un fenomeno in espansione, ma va rammentato che esso rappresenta, comunque, l’eccezione rispetto all’ordinarietà. Come ricordato dalla Corte di Giustizia in una pronuncia del 2003: «Le cure sono di regola dispensate in prossimità del luogo di residenza del paziente, in un ambiente culturale che gli è familiare e che gli consente di stabilire relazioni di fiducia con il medico curante. Fatta eccezione per i casi di urgenza, gli spostamenti transfrontalieri di pazienti si verificano soprattutto nelle regioni frontaliere o per il trattamento di patologie specifiche»²⁶. Il fatto che si tratti di un fenomeno limitato è dimostrato anche dai dati resi noti dalle istituzioni UE, che quantificano intorno a circa l’1 % della spesa sanitaria totale quella per la mobilità transfrontaliera dei pazienti²⁷.

Dal punto di vista del diritto dell’Unione, inoltre, vi sono due modalità – e dunque due distinti binari – per ottenere cure mediche in uno Stato membro diverso da quello di propria residenza, a spese del sistema sanitario di iscrizione. Il primo “percorso” è quello che attiene al coordinamento tra i sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri, la cui profonda e intrinseca diversità ha fatto sorgere l’esigenza – già a partire dagli anni Settanta – di dettare alcune norme regolamentari per il raccordo tra le regole nazionali. Il secondo binario è, invece, quello inaugurato in via pretoria dalla Corte di Giustizia per progressive specificazioni, che hanno condotto alla necessità di un intervento di armonizzazione per mezzo della già menzionata direttiva²⁸. I due percorsi così tracciati sono, in linea di massima, completamente paralleli e non dovrebbero prevedere, se non in minima parte, sovrapposizioni, nella

internazionali, 1, 2012, 110-111.

²⁶ C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, par. 96. Tali considerazioni si rivelano di fondamentale importanza alla luce degli ultimi sviluppi del diritto dell’Unione, soprattutto con riguardo alla direttiva 2011/24/UE.

²⁷ Cfr. il comunicato stampa diffuso in occasione della scadenza del termine per il recepimento della direttiva, il 22 ottobre 2013, disponibile all’indirizzo internet http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-918_en.htm. Alcuni dati più aggiornati, seppur incompleti, sono contenuti nella relazione della Commissione sul funzionamento della Direttiva, COM(2015) 421 Final, diffusa il 4.09.2015.

²⁸ G. Di Federico, *La direttiva 2011/24/UE e l’accesso alle prestazioni mediche nell’Unione europea*, in RDSS: *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 3, 2012, 687; S. de La Rosa, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, cit., 22-23.

cui evenienza si dovrà ritenere prevalente il sistema del Regolamento, in quanto più vantaggioso per il paziente²⁹.

Le *rationes* delle due fonti sono differenti: con il regolamento si punta a chiarire i rapporti intercorrenti, a livello nazionale, tra i sistemi di sicurezza sociale, mentre il *focus* della direttiva è puntato sulla posizione soggettiva dei pazienti e sul loro diritto alla libera circolazione. Anche i presupposti applicativi sono diversi: la disciplina regolamentare si applica ai lavoratori residenti in uno Stato membro, ai loro familiari e superstiti e a coloro che seguono un percorso di studi o di formazione. Le condizioni per ottenere le cure mediche secondo le norme del Reg. 1408/71, oggi sostituito dal Reg. 883/2004, sono (i) la permanenza temporanea del lavoratore, o dello studente, in uno Stato membro diverso da quello di propria iscrizione (cd. cure non programmate)³⁰ e (ii) la richiesta di autorizzazione ad ottenere una specifica prestazione sanitaria in una struttura situata in altro Stato membro (cd. cure programmate)³¹.

Nel caso della direttiva, invece, la richiesta può essere presentata dal paziente direttamente al proprio sistema sanitario di iscrizione, senza dover necessariamente soddisfare i requisiti del regolamento. Il rimborso delle spese mediche spettante al paziente avverrà, *ex post*, secondo le discipline nazionali di recepimento della direttiva. Dal punto di vista contenutistico, inoltre, la direttiva mira a coordinare i flussi di informazioni sulle prestazioni sanitarie fra gli Stati membri e ad incentivare gli scambi tra professionisti per migliorare le *best practices* e di conseguenza gli standard sanitari nell'Unione Europea.

Il quadro giuridico delineato dalla direttiva non va a sostituire la disciplina regolamentare sulle cure programmate. La distinzione, oltre ai requisiti per accedere all'uno o all'altro sistema, concerne la modalità e la quantificazione delle spese

²⁹ Direttiva 2011/24/UE, considerando nn. 28-31.

³⁰ Si rinvia all'articolo 19 del Reg. 883/2004 e all'art. 25 del Reg. 987/2009, di applicazione del Reg. 883/2004, con riguardo al regime di autorizzazioni e rimborsi per coloro che si trovano temporaneamente all'estero. Anche con riferimento a tale disciplina vi sono state importanti pronunce della Corte di Giustizia (cfr. C-145/03, *Keller*, 12 aprile 2005). Per un'analisi più dettagliata si rinvia a W. Palm, I.A. Glinos, *Enabling Patient Mobility in the EU: between free movement and coordination*, in E. Mossialos, G. Permanand, R. Baeten, T.K. Hervey (a cura di), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, 2010, 509 ss.

³¹ Cfr. G. Di Federico, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, cit., 687. L'autorizzazione per le cure programmate va chiesta secondo quanto previsto dall'art. 26 del Reg. (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

rimborsabili. Con il sistema del regolamento, l'autorizzazione determina il sorgere di un'obbligazione in capo al servizio sanitario o di sicurezza sociale dello Stato membro di iscrizione a rifondere direttamente agli omologhi organi dello Stato di cura le spese sostenute; in base alla direttiva, invece, le spese mediche saranno dapprima anticipate dal paziente e, in un secondo momento, rimborsate a quest'ultimo da parte delle istituzioni sanitarie dello Stato membro di iscrizione. Nel primo caso, verrà corrisposto al sistema sanitario di cura il costo della prestazione fornita; in base al sistema della direttiva, invece, il paziente riceverà il rimborso delle spese sanitarie documentate, entro – comunque – il limite rappresentato dal costo della terapia nel sistema sanitario di iscrizione³².

2. – Il paziente consumatore: le prestazioni sanitarie come servizi

Nell'analisi del fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti dal punto di vista della tutela dei diritti individuali, non si può non osservare che il primo tassello per un riconoscimento della rilevanza della posizione giuridica delle persone che si muovono nel territorio dell'UE per ottenere cure mediche è stato fissato dalla Corte di Giustizia attraverso l'applicazione del principio di libera circolazione.

In base a tale impostazione, i trattamenti sanitari sono considerati “servizi”, secondo l'accezione dei Trattati: il cittadino europeo, pertanto, può liberamente spostarsi nell'Unione Europea per ottenere le prestazioni sanitarie desiderate, senza dover per questo incorrere in restrizioni opposte dallo Stato membro di residenza. Anche se individuato, per la prima volta, in forma indiretta all'interno di una sentenza che solo tangenzialmente riguarda il diritto a fruire di prestazioni mediche, la Corte di Giustizia ha affermato con chiarezza che anche i pazienti, al pari di turisti, studenti e lavoratori, devono essere considerati destinatari di servizi ai sensi del Trattato³³.

Pochi anni dopo, il principio fu ulteriormente consolidato nel caso *Grogan*³⁴, in tema di interruzione volontaria della gravidanza: senza lasciar spazio a dubbi, è stato

³² Non è possibile, in questa sede, dare compiutamente conto di tutte le variabili relative al rimborso delle spese mediche sostenute dai pazienti che fruiscono della mobilità sanitaria. Una ricostruzione delle alternative è stata efficacemente proposta in M. Inglese, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, cit., 121 ss.

³³ C-286/82, *Luisi e Carbone c. ministero del Tesoro*, 31 gennaio 1984, par. 16.

³⁴ C-159/90, *Society for the protection of Unborn Children Ireland, Grogan e altri*, sentenza della Corte del 4 ottobre

sancito che tutti i trattamenti medici, compresi quelli eticamente controversi, se effettuati in conformità al diritto dello Stato in cui vengono somministrati, devono essere considerati servizi ai sensi del Trattato³⁵.

Le pronunce susseguitesi successivamente, vertenti proprio sulla problematica delle restrizioni apposte dalle legislazioni nazionali alla possibilità di ricevere il rimborso per le prestazioni sanitarie fruite all'estero, non hanno fatto che specificare tale assunto³⁶. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, le cure mediche sono qualificabili come “servizi”, indipendentemente dal fatto che esse siano dispense in ambito ospedaliero o ambulatoriale, in cliniche pubbliche o private, e indifferentemente dalla modalità di retribuzione delle prestazioni, siano esse pagate direttamente dal paziente, rimborsate o finanziate dal sistema sanitario-assicurativo³⁷.

Intendere i trattamenti sanitari come servizi comporta, come effetto, un’evoluzione nel modo di interpretare la figura del paziente e la sua posizione rispetto al sistema sanitario, parzialmente in linea con le considerazioni svolte in apertura con riguardo alla libertà di cura, al flusso di informazioni e alla relativa facilità degli spostamenti nello spazio europeo. La persona che si muove per ottenere cure mediche viene, così, intesa come “consumatore” di un servizio che, diversamente da altre prestazioni di natura meramente commerciale, è caratterizzato da alcune particolarità che possono richiedere il soddisfacimento di determinati standard o giustificare restrizioni.

Il paziente-consumatore è colui che si informa sui trattamenti sanitari e sulla loro disponibilità, che si sposta per ottenere le cure tecnologicamente e

1991, avente ad oggetto una domanda pregiudiziale circa l’interpretazione dell’allora articolo 60 del Trattato e, in particolare, sulla questione se una pratica abortiva potesse essere considerata “servizio” ai sensi del Trattato stesso. La Corte stabilì che: «Occorre rilevare che l’interruzione della gravidanza, così come lecitamente praticata in diversi Stati membri, è un’attività medica normalmente fornita dietro retribuzione e che può essere praticata nell’ambito di una libera professione. In ogni caso, la Corte ha già dichiarato [...] che le attività mediche rientrano nel campo di applicazione dell’art. 60 del Trattato», par 18. Cfr. S. O’Leary, *The Court of Justice as a Reluctant Constitutional Adjudicator: An Examination of the Abortion Information Case*, in *European Law Review*, 1992, 138.

³⁵ In particolare C-159/90, *Grogan*, par. 18-21. La Corte di Giustizia ha avuto poi occasione di tornare numerose volte sulla qualificazione delle prestazioni sanitarie ai fini del Trattato.

³⁶ M. Inglese, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, cit., 112; M. Dani, *Costituzione e integrazione europea: dalle “limitazioni della sovranità” alla trasformazione del diritto costituzionale*, in C. Casonato, *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, 345.

³⁷ C-444/05, *Stamatelaki*, par. 19-22; C-372/04, *Watts*, par. 86; C-211/08, *Commissione europea v. Regno di Spagna*, par. 47-49. M. Inglese, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, cit., 113.

scientificamente più avanzate, che valuta le alternative disponibili anche nell'ottica di un risparmio economico personale. Così, il *market-based approach*³⁸ che ha caratterizzato gli interventi della Corte di Giustizia e che costituisce la base giuridica della direttiva *de qua* non fa che dare atto dell'avvenuto mutamento, a livello sociale, della figura del paziente, come singolo individuo, nella relazione con il medico e, anche se con le dovute cautele, in rapporto al sistema sanitario nel suo complesso.

A tale proposito, è stato efficacemente notato che, mentre in passato il “malato” era inteso come mero oggetto della terapia, della quale il medico era sovrano indiscusso, l’evoluzione della scienza medica ha portato a riconsiderare in chiave antropologica tale relazione, con l’effetto di (ri)personificare il paziente: ne è sorto l’obbligo, per il curante, di prendere in considerazione i valori morali dell’individuo, i suoi obiettivi e le sue aspirazioni anche al momento della pianificazione delle cure³⁹. La nuova concezione di una relazione integrata tra medico e paziente ha cominciato a farsi strada negli anni Settanta del secolo scorso, a partire soprattutto da una nuova sensibilità del personale sanitario direttamente coinvolto nella cura delle persone, consentendo in tal modo di cominciare a lasciare da parte l’idea del dominio assoluto della scienza medica, in favore di una concezione più orientata alla valutazione olistica e globale del paziente: dal trattamento del sintomo, della patologia, alla *cura* della persona⁴⁰. L’affermazione etica e medica di tali principi è stata accompagnata, seppur in modo parzialmente discontinuo e non sempre coerente, dal riconoscimento giuridico della posizione paritaria del paziente, rispetto al medico, all’interno della relazione terapeutica⁴¹.

³⁸ Per un’analisi delle possibili declinazioni del concetto di “consumatore” nella prospettiva del diritto del mercato interno nell’Unione Europea cfr. M. Dani, *Assembling the Fractured European Consumer*, in *European Law Review*, 3, 2011, 362 ss.

³⁹ W. Andereck, *From patient to consumer in the medical marketplace*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 16, 2007, 110.

⁴⁰ Ancor prima che tale impostazione divenisse quella predominante, la necessità di adottare questa prospettiva era stata segnalata, già nel 1934, nel corso di una lezione tenuta presso la McGill Medical Society: A.H. Gordon, *The patient as a person*, in *Can Med Assoc J.*, 31(2), 1934, 191–193: «Because we believe that the patient is a person and not only a laboratory problem it is more incumbent upon us to know all that can be known about him by all the means, chemical and physical, a tour disposal, and we should leave no stone unturned in the extraction of his history and the careful examination of his body, for this, and only this gives us a sound basis from which to allay his fears and advance his hopes, but our inquiry should not overlook that “crystallization of thought patterns” that makes him the person he is and makes him act as he does» (193). Si veda anche P. Ramsey, *The patient as a person*, New Haven, Conn, 1970; A. Buchanan, *Medical Paternalism*, in *Philosophy and Public Affairs*, 7(4), 1978, 370-390. Pone in luce tale evoluzione culturale anche C. Piciocchi, *Libertà terapeutica e “medicine non convenzionali”: definizione e confini*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 290.

⁴¹ Le ragioni di spazio e l’economia generale dello scritto non consentono di dare completamente conto

Il fenomeno cui, oggi, si sta assistendo è un’ulteriore e, in certi termini, potenzialmente incontrollata evoluzione: da persona, il paziente sta divenendo (o forse, in alcuni casi e in alcuni ordinamenti, è *già* divenuto) consumatore di un trattamento sanitario. Se dal punto di vista etico le implicazioni di tale impostazione sono complesse e di varia natura, dal punto di vista giuridico si aprono una serie di problematiche di assai difficile gestione e risoluzione. L’impiego del principio della libera circolazione delle persone nell’Unione Europea e le conseguenze di un’applicazione pura delle regole del mercato interno alla mobilità transfrontaliera dei pazienti consentono di scorgere una piccola anticipazione delle potenzialità e dei rischi legati ad una concezione *consumeristica* della salute e dei trattamenti sanitari.

Pur tralasciando le questioni più controverse, riguardanti, ad esempio, la “pretesa di cura”, la richiesta da parte del paziente, anche non malato, di trattamenti futili o in alcuni casi anche pericolosi per la persona⁴², il fenomeno della circolazione dei pazienti e il modo in cui gli ordinamenti giuridici nazionali e dell’Unione europea hanno dato ad esso risposta permettono di riflettere sulle criticità cui i sistemi sanitari possono essere esposti, soprattutto in termini di sostenibilità, nel caso di una prevalenza assoluta della figura del paziente consumatore o nel caso di una (preferibile) apposizione di limiti ai principi del mercato interno, limiti che trovano una ragionevole giustificazione nella necessità di tutelare diritti e libertà altrettanto fondamentali.

In tale prospettiva, possono essere sviluppati principalmente tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, il paziente è un consumatore atipico, poiché anomalo è il bene di consumo di cui desidera fruire. Le prestazioni mediche sono, infatti, beni particolarmente delicati per gli effetti (positivi, negativi o anche di nessun genere) che possono produrre sulla salute di un individuo; non sono beni comuni, dal

dell’evoluzione e delle parziali incongruenze giuridiche del fenomeno. In chiave comparata si rinvia a C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, 2012, *passim*; per un’analisi interdisciplinare cfr. S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomi I e II, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011.

⁴² A questo proposito si vedano i contributi pubblicati nell’ambito della *call for papers* «Oltre la malattia: il diritto e le nuove concezioni di salute» in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2014. In particolare, cfr. A. D’Aloia, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, 87 ss.; S. Rossi, *L’ottavo giorno: salute, disabilità e diversità*, 101. ss.; S. Salardi, *Ethical and legal implications of interventions on ‘unpatients’: therapeutic v. non-therapeutic treatments*, 133 ss.

momento che nella maggior parte dei casi possono essere somministrati solamente da personale altamente qualificato (i medici e gli altri professionisti della salute), secondo specifiche regole individuate dalle legislazioni nazionali e, in alcune circostanze, possono essere fruite solamente all'interno di strutture specificamente adibite e autorizzate a tal fine (gli ospedali, per esempio). Da ciò deriva la necessità di garantire determinati standard di sicurezza delle strutture sanitarie e, parallelamente, un adeguamento ragionevolmente bilanciato con l'incessante sviluppo della scienza medica. Da un lato, la Corte di Giustizia ha riconosciuto, anche con una certa elasticità, la legittimità di richieste di pazienti di curarsi all'estero a causa delle carenze materiali⁴³, del mancato aggiornamento della lista di prestazioni garantite dal servizio sanitario di iscrizione⁴⁴ o dell'irragionevole durata delle liste d'attesa⁴⁵. In linea con i principi espressi in via pretoria, nella direttiva sono stati stabiliti alcuni criteri per la valutazione da parte delle autorità sanitarie della fondatezza delle richieste autorizzatorie presentate dai pazienti che desiderino recarsi all'estero per ottenere, senza indebito ritardo, un trattamento medico non immediatamente disponibile o temporaneamente non garantibile⁴⁶. Dall'altro lato, è stata anche stabilita l'opportunità di compiere «sforzi sistematici e continui al fine di garantire il miglioramento degli standard di qualità e sicurezza [...] tenendo conto dei progressi della scienza medica internazionale e delle buone prassi mediche generalmente riconosciute, nonché delle nuove tecnologie sanitarie»⁴⁷.

In secondo luogo, quando ricevute all'interno di un sistema sanitario, le cure mediche sono anche qualificabili come beni particolarmente “scarsi”, poiché la loro disponibilità è strettamente correlata a complesse valutazioni allocative e alla rispondenza a criteri di priorità. Tutto ciò è stato fatto proprio anche dalla Corte di Giustizia, prima che dalla direttiva, attraverso il riconoscimento della legittimità delle restrizioni poste dalle legislazioni di alcuni Stati membri alle condizioni per fruire del rimborso da parte del sistema sanitario di appartenenza delle spese mediche sostenute all'estero. I giudici di Lussemburgo hanno infatti osservato che: «non si può escludere che un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del

⁴³ C-268/13, *Petru*, 9 ottobre 2014.

⁴⁴ C-173/09, *Elchinov*, 5 ottobre 2010.

⁴⁵ C-372/04, *Watts*, 16 maggio 2006.

⁴⁶ Direttiva 2011/24/UE, artt. 7 e 8.

⁴⁷ Direttiva 2011/24/UE, considerando n. 22 e, in particolare, artt. 10 e 15.

sistema di previdenza sociale possa costituire una ragione imperativa di interesse generale tale da giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi»⁴⁸. Nei considerando della direttiva viene dedicato ampio spazio al riconoscimento del valore del rispetto dell'equilibrio e delle scelte allocative proprie di ciascun sistema sanitario nazionale, alla luce delle delicate valutazioni sottese e della necessità di garantire, in modo universalistico, l'accesso alla salute a tutti, indipendentemente dalla disponibilità individuale di risorse per muoversi⁴⁹.

In terzo luogo, le cure mediche sono “beni” anomali poiché una loro fruizione adeguata e consapevole passa necessariamente attraverso un’idonea informazione sulla natura, la disponibilità, l’efficacia e i possibili effetti delle stesse. Da questo punto di vista, la figura del paziente-consumatore si è sviluppata in modo significativo grazie alla diffusione di internet e alla relativa facilità di accedere a informazioni e dati anche molto specifici: fra i motivi che inducono le persone a spostarsi per motivi legati alla salute, la ricerca di un trattamento più affidabile o tecnologicamente più avanzato figura tra le ragioni principali del flusso di pazienti⁵⁰. Al contempo, è necessario osservare che il potenziale fascio di informazioni disponibili è tanto ampio da ricoprire dati scientificamente accertati e affidabili, indicazioni e opinioni fondate su elementi non verificabili, o – addirittura – veri e propri inganni o notizie false, pur presentati con modalità e linguaggi pseudo-scientifici⁵¹.

La persona comune, il potenziale paziente, non è sempre in grado di discernere l'affidabilità e la veridicità delle informazioni; di conseguenza, è possibile che, pur nella volontà di informarsi su trattamenti idonei a curare la patologia di cui è affetto, commetta errori metodologici o si imbatta in notizie false. Inoltre, la medicina non è, per sua natura, una scienza esatta, dal momento che le modalità di trattamento di una medesima situazione clinica (e i relativi risultati) possono sensibilmente variare

⁴⁸ C-173/09, *Elchinor*, par. 42. Più diffusamente, vedasi par. 42-45 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁹ Cfr., in particolare, direttiva 2011/24/UE, considerando n. 21.

⁵⁰ In base ai dati pubblicati nel maggio 2015 dalla Commissione Europea, Special Eurobarometer n. 425, per circa il 53% dei pazienti europei intervistati e disponibili a recarsi all'estero per ottenere un trattamento sanitario, la ragione della mobilità è da individuarsi nella ricerca di una prestazione di migliore qualità.

⁵¹ Per alcune primissime, ma ancora attuali riflessioni sull'impatto di internet sulla medicina cfr. G. Eysenbach, *Towards the Millennium of Cybermedicine*, in *Journal of Medical Internet Research*, 1(Suppl. 1), 1999, e2; più recentemente A.R. Derse, T.E. Miller, *Net Effect: Professional and Ethical Challenges of Medicine Online*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 17(04), 2008, 453.

da un individuo all'altro, pur a fronte di una apparente parità di anamnesi, diagnosi e terapia.

In termini giuridici, lasciando da parte le problematiche relative ai contenuti delle informazioni e alla modalità di presentazione degli stessi, si può osservare che è stata proprio la Corte di Giustizia, nella già menzionata sentenza *Grogan*, a stabilire che le legislazioni nazionali non possano opporre restrizioni alla libertà di fornire informazioni su servizi (medici) legittimamente accessibili in altri Stati membri. Questo specifico profilo sarà oggetto di approfondimento nei paragrafi seguenti, ma va subito osservato che, nella definizione della figura del paziente-consumatore, bisogna tenere in considerazione anche la necessità di “mediare” il flusso di informazioni sui servizi medici. Tale esigenza deve essere considerata non tanto come un filtro, quanto piuttosto nell'ottica di un fisiologico e intrinseco “information-divide” tra il paziente e il professionista della salute. In questi termini, il paziente difficilmente potrà essere considerato un consumatore consapevole, non essendo – da solo – in grado di addivenire alla scelta “scientificamente” più fondata.

3. – Il paziente nel prisma dei diritti procedurali

Dalla configurazione delle cure mediche come servizi deriva il principio per cui, in base alle norme del Trattato, gli Stati membri non possono opporre ingiustificate restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per fruire di tali prestazioni anche in un Paese diverso da quello di residenza. La peculiare situazione del paziente, destinatario di servizi medici, impone tuttavia di considerare accettabili alcune limitazioni, pur entro i confini tracciati dapprima dalla Corte di Giustizia e recepiti poi nella direttiva.

In particolare, come si è avuto modo di osservare *supra*, i principi del mercato interno non possono essere applicati in modo puro alla mobilità transfrontaliera dei pazienti, dal momento che le scelte di una sola persona possono, più o meno direttamente, condizionare l'eguale posizione di altri pazienti all'interno del sistema sanitario. Inoltre, le complesse scelte allocative che richiedono di individuare criteri oggettivi per determinare le priorità nel campo della salute richiedono, comunque, di temperare il principio di libera circolazione attraverso la previsione di alcuni accorgimenti mirati a salvaguardare la sostenibilità generale dei servizi sanitari.

Così, la Corte di Giustizia, a partire dal caso *Kohll*, riguardante il diniego di un'autorizzazione a fruire di cure odontoiatriche in un altro Stato membro, ha stabilito che la previa autorizzazione richiesta da alcune legislazioni nazionali come prerequisito per il rimborso di spese sanitarie sostenute all'estero deve essere considerata una restrizione al principio della libera circolazione dei servizi. Ne segue che, a partire dalla pronuncia del 1998, le condizioni di accesso alla mobilità transfrontaliera stabilite a livello nazionale sono divenute oggetto di uno scrutinio della Corte basato sul rispetto del principio di libera circolazione dei servizi, poiché rappresentano un potenziale disincentivo per il cittadino europeo a godere pienamente di tale libertà fondamentale. Il Trattato prevede che gli Stati membri possano, comunque, porre restrizioni alla libera circolazione, purché queste siano giustificate da motivi imperativi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica (art. 52 TFUE). Secondo i giudici di Lussemburgo, dunque, le previsioni statali che impongono l'ottenimento di un'autorizzazione preventiva per fruire di cure mediche all'estero e chiederne poi il rimborso al sistema sanitario o assicurativo di iscrizione devono essere sottoposte ad un vaglio di proporzionalità, onde accertarne la corretta configurazione e la compatibilità rispetto al diritto dell'Unione⁵².

In via giurisprudenziale, così, si è cominciato a imporre che il canale autorizzatorio rispettasse alcuni criteri oggettivi, tutti centrati sulla posizione del paziente e volti a garantirne i diritti. Da questo orientamento giurisprudenziale ha iniziato a prendere origine una sorta di presidio procedurale per la tutela dei cittadini europei che si recano all'estero per motivi medici: il requisito della previa autorizzazione può essere considerato conforme al diritto europeo, ma esso «dev'essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario»⁵³.

La Corte di Giustizia ha specificato progressivamente i requisiti di legittimità del regime della previa autorizzazione, basandosi sulle fattispecie dei casi e aggiungendo di volta in volta un nuovo tassello, fino all'elaborazione di un articolato sistema di

⁵² Sul punto, cfr anche S. de La Rosa, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, cit., 19-21.

⁵³ C-173/09, *Elchinov*, par. 44; C-157/99, *Smits e Peerbooms*, par. 82 e 90; C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, par. 83-85, nonché C-372/04, *Watts*, par. 114-116.

garanzie procedurali a tutela del cittadino-paziente. L'autorizzazione a fruire di prestazioni sanitarie in un altro Stato membro, a spese del sistema sanitario o assicurativo di iscrizione si basa su di una valutazione discrezionale dell'amministrazione, che – lungi dall'essere arbitraria – deve a sua volta fondarsi su parametri oggettivi e conoscibili dal paziente e «su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo ed imparziale, dovendo inoltre eventuali dinieghi di autorizzazione poter venir considerati nell'ambito di un ricorso giurisdizionale»⁵⁴.

Tali requisiti sono stati recepiti in modo sostanzialmente letterale nella direttiva 2011/24/UE⁵⁵. Stante l'assenza di ogni impedimento alla circolazione dei cittadini nel territorio dell'Unione Europea per fruire di prestazioni sanitarie, ai fini di ottenere il rimborso delle spese sostenute da parte del sistema sanitario di propria affiliazione, l'atto legislativo europeo prevede la possibilità di istituire un sistema di autorizzazione preventiva (art. 8, co. 1). Quest'ultimo deve essere limitato a quanto «necessario e proporzionato», non può essere discriminatorio o porre ostacoli alla libera circolazione. L'assistenza sanitaria che, in base alla direttiva, può essere soggetta ad autorizzazione preventiva è limitata alle cure ospedaliere o ai trattamenti che richiedono l'impiego di apparecchiature mediche particolarmente costose e sofisticate; la richiesta di mobilità presentata dal paziente può inoltre essere previamente valutata dalle strutture sanitarie nel caso in cui i trattamenti desiderati comportino un rischio per il richiedente o per la popolazione, oppure qualora il prestatore di servizi possa «suscitare gravi e specifiche preoccupazioni» in termini di qualità o sicurezza⁵⁶.

Nella prima ipotesi, la *ratio* della restrizione è da rinvenirsi nella necessità di valutare e gestire il flusso di pazienti, in modo da garantire l'equilibrio e la sostenibilità dei sistemi sanitari; nel secondo e nel terzo caso, invece, la ragione delle limitazioni risiede nella necessità di tutelare la sicurezza e l'incolumità tanto del singolo quanto della collettività.

⁵⁴ C-157/99, *Smits e Peerbooms*, par. 90; C-372/04, *Watts*, par. 116.

⁵⁵ Cfr. articolo 7, co. 6.

⁵⁶ Articolo 8, comma 2, lettere a, b e c, che in Italia è stato recepito in modo letterale dall'art. 9 del d. lgs. 38/2014.

Il sistema di diritti procedurali per accedere alle prestazioni sanitarie va a realizzare gli obiettivi dell’Unione, consistenti nel miglioramento generale delle condizioni di salute negli Stati membri, nell’innalzamento degli standard di tutela e nel mantenimento di un equilibrio sostenibile all’interno dei singoli servizi sanitari. Unitamente all’aspetto collettivo e relazionale della tutela della salute, però, la direttiva sottolinea anche il valore della trasparenza e della certezza del procedimento autorizzatorio per l’interesse del singolo paziente e per la tutela dei suoi diritti. Così, parafrasando ancora i principi giurisprudenziali, si prevede l’obbligo di rendere pubbliche e facilmente accessibili le procedure per l’ottenimento dell’autorizzazione; i provvedimenti, inoltre, devono essere debitamente motivati e suscettibili di impugnazione (art. 9).

3.1. – Il paziente “impaziente”: il problema delle liste d’attesa

L’ambito entro il quale si esprimono compiutamente l’importanza e il significato del sistema autorizzatorio e dei requisiti procedurali che lo presidiano è quello legato al fattore temporale. Anche in questo caso, le disposizioni della direttiva sono il frutto della progressiva stratificazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia. La problematica delle liste d’attesa è paradigmatica delle difficoltà legate alla garanzia universalistica del diritto alla salute a fronte degli evidenti problemi allocativi cui qualsiasi struttura sanitaria deve fare fronte e della necessità di individuare criteri oggettivi in base ai quali stabilire le priorità tra i pazienti.

Il tempo di accesso ad una prestazione sanitaria viene soventemente considerato un fattore di qualità ed efficienza del sistema sanitario e, per coloro che ne hanno la possibilità, rappresenta una delle principali ragioni della mobilità transfrontaliera. Se dal punto di vista dell’organizzazione sanitaria le liste d’attesa costituiscono una delle modalità per allocare in modo ragionevole, in base anche a criteri medici o di urgenza, le risorse scarse in maniera tale da garantire equamente l’accesso alle prestazioni sanitarie, nella prospettiva del paziente, l’interposizione di un lasso temporale più o meno esteso per l’accesso ad un determinato trattamento medico può essere interpretato come una falla nella garanzia del bene salute: così, sottoporsi ad una terapia all’estero è divenuto, per chi ne ha la facoltà, un modo per saltare la lista d’attesa.

Il problema della definizione del (labile) confine tra un tempo di attesa ragionevole ed un indebito ritardo del sistema sanitario nel garantire una determinata prestazione si è presentato alla Corte di Giustizia con riguardo all'interpretazione delle clausole previste dal regolamento di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale⁵⁷. La ricostruzione completa di tutte le complesse questioni legate al rapporto tra esigenze di sostenibilità di un sistema sanitario di natura pubblicistica e garanzia del diritto alla salute del singolo viene sviluppata nel caso *Watts*, nelle cui motivazioni vengono anche posti in luce i rischi legati alla assolutizzazione della figura del paziente-consumatore⁵⁸: se non venissero tenuti in alcuna considerazione i limiti imposti dal contingentamento delle risorse sanitarie e, quindi, da una necessaria organizzazione di “ragionevoli” tempi di attesa per accedere alle cure mediche, «risulterebbero flussi migratori di pazienti tali da rendere vani tutti gli sforzi sia logistici che finanziari di pianificazione e di razionalizzazione compiuti dallo Stato membro competente nel settore vitale delle cure sanitarie al fine di evitare i problemi di sovraccapacità ospedaliera, di squilibrio nell'offerta di cure mediche ospedaliere, di spreco e dispersione»⁵⁹.

Ancora una volta, quanto stabilito in via giurisprudenziale ha trovato cristallizzazione normativa all'interno della direttiva⁶⁰. Ciò che è interessante osservare, dal punto di vista della tutela dei diritti individuali, concerne la definizione dei criteri su cui fondare l'autorizzazione, nel caso in cui il servizio sanitario di iscrizione non possa garantire la prestazione medica necessaria entro un lasso di tempo ragionevole. In questi casi, come ora si vedrà, la Corte ha affermato che i parametri *oggettivi* in base ai quali compiere tale valutazione potranno essere reputati tali solo qualora venga presa in considerazione la situazione *soggettiva* del paziente: nel valutare il criterio temporale, le autorità nazionali dovranno vagliare tutte le

⁵⁷ La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 22, reg. 1408/71, oggi sostituito dall'art. 20, reg. 883/2004.

⁵⁸ C-372/04, *Watts*, par. 51-79. Un'anziana paziente inglese, a fronte di una lista d'attesa di molti mesi nel sistema sanitario britannico, si era sottoposta ad un intervento chirurgico per l'apposizione di una protesi all'anca in Francia e, una volta rientrata, chiedeva al National Health Service il rimborso delle spese mediche sostenute. La Corte di Giustizia coglie l'occasione per indicare l'estensione del significato di “indebito ritardo” nella garanzia delle prestazioni mediche, declinando il concetto in relazione alle esigenze soggettive del paziente.

⁵⁹ C-372/04, *Watts*, par. 71 e giurisprudenza ivi citata.

⁶⁰ Cfr. art. 8, co. 5: «lo Stato membro di affiliazione non può rifiutarsi di concedere un'autorizzazione preventiva quando il paziente ha diritto all'assistenza sanitaria in questione, ai sensi dell'articolo 7 della presente direttiva, e quando l'assistenza sanitaria in questione non può essere prestata sul suo territorio entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico».

circostanze relative al caso concreto, e in particolar modo l'intero quadro clinico del paziente in relazione al decorso e alla natura della patologia⁶¹. Negare una previa autorizzazione semplicemente sulla base dell'esistenza di liste d'attesa nel Paese d'iscrizione non costituisce una valida giustificazione alle restrizioni in tal guisa apposte ad una libertà fondamentale; al contrario, nell'ottica della Corte, una lista d'attesa troppo lunga per la patologia limita l'accessibilità quale requisito basilare di un sistema sanitario equilibrato e di qualità⁶².

Il fulcro è quindi il paziente; la sua posizione soggettiva ottiene tutela non attraverso la garanzia diretta di una prestazione sanitaria, ma per mezzo dell'elaborazione di un diritto procedurale, che sarà realizzato in modo obiettivo attraverso la dovuta considerazione delle condizioni cliniche individuali⁶³.

Ad avviso della Corte, ai fini dell'organizzazione di un sistema sanitario di tipo universalistico e in ragione delle mutate esigenze dei pazienti in un contesto medico, sociale ed economico in cui il progresso scientifico e l'aumentata aspettativa di vita ampliano le domande di assistenza e di cure ospedaliere, non si può negare che la creazione di un sistema di liste d'attesa sia volto a pianificare la gestione delle risorse e a stabilire delle priorità. Tale sistema, tuttavia, deve essere caratterizzato da elasticità e dinamicità, al fine di poter riconsiderare la posizione di individui che versano in particolari situazioni⁶⁴. In definitiva, al fine della verifica della sussistenza o meno di un indebito ritardo nell'accesso alle cure richieste, l'istituzione competente è tenuta a «stabilire che tale tempo non superi il periodo accettabile in base ad una valutazione medica oggettiva dei bisogni clinici dell'interessato, alla luce

⁶¹ C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, par. 90; C-157/99, *Smits e Peerbooms*, par. 104.

⁶² Come conseguenza della decisione della Corte, dal 2004 in poi, numerosi Stati membri hanno cominciato ad adottare delle misure nel diritto interno volte a chiarire il concetto di «*undue delay*» nell'accesso alle prestazioni sanitarie: alcuni Stati, come la Danimarca o la Norvegia, hanno introdotto garanzie per assicurare la tempestività dell'intervento medico, sancendo al contempo il diritto dei loro pazienti a recarsi all'estero nel caso in cui le condizioni stabilite non venissero rispettate. Si veda W. Palm, I.A. Glinos, *Enabling Patient Mobility in the EU: between free movement and coordination*, in E. Mossialos, G. Permanand, R. Baeten, T.K. Hervey (a cura di), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge 2010, 333. Quali esempi in tal senso significativi possono essere citati *The Charter of Patient Rights and Responsibilities*, adottata in seno al NHS scozzese, che garantisce il diritto dei pazienti ad ottenere la prestazione sanitaria di cui necessitano entro dodici settimane; oppure la deliberazione della Giunta provinciale di Bolzano n. 1687/2012, sui criteri per l'assistenza specialistica indiretta e le liste d'attesa.

⁶³ S. de La Rosa, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, cit., 33.

⁶⁴ M. Inglese, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, cit., 121.

del complesso dei parametri che caratterizzano la sua situazione clinica al momento in cui la domanda di autorizzazione è proposta o, eventualmente, rinnovata»⁶⁵.

In termini critici, il fatto che i giudici si siano spinti a prendere in considerazione l'aspetto problematico delle liste d'attesa può essere visto come un primo (e per certi versi anche discutibile) ingresso nell'area delle competenze statali relative all'organizzazione sanitaria⁶⁶. In ogni sua pronuncia, la Corte ha sempre ribadito che la gestione e il funzionamento dei sistemi sanitari nazionali sono di esclusiva spettanza di ciascuno degli Stati membri, pur nel rispetto del diritto dell'Unione. Cionondimeno, nel momento in cui viene stabilito che la mera esistenza di liste d'attesa non può essere considerata di per sé un elemento sufficiente a sostenere il diniego dell'autorizzazione (provvedimento che, nell'ottica della Corte, si qualifica in termini di giustificazione ad una restrizione apposta dal diritto interno ad una delle libertà fondamentali del Trattato), pare che il confine tra competenze statali e dell'Unione divenga più evanescente di quanto la Corte affermi.

Nuovamente la direttiva riprende quasi alla lettera le statuzioni della Corte di Giustizia: una cattiva gestione, a livello statale, del fattore tempo determina l'impossibilità, per lo Stato membro di iscrizione, di rifiutare una previa autorizzazione al paziente che voglia recarsi all'estero per ottenere un trattamento sanitario che nel luogo di dimora non è disponibile entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico⁶⁷. Parallelamente, anche per avere accesso al sistema previsto nel cd. binario regolamentare, il fattore tempo determina l'obbligatorietà per Stato membro di affiliazione di concedere l'autorizzazione prevista per la presa in carico delle spese sanitarie.

Recentemente la Corte di Giustizia è nuovamente tornata a pronunciarsi sul significato della clausola del limite temporale ragionevole per accedere ad una specifica prestazione sanitaria. Nel caso *Petru* è stato stabilito che la carenza di

⁶⁵ C-372/04, *Watts*, par. 79.

⁶⁶ Tale profilo può esser confermato anche dalla lettura del par. 102 della sentenza C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, laddove si individua esplicitamente un obbligo per gli Stati membri di apportare qualche adattamento al proprio sistema previdenziale in applicazione del diritto comunitario.

⁶⁷ Cfr. direttiva 2011/24/UE, art. 8, co. 5, che riprende quasi testualmente il punto 120 della sentenza C-372/04, *Watts*.

materiali medici può costituire un motivo valido a qualificare come “irragionevole” il tempo di attesa per accedere a una cura necessaria per il paziente⁶⁸.

L’interpretazione «patient-friendly»⁶⁹ delle clausole legislative europee gioca a favore della garanzia dei diritti individuali, contribuendo al contempo a suffragare la tesi per cui la tutela dei diritti transita non solo attraverso la garanzia del loro contenuto, ma si può anche riscontrare nella determinazione di alcuni principi giuridici volti ad assicurare che – almeno – il procedimento che conduce alla fruizione di quelle prestazioni che costituiscono il contenuto dei diritti sia oggetto di attenzione. In altre parole, il contenuto del diritto alla salute è rappresentato dai trattamenti medici che ne assicurano la realizzazione; l’influenza delle istituzioni europee in tale ambito non può che essere indiretta, dal momento che la competenza sull’organizzazione dei sistemi sanitari e le scelte politiche e tecniche sulle prestazioni da garantire rimangono in capo agli Stati membri. Così, il modo più efficace per intervenire sul diritto alla salute dei cittadini europei è costituito da diritti procedurali, che finiscono per impattare in modo non trascurabile anche sulle decisioni interne e, di conseguenza, sull’oggetto della tutela⁷⁰.

4. – Il paziente difficile: trattamenti particolarmente avanzati e malattie rare

Oltre al fattore temporale, fra i motivi che spingono i pazienti a spostarsi oltre confine per accedere alle cure mediche va annoverata la ricerca di trattamenti tecnologicamente più avanzati, di *expertise* mediche particolari, spesso in connessione alla necessità di curare patologie croniche o rare. In questi particolari casi, adottare la prospettiva del paziente aiuta a mettere in luce, accanto ad alcune criticità, anche le potenzialità che l’apertura delle frontiere nel campo della salute può offrire ai cittadini europei.

⁶⁸ C-268/13, Petru, su cui M. Cappelletti, *La mobilità sanitaria in Europa: tra casi giurisprudenziali e previsioni normative. Il recente caso Petru della Corte di Giustizia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 175 ss.; M. Frishhut, R. Levaggi, *Patient mobility in the context of austerity and an enlarged EU: the European Court of Justice’s ruling in the Petru case*, in *Health Policy*, 2015.

⁶⁹ M. Peeters, *Free movement of patients: Directive 2011/24 on the application of patients’ rights in cross-border healthcare*, in *European Journal of Health Law*, 19, 2012, 39.

⁷⁰ G. Di Federico, *L’accesso alle cure mediche nell’Unione europea tra diritti fondamentali e sovranità nazionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2013, 684.

Gli aspetti problematici sono principalmente legati al profilo relativo all'informazione e alla valutazione del rapporto esistente tra situazione clinica, bisogni del singolo e disponibilità di risorse. Come si è visto, il paziente è spinto a informarsi sui migliori ritrovati per la cura della sua patologia. L'accesso a dati e nozioni cliniche non è difficile; complesse sono, invece, l'elaborazione delle informazioni che un paziente riesce ad ottenere, la loro interpretazione e l'applicazione al caso concreto. È possibile accogliere pienamente la richiesta di un paziente di sottoporsi a un trattamento medico tanto avanzato da essere ritenuto ancora sperimentale nel Paese di residenza?⁷¹ Sarà legittimo motivare il diniego di autorizzazione sostenendo che un trattamento equivalente, con lo stesso grado di efficacia è già disponibile nello Stato membro di affiliazione?

Vi può, inoltre, essere il caso in cui un sistema sanitario, per ragioni politiche, amministrative o economiche, non abbia provveduto ad aggiornare la lista delle prestazioni garantite. Esiste un diritto, in capo al singolo, a fruire comunque della prestazione, anche se non inclusa nel catalogo di quelle garantite, a causa di un ritardo nell'aggiornamento della lista? Può essere configurato un diritto a ricevere le cure scientificamente più avanzate?

La Corte di Giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi proprio sulla questione della mancata inclusione di una terapia avanzata fra le prestazioni garantite dal sistema sanitario di iscrizione del paziente e sul problema della mancanza di cure adeguate alla patologia del malato, che possano essere prestate tempestivamente nello Stato di residenza⁷². Più recentemente, la Corte è intervenuta anche sul problema del mancato aggiornamento della lista di prestazioni da parte di un sistema

⁷¹ Il problema si è posto nel caso C-157/99, *Smits e Peerbooms*, con riferimento alla situazione del sig. Peerbooms, cittadino dei Paesi Bassi, sottoposto ad una speciale terapia intensiva di neurostimolazione in Austria. Nei Paesi Bassi la terapia era disponibile solo a titolo sperimentale, per i pazienti fino a 25 anni, condizione che escludeva il ricorrente dall'accesso alla terapia.

⁷² C-157/99, *Smits e Peerbooms*. Il caso era relativo al rimborso delle spese di ospedalizzazione sostenute rispettivamente in Germania ed in Austria dai ricorrenti, iscritti al regime nederlandese dell'assicurazione malattia. In particolare, la prima ricorrente (signora Smits), affetta da morbo di Parkinson, aveva ricevuto cure specialistiche in Germania. La cassa malattia cui era iscritta opponeva un diniego, motivato dal fatto che un trattamento adeguato e soddisfacente del morbo di Parkinson era disponibile nei Paesi Bassi e che non vi era alcuna necessità medica che giustificasse il trattamento ricevuto all'estero. Il secondo ricorrente (signor Peerbooms), invece, si trovava in stato vegetativo a seguito di un incidente stradale e fu trasferito in una clinica universitaria in Austria per ricevere un particolare tipo di terapia intensiva, ancora in via di sperimentazione nei Paesi Bassi e alla quale per motivi di età non avrebbe avuto accesso. Anche in questo caso la sua assicurazione sanitaria respinge l'istanza di rimborso delle spese sostenute, poiché il trattamento non poteva essere considerato usuale e poiché era disponibile nei Paesi Bassi una cura soddisfacente ed adeguata.

sanitario e della conseguente discussa possibilità, per il paziente, di ottenere il rimborso delle cure mediche ricevuto all'estero⁷³.

Tali questioni pongono in luce un profilo ulteriore rispetto a quelli sinora analizzati e relativi alla sostenibilità dei sistemi sanitari, alla complessa gestione delle priorità tra i pazienti e alle esigenze di bilanciamento tra la tutela del diritto fondamentale alla salute e le difficoltà imposte dalla scarsità delle risorse: si tratta, in questo caso, di valutare il ruolo giocato dallo sviluppo scientifico e tecnologico nella definizione dei diritti dei pazienti a spostarsi per motivi di salute. Dal punto di vista individuale, infatti, l'interesse primario del paziente è quello di ottenere una piena garanzia per la propria salute, possibilmente per mezzo del trattamento medico più avanzato o dell'ultimo ritrovato in campo diagnostico. Dal punto di vista giuridico, le scelte sulle prestazioni sanitarie hanno una natura che trascende, in parte, la dimensione puramente scientifica: le decisioni su quali trattamenti medici garantire all'interno di un sistema sanitario sono fondate non soltanto su parametri medici, altrimenti non avrebbe senso farle rientrare nel circuito politico o in quello amministrativo e sarebbero lasciate interamente nel dominio della scienza medica. In termini generali, tali decisioni costituiscono la risultante di complesse valutazioni che, oltre al profilo medico-scientifico, prendono in considerazione anche fattori economici, etici e giuridici⁷⁴. Le pronunce giurisdizionali sulle prestazioni garantite dovrebbero, dunque, limitarsi ad un sindacato di ragionevolezza e proporzionalità, cercando di non entrare nel merito di valutazioni frutto dell'impiego di nozioni che vanno ben oltre l'ambito strettamente giuridico. Vi è chi ha sostenuto la necessità di imporre, anche attraverso il ruolo dei giudici, un particolare standard di trasparenza nel giustificare le scelte allocative in sanità, in modo da rendere i pazienti pienamente consapevoli e da favorire una maggior condivisione e comprensione delle scelte allocative in campo sanitario⁷⁵.

Se nel primo dei due casi menzionati, *Smits e Peerbooms*, la questione giuridica verteva intorno all'interpretazione della nozione di “cura usuale”, criterio elastico utilizzato dalla legislazione nazionale per valutare le richieste di autorizzazione, nel

⁷³ C-173/09, *Elchinov*.

⁷⁴ Sul complesso intreccio tra saperi che le scelte in campo sanitario implicano, cfr. nel nostro ordinamento, C. cost., sent. n. 282/2002.

⁷⁵ K. Syrett, *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care*, Cambridge, 2007, in particolare cap. 3.

caso più recente, *Elchinor*, il problema concerneva la desuetudine della lista delle prestazioni fruibili dagli assistiti.

Nell'indicare ai giudici del rinvio la strada per interpretare in modo conforme al diritto europeo i criteri in base ai quali effettuare le valutazioni circa usualità, adeguatezza ed equivalenza dei trattamenti medici, al fine di verificare la legittimità di un diniego autorizzatorio, la Corte di Lussemburgo evidenzia la matrice extra-giuridica delle considerazioni sulle prestazioni sanitarie da garantire. Così, un trattamento dovrà essere considerato “usuale” se sarà dimostrato che esso è «sufficientemente comprovato e convalidato dalla scienza medica internazionale»⁷⁶: in questo modo, i giudici attraggono in una dimensione ultra-statale le decisioni sulle prestazioni sanitarie, ponendo l'accento sulla ormai ineludibile necessità che gli Stati operino le decisioni allocative in campo sanitario prescindendo da una prospettiva meramente interna.

Similmente, anche con riguardo al problema del mancato aggiornamento della lista delle prestazioni garantite, la Corte di Giustizia ha stabilito che la previa autorizzazione non può essere negata quando, pur in mancanza di un'espressa indicazione della cura specifica richiesta dal paziente all'interno dell'elenco delle prestazioni garantite, sia possibile accertare «in applicazione dei consueti principi ermeneutici e in seguito a un esame basato su criteri oggettivi e non discriminatori, prendendo in considerazione tutti gli elementi medici pertinenti e i dati scientifici disponibili, che tale metodo di trattamento corrisponde a tipologie di prestazioni menzionate in detto elenco»⁷⁷.

Ciò che ne risulta è la statuizione di un'obbligazione statale a garantire cure adeguate e conformi all'avanzamento tecnologico della scienza medica. In termini critici, parte della dottrina ha evidenziato come, già a partire dal caso *Watts*, la Corte di Giustizia abbia fondato tale obbligo in capo agli Stati membri, stabilendo che in caso di mancato adeguamento interno ai più elevati standard scientifici, il paziente ha diritto ad ottenere il rimborso delle cure fruite all'estero. L'orientamento dei giudici di Lussemburgo può essere letto come problematico e difficilmente

⁷⁶ C-157/99, *Smits e Peerbooms*, par. 97.

⁷⁷ C-173/09, *Elchinor*, par. 73.

sostenibile, in quanto indirettamente creativo di diritti sociali della cui garanzia sono responsabili in prima linea gli Stati membri⁷⁸.

Per ovviare, almeno parzialmente, alle contraddizioni insite nella difficoltà di bilanciare la libera circolazione dei pazienti, la garanzia del loro diritto alla salute e le scelte sanitare statali, la direttiva mira a incentivare la cooperazione interstatale per il miglioramento e l'innalzamento degli standard delle prestazioni. In questa prospettiva, per esempio, si colloca il sostegno allo sviluppo di reti di riferimento europee, che coinvolgano anche centri di eccellenza per la cura di determinate patologie, soprattutto le malattie rare⁷⁹.

Quest'ultimo aspetto si rivela di particolare interesse, tenendo in considerazione le nuove “sfide” a livello di impiego e allocazione di risorse (economiche ma non solo) che oggigiorno vengono sollevate dall'utilizzo delle nuove tecnologie mediche. Gli obiettivi dell'istituzione delle reti di riferimento sono mirati al beneficio dei pazienti e al più ampio miglioramento di quanto attualmente disponibile. Le strade per raggiungere un risultato tanto nobile quanto ambito passano attraverso il rafforzamento della cooperazione fra Stati membri, il coordinamento delle politiche e delle azioni, la condivisione di conoscenze, buone pratiche, tecnologie per la cura, al fine anche di massimizzare l'efficienza nell'allocazione e nell'utilizzo delle risorse disponibili (art. 12, co. 2). L'Unione mira anche a rafforzare, attraverso le modalità di collaborazione elencate, la solidarietà transfrontaliera, incentivando il sostegno da parte di quelli Stati in cui si sia raggiunto un livello qualitativamente e quantitativamente più elevato di prestazioni nei confronti di quelli che non dispongono ancora delle sufficienti competenze o risorse. La finalità perseguita nell'atto normativo, però, non è quella di incentivare ulteriormente la circolazione dei pazienti, quanto piuttosto quella di rafforzare, nell'ottica del raggiungimento di obiettivi comuni, i sistemi sanitari nazionali.

5. – Il paziente e la fuga dalla legge: i trattamenti eticamente sensibili

⁷⁸ Per una lettura molto critica della sentenza *Watts*, si veda G. Davies, *The effect of Mrs. Watts' Trip to France on the National Health Service*, in *King's Law Journal*, 18(1), 2007, 158 ss.

⁷⁹ Direttiva 2011/24/UE, art. 12: Reti di riferimento europee.

Un ultimo profilo che merita di essere – seppur brevemente – preso in considerazione concerne il diritto dei pazienti a muoversi nello spazio europeo per accedere a prestazioni sanitarie che sono vietate o limitate per ragioni etiche nel proprio Stato. La fuga dalla legge, ovvero la ricerca all'estero di prestazioni vietate nello Stato di dimora rappresenta un fattore significativo della mobilità transfrontaliera: si pensi, solo per fare alcuni esempi, alla procreazione medicalmente assistita o all'interruzione volontaria di gravidanza⁸⁰.

È stato più volte ricordato che le scelte normative concernenti i criteri di accesso alle prestazioni sanitarie, soprattutto nei settori caratterizzati da un vasto dibattito etico e giuridico, rientrano nella competenza degli Stati membri. Questi ultimi, pur mantenendo un ampio spazio discrezionale, devono comunque garantire il rispetto delle obbligazioni derivanti dal diritto dell'Unione e di un certo grado di coerenza interna.

In quest'ambito, la Corte di Giustizia ha avuto modo di affrontare le frizioni che vengono a crearsi tra diritto interno e dimensione sovrannazionale della tutela dei diritti fondamentali nel già menzionato caso *Grogan*⁸¹, in relazione alla libertà di fornire informazioni su servizi legalmente accessibili all'estero: la sentenza, pur definendo la fattispecie concreta in modo compromissorio, ha contribuito sensibilmente a delineare uno standard minimo europeo per l'accesso alle informazioni anche su servizi e prestazioni proibiti in uno Stato membro e concessi altrove.

Il diritto alla mobilità transfrontaliera dei pazienti europei, in questa prospettiva, dimostra la propria duplice matrice: da un lato, è individuabile una dimensione di diritto di libertà, consistente nel divieto di opporre restrizioni alla possibilità di accedere a prestazioni sanitarie anche al di fuori dei confini nazionali; dall'altro lato, il sistema delle autorizzazioni preventive e il regime dei rimborsi delle spese mediche si collocano nel diverso piano della garanzia di prestazioni (anche economicamente) condizionate, alle quali può essere applicato il paradigma tradizionale dei diritti sociali.

⁸⁰ Per una più ampia disamina di tale profile cfr. G. Pennings et al., *ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care*, cit.; J. ROTHMARR HERRMANN, *Cross-border Care and the Free Movement of Morality*, in *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 3, 2010, 3, 94.

⁸¹ C-159/90, *Grogan*.

Nel corso della lunga fase di elaborazione del testo della direttiva, per alcuni Stati membri era sorto il timore che l'atto normativo avrebbe comportato anche un obbligo a garantire quei trattamenti che per ragioni di natura etica sono vietati o limitati dalle legislazioni nazionali. Al fine di fugare tali preoccupazioni, le istituzioni dell'Unione prendono atto dell'esistenza anche di questa dimensione del fenomeno della circolazione dei pazienti, ma rammentano al contempo la necessità di rispettare «le scelte etiche fondamentali degli Stati membri» (considerando 7): così, sono escluse dal rimborso quelle prestazioni che non sono previste dalla legislazione nazionale del paziente (considerando 33).

Vi sono, tuttavia, alcune previsioni di carattere generale della direttiva, poste a tutela dei diritti dei pazienti, che potrebbero trovare applicazione anche nel caso di mobilità per trattamenti vietati. Si tratta delle previsioni relative alla responsabilità dello Stato di cura (art. 4) e di affiliazione (art. 5), nonché all'istituzione dei punti di contatto nazionali, quali collettori di informazioni sui trattamenti disponibili (art. 6). In termini generali, dalla lettura combinata di tali disposizioni si evince l'obbligazione in capo ai prestatori di servizi sanitari di prendere in carico i pazienti, qualunque sia lo Stato membro di provenienza, assicurando a ciascuno l'accesso alle prestazioni alle medesime condizioni, senza discriminazioni in base alla nazionalità. Ogni paziente ha, inoltre, diritto a un adeguato *follow-up* al rientro e a ricevere copia della propria cartella clinica.

Ciò che, infine, costituisce, la vera sfida posta dalla direttiva, anche nel dibattuto territorio delle decisioni eticamente sensibili sui trattamenti sanitari, è la creazione di un circuito informativo, a presidio della libertà di scelta e di movimento dei pazienti. I punti di contatto nazionali (art. 6), istituiti in ciascuno degli Stati membri, funzionano da collettori di informazioni sulle prestazioni mediche disponibili e sulle modalità di accesso alle stesse per i pazienti. Essi devono poter fornire alle persone ogni dato relativo alle condizioni o alle restrizioni per ottenere un determinato trattamento sanitario sul territorio nazionale; devono inoltre cooperare fra loro e con la Commissione, in modo tale da creare una vera e propria rete di informazioni sull'assistenza sanitaria nel territorio dell'Unione Europea.

In questi termini, pare che – a prescindere dalle decisioni interne di ciascuno Stato membro – si stiano ponendo le basi per la creazione di un vero e proprio

diritto all'informazione nel campo sanitario: tale diritto andrebbe inteso in termini differenti dalla concezione tradizionale di *libertà di informazione*, su cui – come si è visto *supra* – ha avuto già modo di confrontarsi la Corte di Lussemburgo a partire dal caso *Grogan*. Il diritto all'informazione nella salute andrebbe inteso, in questo contesto, in termini *positivi*, avendo quale contenuto la realizzazione di un sistema, integrato nel servizio sanitario, in cui si fondano i principi di trasparenza, accessibilità e universalità, riconosciuti dalle istituzioni dell'Unione come valori comuni e fondativi dell'assistenza sanitaria nello spazio europeo⁸². Quale declinazione, quindi, di tali principi inizia a prendere forma una sorta di obbligazione, in capo alle istituzioni sanitarie, di raccogliere, fornire e distribuire tutto quel fascio di informazioni correlate alle condizioni e alle modalità di erogazione delle cure mediche, a tutela dei diritti e della sicurezza delle persone.

6. – Considerazioni conclusive: da una concezione individualistica del paziente-consumatore ad una lettura relazionale della bio-cittadinanza europea

Le diverse declinazioni della posizione giuridica del paziente rispetto al diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie transfrontaliere nell'Unione Europea consente di muovere alcune riflessioni circa il bilanciamento tra la tutela dei diritti individuali e la necessità di salvaguardare anche una dimensione relazionale e collettiva del diritto alla salute. Nel corso degli ultimi due decenni, l'Unione, attraverso un percorso non sempre lineare e talora piuttosto erto di complessità, ha cercato di individuare alcuni principi comuni e condivisi a livello europeo, funzionali al raggiungimento di un certo grado d'egualianza nelle garanzie offerte ai cittadini, anche nella dimensione sovranazionale.

Come si è visto, l'intervento della Corte di Giustizia si è sviluppato prendendo le mosse dalla garanzia delle libertà fondamentali alla base del mercato interno e, in particolar modo, dalla garanzia della libera circolazione dei servizi nell'Unione. Tale processo non è stato certamente scevro di difficoltà. Buona parte della complessità della materia, infatti, si deve anche al fatto che l'Unione non ha una diretta competenza nel campo sull'organizzazione dei servizi sanitari, che resta in capo agli

⁸² Su questo, vedasi il *considerando* n. 21 della direttiva 2011/24/UE.

Stati, esclusivi detentori del potere di scegliere e gestire i propri sistemi nazionali, in base ai principi costituzionali di ciascuno. Ciononostante, un approccio progressivamente interventista dei giudici di Lussemburgo ha consentito di delineare la complessità della figura del paziente europeo, cui spetta un'ampia gamma di diritti individuali, e una serie di obbligazioni in capo agli Stati membri, sino a condizionare, di fatto, le decisioni interne in campo sanitario.

Da questo punto di vista, è stato efficacemente osservato che tanto l'enunciazione di importanti principi in via giurisprudenziale quanto la loro fissazione e armonizzazione nella direttiva 2011/24/UE hanno comportato la (parziale) sottrazione delle scelte in materia sanitaria al circuito politico e alla discrezionalità puramente amministrativa, attraendole in un dimensione ultra-statale e tendenzialmente tecnocratica⁸³: i criteri sulla base dei quali fondare le decisioni allocative in campo sanitario divengono primariamente quelli medico-scientifici, tanto nella dimensione collettiva (le prestazioni da garantire dovranno essere quelle convalidate dalla scienza medica internazionale) quanto nella prospettiva individuale (si dovrà aver cura di compiere una valutazione medica oggettiva dei bisogni clinici dell'interessato, in relazione alla specifica patologia, al suo decorso e alla situazione del singolo paziente).

La libera circolazione, che viene intesa non più solamente nel senso di libertà di movimento, soggiorno e stabilimento nel territorio europeo, ma che ormai si declina anche in termini di garanzia di diritti fondamentali⁸⁴, è una parte integrante dei diritti relativi alla cittadinanza dell'Unione Europea. Le attribuzioni relative ai sistemi sanitari restano in capo agli Stati, ma l'esercizio di questa competenza, nel rispetto delle obbligazioni che discendono dal diritto dei Trattati, è sempre più vincolata a parametri non più dipendenti dalle sole scelte statali.

Negli anni, inoltre, si è assistito ad un vero e proprio mutamento nell'approccio delle istituzioni UE alla tutela dei diritti: se prima il *focus* era puntato sul rispetto delle libertà fondamentali e dei principi del mercato interno, ora il fulcro delle politiche

⁸³ K. Veitch, *Juridification, medicalisation, and the impact of EU Law: patient mobility and the allocation of scarce NHS resources*, in *Medical Law Review*, 20(3), 2012, 387-390.

⁸⁴ A questo proposito si veda M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale Comune europeo*, vol. I, Napoli, 2002; R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002; S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007; S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; G. Rolla (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010.

europee è divenuto la persona: il diritto del paziente a accedere alle prestazioni sanitarie transfrontaliere non è che una delle possibili declinazioni della garanzia dei diritti fondamentali in Europa⁸⁵. Un'eccessiva forzatura della dimensione individualistica della tutela dei diritti, e dunque un'assolutizzazione della concezione del paziente-consumatore, però, potrebbero a lungo termine condurre ad una corrosione della tutela della salute intesa come interesse collettivo: la mancata previsione di limiti o condizioni per ottenere il rimborso di prestazioni sanitarie fruite all'estero potrebbe danneggiare il principio di solidarietà sociale e portare ad un'esacerbazione delle diseguaglianze già esistenti fra gli Stati membri nella garanzia del diritto alla salute. Il diritto alle prestazioni sanitarie a livello europeo, inteso in termini individualistici, potrebbe essere di beneficio solamente per un ristretto gruppo di soggetti (coloro che hanno accesso alle informazioni e che hanno la possibilità di spostarsi), producendo come effetto la diminuzione di risorse a disposizione delle categorie più deboli (anziani e disabili, per esempio), per le quali la mobilità transfrontaliera può risultare più difficolta⁸⁶.

La via per il contemperamento tra le esigenze di sostenibilità interna dei servizi sanitari e la tutela delle posizioni soggettive dei pazienti può essere quindi individuata nella creazione di un articolato sistema di diritti procedurali⁸⁷: in questo modo, agli Stati membri viene riconosciuta la possibilità di giustificare eccezioni – scientificamente fondate – alla libera circolazione delle persone. In altre parole: se lo Stato di affiliazione è in grado di assicurare ai propri iscritti l'accesso ai trattamenti sanitari adeguati alla cura della patologia, entro un termine clinicamente ragionevole e conformemente agli standard medici internazionali, potrà legittimamente negare la richiesta di autorizzazione e, dunque, limitare (parzialmente e al solo profilo del rimborso) la libertà di circolazione. Diversamente, nell'impossibilità di garantire le prestazioni, allo Stato membro in questione non resterà che accordare ai propri pazienti la rifusione delle spese mediche sostenute all'estero.

La condivisione delle *best practices* in campo sanitario si pone, così, quale correttivo ai problemi strutturali di diseguaglianza tra i servizi sanitari europei:

⁸⁵ In questi termini si veda G. Urbano, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, Torino, 2009, 241.

⁸⁶ A questo proposito cfr. C. Newdick, *Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, cit., 1646 ss., nonché G. Davies, *The effect of Mrs. Watts' Trip to France on the National Health Service*, cit., 158.

⁸⁷ S. de La Rosa, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, cit., 34.

incentivando l'innalzamento degli standard interni di garanzia attraverso meccanismi di mutua assistenza e cooperazione fra Stati (come previsto dall'art. 10 della direttiva), si potrebbe creare un circolo virtuoso di condivisione di conoscenze e tecniche e di partecipazione interstatale. Grazie a questa “circolazione” continua di informazioni, metodi e approcci, infatti, Stati con maggiori difficoltà potrebbero riuscire a raggiungere risultati migliori in termini (anche soltanto) di efficienza allocativa e di impiego di risorse.

Nonostante sia (ancora) presto per un bilancio sul funzionamento della direttiva e sui suoi effetti sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti⁸⁸, l'analisi della figura del paziente nella prospettiva del diritto europeo consente di individuare una possibile strada per la sostenibilità di un diritto euro-unitario ad accedere alle prestazioni sanitarie. In questo contesto, proprio perché il *focus* è ora puntato sulla tutela dei diritti individuali, appare irrinunciabile recuperare una dimensione collettiva del diritto alla salute, che sappia conciliare le esigenze di sostenibilità dei sistemi sanitari con le nuove tendenze della bio-cittadinanza⁸⁹. Si è già evidenziato il potenziale rappresentato dai procedimenti di condivisione e cooperazione tra gli Stati membri, volti non tanto a minare l'equilibrio dei sistemi sanitari interni, quanto piuttosto a cercare insieme di raggiungere le soluzioni più sostenibili, a fronte di una crescente domanda di servizi sanitari e di un progressivo impatto economico degli stessi.

In termini generali, la garanzia di un alto livello di qualità e sicurezza delle prestazioni sanitarie non può che essere considerata, in termini generali, un punto irrinunciabile per la tutela del diritto alla salute, come previsto anche dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali, soprattutto quando venga in gioco la dimensione transfrontaliera di tale diritto. Per esempio un (almeno minimo) *gap* conoscitivo legato alla diversità di lingua, di regole d'accesso e di conoscenza del territorio potrebbe essere qualificato quale fattore di rischio per un paziente “scarsamente informato” o “informabile”. Il rispetto di norme di sicurezza e qualità da parte delle strutture sanitarie (pubbliche e private) stabilizzate negli Stati membri costituisce,

⁸⁸ In base all'art. 20 della direttiva, entro il 25 ottobre 2015 e successivamente ogni tre anni viene redatta una relazione sul funzionamento della direttiva, con i dati sui flussi dei pazienti, sulle dimensioni finanziarie del fenomeno, sul regime delle autorizzazioni e sui punti di contatto nazionali. Per alcuni primissimi dati, cfr. la *Relazione della Commissione sul funzionamento della direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, 4.09.2015, COM(2015) 421 final.

⁸⁹ Su questi spunti cfr. M.L. Flear, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, cit., 255.

indirettamente, una condizione di garanzia del diritto alla salute dei pazienti, contribuendo a porre gli stessi, in certi termini, al riparo da rischi che potrebbero andare a pregiudizio della loro stessa salute.

Si delinea quindi la fisionomia del bio-cittadino europeo: una persona che può godere pienamente delle tutele offerte dal diritto europeo, in termini di libertà di circolazione e di fruizione di servizi nel mercato interno. Le garanzie si realizzano attraverso il divieto di restrizioni ingiustificate, per mezzo della previsione di obbligazioni al rispetto di alcuni parametri (per esempio, in termini di sicurezza, trasparenza e accessibilità) e nella creazione di un “nuovo” diritto all’informazione nel campo della salute. I limiti che gli Stati membri e le Istituzioni dell’Unione possono legittimamente porre alla libertà di circolazione trovano la propria ragion d’essere nell’esigenza di mantenere l’equilibrio interno ai sistemi sanitari, in maniera tale da assicurare a tutti l’accesso equo alle prestazioni che costituiscono la realizzazione del diritto fondamentale alla salute.

Il sistema della mobilità transfrontaliera rende in tal modo evidente quale sia l’essenza delle principali sfide dell’integrazione europea: i diritti garantiti ai cittadini dell’Unione sono realmente effettivi e sostenibili soltanto se la loro garanzia transita attraverso una lettura non individualistica, ma solidaristica degli stessi, tale da essere finalizzata ad una compiuta realizzazione del principio d’egualanza a livello europeo.



ISSN 2037-6677

2015/3

Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nelle diverse forme di governo e la sua utilizzabilità quale elemento di qualificazione delle stesse

The role of the Head of state in the law-making
process in different governments and its suitability
as a distinctive feature

Mario Tobia

Abstract

The present paper purports to examine the role of the Head of State within the law-making process in states with a presidential, semi-presidential and parliamentary government. The approach will be one in which the main countries adopting such types of government will be analyzed. The final aim is that of understanding whether a major role of the Head of State within the law-making process is present only in presidential, and semi-presidential governments; and whether such a role can constitute a distinctive feature able to characterize a government.

Tag: Head of State, law-making, semi-presidential, presidential, parliamentary, government



Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nelle diverse forme di governo e la sua utilizzabilità quale elemento di qualificazione delle stesse

di Mario Tobia

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nella forma di governo presidenziale: gli Stati Uniti d’America, l’Argentina e il Brasile. 3. – Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nella forma di governo semipresidenziale: la Francia, la Polonia, la Bulgaria, la Romania, il Portogallo e la Russia. 4. – Il ruolo del Presidente della Repubblica italiana nel procedimento di formazione della legge e l’interpretazione di tale ruolo operata da Giorgio Napolitano nel corso della sua presidenza. 5. – Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nella forma di governo parlamentare: la Repubblica Ceca, la Gran Bretagna, il Canada, la Danimarca, la Spagna e la Germania. 6. – Conclusioni.

1. – Introduzione

Uno dei punti di maggiore interesse in ogni ordinamento statale è da sempre costituito dal contributo e dal ruolo attribuito a ciascun organo costituzionale nel procedimento di formazione della legge¹.

¹ Sull’argomento, anche ai fini di una ricostruzione storica e di un approfondimento delle ragioni politiche che giustificano il concorso di più organi nel procedimento legislativo, si vedano ad esempio L. Armanni, *Il potere esecutivo e la promulgazione delle leggi*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1890, pagg. 25 ss.; P. Biscaretti di Ruffia, *Sanzione, assenso e voto del Capo dello Stato nella formazione della legge negli ordinamenti costituzionali moderni*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, Tomo I, Milano, Giuffrè Editore, 1960, pagg. 163 ss.; A. Criscuoli, *La promulgazione nel diritto pubblico moderno*, Napoli, Tocco, 1910; V. Gueli, *Il procedimento legislativo*, in V. Gueli, *Scritti vari*, Tomo II, Milano,

Al riguardo, se, da un lato, un'applicazione rigorosa del principio della separazione dei poteri implicherebbe una scissione totale tra il potere legislativo e il potere esecutivo², dall'altro è pur vero che un'interpretazione del suddetto principio più conforme alle esigenze di un organico ed equilibrato ordinamento statale rende opportuna la previsione di un intervento del Capo dello Stato nel processo legislativo; ed infatti, partendo proprio da quest'ultima considerazione, i costituenti americani riconobbero al Presidente degli Stati Uniti d'America un diritto di voto ed i costituenti francesi, analogamente, attribuirono nel 1789 al Re un diritto di voto sospensivo³.

Nonostante, come detto, il principio ispiratore della previsione sia il medesimo, solitamente è diversa la modalità di intervento nel procedimento legislativo di un Sovrano e di un Capo di Stato repubblicano; mentre infatti i Sovrani sono generalmente dotati di un potere di sanzione, da considerarsi a tutti gli effetti quale un vero e proprio atto legislativo attraverso il quale un progetto di legge si trasforma definitivamente in legge, al contrario i Presidenti di Repubblica non partecipano direttamente alla formazione della legge, essendo loro attribuito il potere di intervenire successivamente all'approvazione della legge da parte delle Camere (la legge, in sostanza, esiste indipendentemente dalla volontà del Presidente), potendo differirne od impedirne l'efficacia⁴.

Trattasi, comunque, di una classificazione indicativa, cui, nel corso degli anni, sono state apportate diverse eccezioni, e fermo restando, in ogni caso, che per valutare l'effettiva posizione di un Capo di Stato in relazione al procedimento legislativo è necessario far riferimento non tanto alla qualificazione teorica dei suoi poteri quanto, piuttosto, all'efficacia pratica degli stessi.

Giuffrè Editore, 1976, pagg. 943 ss.; T. Marchi, *Sul concetto di legislazione formale: sanzione regia e rapporti tra Capo dello Stato e Camere*, Milano, Società Editrice Libraria, 1911; S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, 1, 1902, pagg. 229 ss.

² L. Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, Paris, La Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, L. Larose éditeur, 1893, che richiama il pensiero dell'abate e politico francese Emmanuel Joseph Sieyès.

³ F. Cuocolo, *Il rinvio presidenziale nella formazione delle leggi*, Milano, Giuffrè Editore, 1955.

⁴ Sulla differenza tra sanzione e voto, si veda la ricostruzione effettuata da F. Cuocolo, *Il rinvio presidenziale nella formazione delle leggi*, cit., il quale richiama, tra l'altro, le formule del Montesquieu, secondo cui la sanzione è *faculté de statuer* mentre il voto rientra nella *faculté d'empêcher*. Non mancano, comunque, posizioni critiche di tale classificazione, quale, ad esempio, quella di M. Maier, *Le veto législatif du Chef de l'État*, Genève, 1947.

Ciò premesso, il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge è stato in Italia oggetto di dibattito giuridico con riferimento alle modalità attraverso cui l'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano ha esercitato i poteri attribuitigli dalla Costituzione, modalità che sono state oggetto di critiche ad opera di diversi studiosi ed esponenti del mondo politico⁵.

Si è sottolineato, infatti, come nella Costituzione italiana non sia attribuito alcun ruolo al Presidente della Repubblica nel corso del procedimento di formazione della legge, con il Presidente, in sostanza, che dovrebbe limitarsi ad esaminare il risultato definitivo dell'attività parlamentare, senza interferire nella stessa, e senza influenzare le future decisioni parlamentari, con la conseguenza che, diversamente, il Capo dello Stato eserciterebbe una prerogativa consona ad una forma di governo presidenziale o semipresidenziale, in contrasto, pertanto, con la nostra forma di governo parlamentare⁶.

Prendendo dunque spunto dalle critiche e dalle considerazioni di cui sopra, con il presente elaborato si è cercato di analizzare il ruolo attribuito al Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge in sedici stati (di cui tre aventi una forma di governo presidenziale, sei aventi una forma di governo semipresidenziale e sette, tra cui l'Italia, aventi una forma di governo parlamentare), al fine di verificare non solo se, effettivamente, un ruolo fortemente attivo ed influente del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge sia presente solo nelle forme di governo presidenziale e semipresidenziale, ma anche se tale ruolo possa essere utilizzato o meno quale strumento di identificazione di una particolare forma di governo.

⁵ Si vedano, ad esempio: M. Bertoncini, *I rischi della compartecipazione del Presidente della Repubblica al processo di formazione della legge*, *Italia Oggi*, 10 giugno 2003, pag. 1; M. Breda, *La guerra del Quirinale. La difesa della democrazia ai tempi di Cossiga, Scalfaro, Ciampi*, Milano, Garzanti, 2006; G. Pasquino, *Il Presidente tirato per la giacchetta rischia di diventare un co-legislatore*, *Il Riformista*, 24 giugno 2003, pag. 2; M. Manetti, *I due Presidenti. Il settennato di Ciampi alla prova del bipolarismo della Repubblica*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, n. 12, pag. 192 ss.

⁶ Per avere un quadro sulle caratteristiche delle diverse forme di governo si vedano, tra i tanti: G. Amato – F. Clementi, *Forme di stato e forme di governo*, Bologna, Il Mulino, 2012; N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1976; S. Ceccanti, O. Massari, G. Pasquino, *Semipresidenzialismo*, Bologna, Il Mulino, 1996; G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2013; S. Mangiameli, *La forma di governo parlamentare*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1998; C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973; C. Pinelli, *Forme di stato e forme di governo*, Napoli, Jovene, 2007; A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997; A. Vedaschi, *Forme di governo*, in G. F. Ferrari (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, UTET, 2010, pag. 84, ss.; M. Volpi, *La classificazione delle forme di governo*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, IV ed., Torino, Giappichelli Editore, 2012.

2. – Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nella forma di governo presidenziale: gli Stati Uniti d'America, l'Argentina e il Brasile

Negli Stati Uniti, una volta che la Camera dei Rappresentanti ed il Senato abbiano approvato una legge, questa viene trasmessa al Presidente, il quale ha dieci giorni di tempo per promulgarla (art. I, sez. 7, comma 2, Cost.)⁷.

Una volta promulgata, la legge diviene efficace.

Il Presidente, tuttavia, non è obbligato a promulgarla e, ove non ne condivida il contenuto, ha a disposizione due strumenti per evitarne l'entrata in vigore: il voto con rinvio (*regular veto*) ed il c.d. *pocket veto*.

Nel caso di voto con rinvio, il Presidente rinvia il progetto di legge alla Camera dalla quale lo stesso ha avuto origine, unitamente ad un messaggio nel quale motiva le ragioni del proprio comportamento (art. I, sez. 7, comma 2, Cost.).

Le Camere possono però superare il voto presidenziale, approvando nuovamente la legge, che il Presidente, a questo punto, è obbligato a promulgare.

Tuttavia, mentre per la prima approvazione di una legge è sufficiente la maggioranza dei votanti, nel caso di approvazione di una legge rinviata è necessario ottenere in entrambe le Camere il voto favorevole dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera; non solo, ma il voto è altresì espresso a scrutinio palese, ed i nomi delle persone che votano a favore e contro il progetto sono trascritti nei verbali della Camera di appartenenza (art. I, sez. 7, comma 2, Cost.).

⁷ Nel conteggio dei dieci giorni non vengono però contate le domeniche, con la conseguenze che il termine reale è quantomeno di undici giorni. Per un quadro generale sull'ordinamento statunitense si vedano: A. Buratti, *Veti presidenziali: presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, Carocci, 2012; E. Campbell Mason, *The Veto Power - Its Origin, Development, and Function in the Government of the United States, 1789 – 1889*, Boston, Ginn & Company, 1890; M. E. De Franciscis, *Stati Uniti d'America*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 455 ss.; L. Fisher, *Constitutional Conflicts between Congress and the President*, Lawrence, University Press of Kansas, 2007 (5th ed.); K. R. Kosar, *Regular Vetoes and Pocket Vetoes: An Overview*, <http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/RS22188.pdf>; G. P. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, Milano, Giuffrè editore, 1997; L. STROPIANA, *Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 2006.

Tale previsione rende particolarmente arduo il superamento di questo tipo di voto presidenziale, tant'è vero che spesso le Camere non tentano neppure di superarlo⁸.

Accanto al voto con rinvio esiste, come detto, anche un'ulteriore tipologia di voto, il c.d. *pocket veto*.

Il Presidente, infatti, può anche decidere di lasciar trascorrere i dieci giorni attribuitigli dalla Costituzione senza fare alcunché, dunque senza promulgare la legge ma senza neanche rinviarla alle Camere⁹.

Ebbene, mentre di norma il silenzio presidenziale ha come effetto l'entrata in vigore della legge, nel caso in cui, nel corso dei suddetti dieci giorni, il Congresso abbia sospeso i propri lavori, aggiornandosi a nuova data, ed impedendo dunque formalmente che la legge gli venga rinviata, il progetto di legge decadrà in modo irreversibile, non essendo possibile, per le Camere, neppure cercare di riapprovarlo a maggioranza dei due terzi dei componenti (art. I, sez. 7, comma 2, Cost.)¹⁰.

Deve essere segnalato, inoltre, che il voto presidenziale può essere esercitato solo sull'intera legge, e non su una sua singola parte¹¹.

Da quanto finora esposto, risulta dunque che il Presidente degli Stati Uniti è in grado di impedire in maniera decisamente efficace l'entrata in vigore di una legge.

Ed infatti, nel complesso, su 2565 occasioni in cui i Presidenti degli Stati Uniti hanno utilizzato il potere di voto (1498 veti con rinvio e 1067 *pocket vetoes*) solo in 110 casi le Camere sono riuscite a superarlo, con una percentuale di superamento, dunque, pari al 4,29%¹².

⁸ Ad esempio, nel corso del proprio mandato presidenziale, Bill Clinton utilizzò per trentasei volte lo strumento del voto con rinvio. Ebbene, su trentasei rinvii, in ventitré casi le Camere neanche tentarono di superarlo. Nei tredici caso in cui invece questo tentativo fu effettuato, solo due volte la legge fu nuovamente approvata. (L. Stroppiana, *Stati Uniti*, cit., pag. 89).

⁹ Si parla di *pocket veto* perché, figurativamente, il Presidente tiene in tasca (in inglese *pocket*) il progetto di legge trasmessogli.

¹⁰ Proprio per contrastare il *pocket veto*, recentemente, sia alla Camera dei Rappresentanti che al Senato, è stata istituita una costante presenza degli eletti al fine di avere sempre la possibilità di ricevere i messaggi di rinvio presidenziali.

¹¹ Nel 1996 era stato però approvato il *Line Item Veto Act*, che aveva attribuito al Presidente il potere di esercitare un voto parziale, impedendo, in sostanza, l'entrata in vigore solo di una parte della legge trasmessagli. Tale disposizione, tuttavia, è stata successivamente dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema (*Clinton vs. City of New York*, 1998, 524 U.S. 417)..

¹² Le statistiche sono aggiornate al 31 luglio 2015.

I Presidenti che più hanno fatto ricorso al potere di voto sono stati Franklin Roosevelt (372 veti con rinvio e 263 *pocket vetoes*, per un totale di 635 veti, superati in soli 9 casi) e Grover Cleveland (304 veti con rinvio e 110 *pocket vetoes*, per un totale di 414 veti, superati in soli 2 casi); ben sette Presidenti, invece, non ne hanno mai fatto uso¹³.

Volendo a questo punto esaminare in maniera più approfondita le presidenze più recenti, la presidenza di Bill Clinton (1993 – 2001) può essere suddivisa in due periodi.

Nel primo (1993 – 1995), il presidente Clinton, appartenente al partito democratico, potendo contare su una Camera dei Rappresentanti e su un Senato a maggioranza democratica, non fece mai ricorso al potere di voto.

Nel secondo periodo (1995 – 2001), invece, Clinton dovette relazionarsi con un Congresso ostile, in quanto interamente controllato dal partito repubblicano, che cercò di portare avanti un programma di riforme legislative cui il Presidente cercò di opporsi con forza.

Da un lato, infatti, il partito repubblicano era desideroso di effettuare importanti tagli al bilancio federale, dall'altro, invece, il Presidente Clinton era intenzionato a salvaguardare gli stanziamenti relativi alle politiche sociali e federali¹⁴.

Ebbene, in questi sei anni Clinton fece ricorso al voto presidenziale per ben 37 volte (36 veti con rinvio ed un *pocket veto*), voto superato dal Congresso in sole due occasioni.

Il primo mandato del suo successore, il repubblicano George W. Bush (2001 – 2005), si concluse invece senza alcun voto, circostanza che non si verificava negli Stati Uniti da più di un secolo¹⁵; in questo periodo Bush dovette relazionarsi nel primo biennio con una Camera dei rappresentanti a maggioranza repubblicana e con

¹³ Si tratta di John Adams, Thomas Jefferson, John Q. Adams, William Harrison, Zachary Taylor, Millard Fillmore e James Garfield.

¹⁴ A. Buratti, *Veti presidenziali: presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, cit., pag. 151.

¹⁵ A. Buratti, *Veti presidenziali: presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, cit., pag. 157.

un Senato a maggioranza democratica, e, nel secondo biennio, con un Congresso totalmente a maggioranza repubblicana.

Anche il primo biennio del secondo mandato di Bush, con il Congresso totalmente a maggioranza repubblicana, si caratterizzò per un uso assai limitato del potere di voto, cui Bush fece ricorso in una sola occasione.

Nel secondo biennio del secondo mandato, invece, le cose cambiarono radicalmente: il partito democratico conquistò la maggioranza sia della Camera dei Rappresentanti che del Senato, e Bush fu costretto a ricorrere al potere di voto in ben 11 occasioni (10 veti con rinvio ed un *pocket veto*), con il Congresso che riuscì a superarlo per 4 volte.

Da sottolineare che questi veti riguardarono temi di grande rilevanza, quali, ad esempio, la ricerca sulle cellule staminali, l'assicurazione sanitaria per i bambini ed il ritiro dell'esercito americano dall'Iraq.

Anche i primi sei anni della Presidenza del democratico Barack Obama (2009-2015) si sono caratterizzati per un uso moderato del potere di voto, cui Obama ha fatto ricorso, con successo, in sole due occasioni (in entrambi i casi si è trattato di un voto con rinvio).

Deve essere segnalato che nel primo biennio Obama ha potuto contare su di un Congresso totalmente a maggioranza democratica, mentre a partire dal secondo biennio i repubblicani hanno conquistato la Camera dei Rappresentanti.

L'ultimo biennio della presidenza Obama (2015 – 2017), invece, vede il partito repubblicano controllare sia la Camera dei Rappresentanti che il Senato, il che ha comportato un maggior utilizzo del potere di voto, cui Obama, in circa sei mesi, ha già fatto ricorso, sempre con successo, per due volte¹⁶.

Da quanto sinora esposto, emerge dunque che, quantomeno con riferimento alle ultime tre presidenze, e dunque nel periodo ricompreso dal 1993 ad oggi, l'utilizzo del potere di voto è stato notevolmente influenzato dalla composizione del Congresso; i Presidenti americani, infatti, ne hanno fatto un uso moderato quando il proprio partito controllava una o entrambe le Camere (il che rendeva più difficile

¹⁶ Le statistiche, lo si ripete, sono aggiornate al 31 luglio 2015.

l'approvazione di provvedimenti ostili) ed un uso massiccio quando, invece, si sono trovati a dover fronteggiare un Congresso totalmente nelle mani del partito avversario.

Infine, deve essere evidenziato che il Presidente americano non può presentare propri disegni di legge, appartenendo l'iniziativa legislativa esclusivamente ai membri del Congresso; pertanto, nel caso di proposte che ritenga particolarmente importanti, il Presidente non potrà far altro che farle presentare a parlamentari del proprio partito, dichiarando poi il proprio esplicito appoggio al progetto depositato.

Anche in Argentina il Presidente della Repubblica gode di un efficace potere in merito alla promulgazione di una legge¹⁷.

Prevede la Costituzione, infatti, che, una volta approvato un progetto di legge dalla Camera dei Deputati e dal Senato, esso passi all'esame presidenziale (art. 78, Cost.).

Ebbene, nei dieci giorni successivi alla trasmissione¹⁸, il Presidente, ove non ne condivida il contenuto, può rigettare il progetto di legge, e rinviarlo alla Camera di origine con le relative osservazioni (art. 83, Cost.).

Le Camere possono però superare il voto presidenziale approvando nuovamente la legge, che il Presidente, a questo punto, è obbligato a promulgare.

Tuttavia, così come negli Stati Uniti, mentre per la prima approvazione di una legge è sufficiente la maggioranza dei votanti, nel caso di approvazione di una legge rinviata è necessario ottenere in entrambe le Camere una maggioranza qualificata pari ai due terzi dei presenti¹⁹; non solo, ma, anche in questo caso come negli Stati Uniti, le votazioni in entrambe le Camere sono nominali e palesi, con i nomi e le ragioni dei votanti che, unitamente alle obiezioni presidenziali, sono pubblicate immediatamente sugli organi di stampa (art. 83, Cost.).

¹⁷ Per un quadro generale sull'ordinamento argentino si vedano: N.G. Molinelli, *La reforma constitucional, el voto presidencial y la insistencia congresional*, in *La Ley*, t. 127, pag. 765 ss.; M. ROSTI, *Argentina*, Bologna, Il Mulino, 2011.

¹⁸ Anche in questo caso, come per gli Stati Uniti, si fa riferimento a dieci giorni lavorativi.

¹⁹ In realtà l'art. 83 della Costituzione argentina non chiarisce esplicitamente se i due terzi necessari per superare il voto presidenziale si riferiscono ai votanti o ai componenti delle due Camere. Nonostante ciò la dottrina predominante interpreta la disposizione nel primo senso, per evitare un eccessivo indebolimento dei poteri delle Camere. Sul punto si veda N. G. Molinelli, *La reforma constitucional, el voto presidencial y la insistencia congresional*, cit.

Nel caso invece in cui le Camere esprimano posizioni differenti in merito alle obiezioni presidenziali, il progetto di legge non potrà essere ripresentato durante le sedute di quello stesso anno (art. 83, Cost.).

A differenza degli Stati Uniti, in Argentina i progetti di legge possono essere rigettati dal Presidente sia totalmente che parzialmente; in quest'ultimo caso, però, le parti del progetto non sottoposte ad obiezione possono essere promulgate soltanto ove siano dotate di autonomia normativa ed a condizione che l'approvazione parziale non alteri lo spirito e l'unità del progetto approvato dalle Camere (art. 81, Cost.).

L'esercizio del voto, utilizzato in Argentina molto frequentemente, risulta particolarmente efficace anche in considerazione della notevole influenza che il Presidente della Repubblica esercita nei confronti dei membri delle Camere appartenenti al suo stesso partito, con la conseguenza che, nella pratica, sono state ben poche le leggi rinviate su cui le Camere abbiano deciso di insistere.

Nel caso, invece, in cui nei dieci giorni successivi alla trasmissione il progetto di legge non sia rinviato, si riterrà tacitamente approvato dal Presidente (art. 80, Cost.).

C'è da segnalare, infine, che il Presidente argentino, a differenza di quello americano, è titolare del potere di presentare propri disegni di legge (art. 77, Cost.).

Anche il Presidente del Brasile è dotato di un potere di voto, potere – tuttavia – meno efficace di quello dei suoi omologhi statunitense e argentino.

Stabilisce la Costituzione brasiliana, infatti, che, una volta che la Camera dei Deputati ed il Senato federale abbiano approvato un progetto di legge, esso debba essere trasmesso al Presidente della Repubblica (art. 66, Cost.).

Nei quindici giorni successivi alla trasmissione²⁰, il Presidente, ove ritenga il progetto, in tutto o in parte, incostituzionale o contrario all'interesse pubblico, può respingerlo, totalmente o parzialmente, comunicando entro quarantotto ore al Presidente del Senato federale le ragioni del proprio dissenso (art. 66, § 1, Cost.).

²⁰ Anche in questo caso, come per gli Stati Uniti e l'Argentina, i giorni cui si fa riferimento sono giorni lavorativi.

Il voto presidenziale sarà quindi esaminato dalla Camera dei Deputati e dal Senato federale in seduta congiunta entro trenta giorni dalla sua ricezione, e potrà essere rigettato solo con il voto della maggioranza assoluta dei deputati e dei senatori, i quali, in questa occasione, voteranno a scrutinio segreto (art. 66, § 4, Cost.).

Ove il voto sia rigettato, il progetto di legge sarà trasmesso nuovamente al Presidente, che, questa volta, sarà obbligato a promulgarlo (art. 66, § 5, Cost.).

A differenza di quanto visto negli Stati Uniti e in Argentina, le Camere sono obbligate a pronunciarsi sul voto presidenziale: ove infatti i trenta giorni successivi alla comunicazione del Presidente decorrono senza che le Camere abbiano deliberato al riguardo, il voto sarà collocato all'ordine del giorno della sessione immediata, con contestuale sospensione di tutte le altre proposte sino al voto finale (art. 66, § 6, Cost.).

Infine, deve essere evidenziato che il Presidente brasiliano, così come quello argentino ed a differenza di quello americano, è tra gli organi titolari del potere di iniziativa legislativa (art. 61, Cost.); non solo, ma, in alcune materie esplicitamente elencate dalla Costituzione, tra cui quelle tributaria e di bilancio, tale potere è a lui attribuito in modo esclusivo (art. 61, § 1, Cost.)²¹, il che gli attribuisce un notevole potere di influenza nel corso dell'iter legislativo.

3. – Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nella forma di governo semipresidenziale: la Francia, la Polonia, la Bulgaria, la Romania, il Portogallo e la Russia

²¹ Sono di iniziativa esclusiva del Presidente della Repubblica del Brasile: le leggi che stabiliscono o modificano gli effettivi delle forze armate; le leggi che dispongono in merito alla creazione di incarichi, funzioni, o impieghi pubblici nell'amministrazione diretta e autarchica, o determinano l'aumento della loro retribuzione; le leggi che dispongono in merito all'organizzazione amministrativa e giudiziaria; le leggi in materia tributaria e di bilancio, nonché in materia di servizi pubblici e del personale dell'amministrazione dei Territori; le leggi che riguardano i dipendenti pubblici dell'Unione e dei Territori, con riferimento al loro regime giuridico, all'attribuzione degli incarichi, alla loro stabilità ed al loro pensionamento; le leggi relative all'organizzazione del Pubblico ministero e del Collegio di Pubblici difensori dell'Unione; le leggi che regolamentano l'organizzazione generale del Pubblico ministero e del Collegio dei Pubblici difensori degli Stati, del Distretto federale e dei Territori; le leggi relative alla creazione e alla soppressione di Ministeri e di organismi dell'amministrazione pubblica; le leggi riguardanti i militari delle forze armate, con riferimento al loro regime giuridico, alla nomina di cariche, alle promozioni, alla sicurezza, alle retribuzioni, alla riforma ed al trasferimento alla riserva (art. 61, § 1, Cost.).

In Francia una volta che l'Assemblea nazionale ed il Senato abbiano approvato una legge, questa viene trasmessa al Segretario generale del Governo²².

Il Segretario generale del Governo la sottopone quindi all'attenzione del Presidente della Repubblica, che ha quindici giorni di tempo per promulgarla (art. 10, comma 1, Cost.)

Ove tuttavia non ne condivide il contenuto, il Presidente ha a disposizione due strumenti per evitarne l'entrata in vigore.

In primo luogo il Presidente, nei quindici giorni di cui sopra, può, sulla base di qualsivoglia ragione, anche di carattere meramente politico, chiedere al Parlamento una nuova deliberazione dell'intera legge o di alcuni suoi articoli (art. 10, comma 2, Cost.).

Le Camere possono superare il rinvio presidenziale approvando nuovamente, sempre a maggioranza semplice, la legge (o la parte di legge) rinviata, che il Presidente, a questo punto, è obbligato a promulgare (art. 10, comma 2, Cost.).

In secondo luogo il Presidente francese, ove ritenga la legge contraria alla Costituzione, può ricorrere direttamente al *Conseil Constitutionnel* per un controllo preventivo di costituzionalità (art. 61, comma 2, Cost.)²³, il che porta a tre possibili scenari.

Ove il *Conseil Constitutionnel* si pronunci negativamente su tutta la legge, il Presidente non può più promulgarla, ed il relativo procedimento legislativo deve considerarsi definitivamente concluso.

Ove, invece, il *Conseil Constitutionnel* ravvisi un'illegittimità parziale, il Presidente, nel caso in cui le parti censurate siano autonome rispetto a quelle censurate, può sia

²² Per un quadro generale sull'ordinamento francese, si vedano: AA. VV., *Droit constitutionnel*, Paris, Éditions Dalloz, 2012; P. Avril – J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 2010; S. Bolle, *Il Presidente della Repubblica*, in D. Rousseau (a cura di), *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica francese*, Torino, Giappichelli Editore, 2000, pagg. 121, ss.; R. Dickmann, *Francia*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 68 ss.; L. Favoreu, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2010; E. GROSSO, *Francia*, Bologna, Il Mulino, 2006; Y. Guchet, *Droit parlementaire*, Paris, Economica, 1996; F. Hamon – M. Tropez, *Droit constitutionnel*, Paris, Lextenso Éditions, 2012.

²³ Il *Conseil Constitutionnel* ha trenta giorni di tempo per pronunciarsi sul ricorso, riducibili a otto in caso di urgenza, a richiesta del Governo (art. 61, comma 3, Cost.).

promulgare la parte legittima della legge, sia chiederne comunque *ex art.* 10, comma 2, Cost. un nuovo esame alle Camere.

Nel caso, infine, in cui il *Conseil Constitutionnel* si pronunci positivamente sull'intero testo sottoposto alla sua attenzione, il Presidente è obbligato a promulgare la legge.

Va infine evidenziato che il Presidente francese non è tra gli organi titolari del potere di iniziativa legislativa (art. 39, Cost.).

Può essere a questo punto interessante verificare se, come negli Stati Uniti, anche in Francia l'utilizzo del potere di rinvio sia stato influenzato dalla eventuale presenza di un'Assemblea nazionale ostile al Presidente della Repubblica (c.d. *coabitazione*²⁴).

La prima *coabitazione* si verificò tra il 1986 ed il 1988, con l'allora Presidente socialista François Mitterrand costretto a relazionarsi con un'Assemblea nazionale a maggioranza di destra ed un Governo presieduto dal neogollista Jacques Chirac.

L'atteggiamento di Mitterrand in questo periodo fu decisamente combattivo, con il Presidente che, utilizzando le prerogative a lui attribuite dalla Costituzione, riuscì più di una volta a ritardare la realizzazione del programma governativo, procurandosi le inevitabili critiche della maggioranza parlamentare, che lo accusò ripetutamente di comportarsi da capo dell'opposizione e non da capo di Stato.

²⁴ Il fenomeno della c.d. *coabitazione* era solito verificarsi in Francia a causa della differente durata del mandato del Presidente della Repubblica (7 anni) e dell'Assemblea nazionale (5 anni). Una volta eletto, il Presidente era praticamente certo di poter contare su un'Assemblea nazionale favorevole; in caso contrario, infatti, il Presidente poteva scioglierla ed indire nuove elezioni, che, svolgendosi quasi in contemporanea con quelle presidenziali, difficilmente avrebbero avuto un esito diverso. Tuttavia, il fatto che il mandato Presidenziale fosse, come visto, più lungo rispetto a quello dell'Assemblea nazionale comportava che, nel corso del proprio mandato, il Presidente dovesse inevitabilmente assistere ad una nuova tornata elettorale, in grado potenzialmente di modificare i rapporti di forza in Assemblea e di obbligarlo a doversi relazionare con un'Assemblea nazionale ostile (il che significava dover nominare un Primo Ministro appartenente allo schieramento avverso, dovendo in Francia il Governo contare sulla fiducia dell'Assemblea nazionale, da qui il termine *coabitazione*). Tale eventualità, tuttavia, verificatasi in tre occasioni, creò perplessità e problemi, in considerazione del fatto che la Costituzione non ripartiva con chiarezza i poteri del Presidente e del Primo Ministro, con la conseguenza di generare inevitabili contrasti. Con la riforma costituzionale del 2000, pertanto, la durata del mandato Presidenziale è stata adeguata a quella del mandato dell'Assemblea nazionale (ora, dunque, entrambi i mandati durano cinque anni), prevedendo altresì che le elezioni politiche si svolgano a pochi giorni di distanza da quelle Presidenziali, il che, di fatto, ha reso improbabile il riproporsi, in futuro, di una *coabitazione*, risultando praticamente impossibile che gli elettori che hanno appena votato per un Presidente, nel giro di qualche giorno gli voltino le spalle eleggendo un'Assemblea nazionale a maggioranza a lui ostile.

Diverso, invece, fu l'atteggiamento presidenziale tenuto nelle due successive coabitazioni.

Nel periodo tra il 1993 e il 1995 François Mitterrand si trovò nuovamente a dover fronteggiare un'Assemblea nazionale ostile (Primo Ministro fu nominato il neogollista Édouard Balladur).

In quest'occasione, però, alla luce del clamoroso successo alle elezioni del 1993 della destra, che conquistò 472 seggi dell'Assemblea nazionale su 577, nonché della decisione di non ripresentarsi al termine del suo secondo mandato, l'allora Presidente evitò di opporsi alla politica governativa, il che ha fatto parlare di un biennio a “presidenza eclissata”²⁵.

Simile fu anche il comportamento tenuto dal Presidente Jacques Chirac nel corso della terza ed ultima *coabitazione*, verificatasi tra il 1997 ed il 2002, quando a capo del governo fu nominato il socialista Lionel Jospin, che poteva contare su una maggioranza di sinistra in Assemblea nazionale.

Chirac, infatti, si attenne alla linea di condotta tenuta da Mitterrand nel corso della seconda *coabitazione*, limitandosi a esprimere pubblicamente i propri disaccordi con la maggioranza.

Da quanto sinora esposto, emerge allora che mentre negli Stati Uniti, negli ultimi anni, l'utilizzo del potere presidenziale di voto è risultato notevolmente influenzato dalla composizione del Congresso, lo stesso non può dirsi relativamente alla Francia; una ragione di ciò va comunque probabilmente individuata nel fatto che, a differenza del voto statunitense, il potere di rinvio francese è più facilmente superabile (è sufficiente, come visto, una riapprovazione a maggioranza semplice, in luogo di una riapprovazione a maggioranza dei due terzi), il che rende possibile al Presidente francese non tanto bloccare una legge, quanto piuttosto ritardarne l'entrata in vigore.

I poteri attribuiti al Presidente della Polonia sono assai simili a quelli attribuiti al suo omologo francese²⁶.

²⁵ S. Bolle, *Il Presidente della Repubblica*, in D. ROUSSEAU (a cura di), *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica francese*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pag. 191 ss.

²⁶ Per un quadro generale sull'ordinamento polacco si vedano: C. Filippini, *Polonia*, Bologna, Il Mulino, 2010;

Una volta approvata dalla Dieta e dal Senato una legge, questa viene sottoposta all'attenzione del Presidente (art. 122, § 1, Cost.), che ha ventuno giorni di tempo per promulgarla (art. 122, § 2, Cost.).

Nel caso in cui tuttavia non ne condivide il contenuto, anche il Presidente polacco, come quello francese, ha a disposizione due strumenti per evitarne l'entrata in vigore.

In primo luogo il Presidente, nei ventuno giorni di cui sopra, può, con mozione motivata, e sulla base di qualsiasi ragione, anche di carattere meramente politico, rinviare la legge alla Dieta per un riesame (art. 122, § 5, Cost.).

Tale possibilità, tuttavia, non riguarda tutte le leggi, essendo precluso il rinvio delle leggi di bilancio (art. 224, § 1, Cost.) e delle leggi di revisione costituzionale (art. 235, § 7, Cost.).

Una volta effettuato il rinvio, alla Dieta è consentito superare il rinvio presidenziale approvando nuovamente la legge a maggioranza dei tre quinti dei voti, e con almeno la presenza della metà più uno dei propri membri (art. 122, § 5, Cost.).

Il Senato, invece, non partecipa a questa fase eventuale del procedimento legislativo (art. 122, § 5, Cost.).

Ove la Dieta superi il voto presidenziale, il Presidente è obbligato a promulgare la legge entro i successivi sette giorni (art. 122, § 5, Cost.).

In secondo luogo il Presidente polacco, ove ritenga la legge contraria alla Costituzione, può ricorrere direttamente al Tribunale costituzionale per un controllo preventivo di costituzionalità (art. 122, § 3, Cost.).

Il ricorso preventivo al Tribunale costituzionale, a differenza del rinvio, può però avere ad oggetto anche le leggi di bilancio²⁷.

L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa, 2009; J. Savicki, *Polonia*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 286 ss.

²⁷ Dubbi, invece, sussistono ancora oggi in merito alla possibilità di sottoporre al controllo del Tribunale costituzionale le leggi di revisione costituzionale. La dottrina prevalente, in ogni caso, ritiene che tali leggi siano sottponibili al controllo del Tribunale costituzionale limitatamente agli eventuali vizi procedurali (così L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, cit., p. 232).

Nel momento in cui il Tribunale costituzionale dichiari l'incostituzionalità dell'intera legge impugnata, il Presidente non può più promulgarla, ed il relativo procedimento legislativo deve considerarsi definitivamente concluso (art. 122, § 4, Cost.).

Ove, invece, il Tribunale ravvisi un'illegittimità semplicemente parziale, e non abbia altresì affermato l'esistenza di un legame indissolubile delle parti censurate con il resto della legge, il Presidente, sentito il Presidente della Dieta, può sia promulgare la parte legittima della legge, sia chiederne comunque un nuovo esame alla Dieta al fine di permettere la rimozione delle cause di illegittimità (art. 122, § 4, Cost.).

Ove, infine, il Tribunale costituzionale si pronunci positivamente sull'intero testo sottoposto alla sua attenzione, il Presidente è obbligato a promulgarlo (art. 122, § 3, Cost.).

Va infine evidenziato che il Presidente polacco, a differenza di quello francese, è tra gli organi titolari del potere di iniziativa legislativa (art. 118, § 1, Cost.).

Meno vasti, rispetto a quelli attribuiti ai suoi omologhi francese e polacco, sono invece i poteri propri del Presidente della Bulgaria²⁸. Una volta che l'Assemblea nazionale²⁹ abbia approvato una legge, infatti, questa viene trasmessa al Presidente bulgaro, che ha quindici giorni di tempo per promulgarla (art. 88, comma 3, Cost.). Nel caso in cui, tuttavia, non ne condivida il contenuto, il Presidente, nei quindici giorni di cui sopra, può, con messaggio motivato, chiedere all'Assemblea nazionale un nuovo esame della legge (art. 101, comma 1, Cost.).

L'Assemblea nazionale può però superare il rinvio presidenziale approvando nuovamente, a maggioranza assoluta dei propri membri, la legge rinviata, che il Presidente, a questo punto, è obbligato, entro sette giorni, a promulgare (art. 101, comma 3, Cost.).

Infine, deve essere evidenziato che il Presidente bulgaro non è tra gli organi titolari del potere di iniziativa legislativa (art. 87, Cost.).

²⁸ Per un quadro generale sull'ordinamento bulgaro si veda C. Meoli, *Ungheria, Bulgaria, Romania*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 359 ss.

²⁹ La Bulgaria è una Repubblica semipresidenziale monocamerale.

Simile a quella della Bulgaria è la disciplina vigente in Romania³⁰. Una volta che la Camera dei Deputati ed il Senato abbiano approvato una legge, infatti, questa viene trasmessa al Presidente rumeno, che ha venti giorni di tempo per promulgarla (art. 77, comma 1, Cost.).

Ove non ne condivida il contenuto, il Presidente, nei venti giorni di cui sopra, può, con messaggio motivato, chiedere alle Camere un nuovo esame della legge (art. 77, comma 2, Cost.).

La Camera dei Deputati ed il Senato possono però superare il rinvio presidenziale approvando nuovamente, sempre a maggioranza semplice, la legge rinviata, che il Presidente, a questo punto, è obbligato, entro dieci giorni, a promulgare (art. 77, comma 3, Cost.).

Anche il Presidente della Romania, infine, non è tra gli organi titolari del potere di iniziativa legislativa (art. 74, Cost.).

Più complessi risultano i poteri attribuiti dalla Costituzione al Presidente del Portogallo³¹. Il Presidente portoghese, infatti, una volta ricevuta una legge approvata dall'Assemblea della Repubblica³², ha la possibilità di esercitare due distinti poteri di voto: un voto politico ed un voto giuridico.

Quanto al primo, entro venti giorni dal ricevimento della legge il Presidente può, per questioni di merito o di opportunità politica, rinviare il testo in Assemblea, chiedendo una nuova deliberazione (art. 136, comma 1, Cost.).

L'Assemblea può superare il voto presidenziale approvando nuovamente, a maggioranza assoluta dei componenti, la legge rinviata, legge che il Presidente, a questo punto, è obbligato a promulgare (art. 136, comma 2, Cost.). Non solo, ma, nel caso in cui la legge riguardi alcune materie tassativamente previste (quali, ad esempio, le relazioni estere), per superare il voto presidenziale è necessario ottenere

³⁰ Per un quadro generale sull'ordinamento della Romania si veda C. Meoli, *Ungheria, Bulgaria, Romania*, cit., pagg. 359 ss.

³¹ Per un quadro generale sull'ordinamento portoghese si vedano: J. J. G. Canotilho, *Il diritto costituzionale portoghese*, a cura di R. Orrù, Torino, Giappichelli, 2006; P. Mandillo, *Portogallo*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 171 ss.; J. Miranda, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004; R. Orrù, *Il Portogallo*, in P. Carrozza – A. Di Giovine – G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, Editori Laterza, 2009, pagg. 267 ss.

³² Il Portogallo è una repubblica semipresidenziale monocamerale.

non solo la maggioranza assoluta dei componenti, ma anche quella dei due terzi dei presenti (art. 136, comma 3, Cost.).

Nel caso, invece, l'Assemblea apporti delle modifiche alla legge, approvando, dunque, un testo differente, al Presidente è consentito esercitare nuovamente il proprio potere di voto.

Oltre ad un voto politico, come detto, il Presidente portoghese può esercitare altresì un voto di natura giuridica.

Una volta trasmessa una legge dall'Assemblea, infatti, ove il Presidente nutra dei dubbi in merito alla costituzionalità della stessa, può, entro otto giorni dalla trasmissione, inviarla al Tribunale costituzionale (art. 278, comma 2 e comma 3, Cost.), che ha venticinque giorni per effettuare un controllo preventivo di costituzionalità (art. 278, comma 8, Cost.). Ebbene, in caso di esito negativo del suddetto controllo, in tutto o in parte, il Presidente deve ritrasmettere il testo legislativo all'Assemblea, che a questo punto ha a disposizione tre strade da percorrere.

In primo luogo, l'Assemblea può adeguarsi alle indicazioni del Tribunale costituzionale, eliminando dal testo di legge le parti censurate; in questo caso il testo è ritrasmesso al Presidente della Repubblica, che può o promulgarlo o esercitare il voto politico. In secondo luogo, l'Assemblea può riformulare il testo di legge; in questo caso il Presidente della Repubblica può sia esercitare il voto politico sia chiamare in causa nuovamente il Tribunale costituzionale (art. 279, comma 3, Cost.). In terzo luogo, l'Assemblea può approvare nuovamente, con la duplice maggioranza dei due terzi dei deputati presenti e della metà più uno dei componenti, l'identico testo di legge censurato, non recependo, dunque, i rilievi formulati dal Tribunale costituzionale; in questo caso, allora, il Presidente è obbligato a promulgare la legge (art. 279, comma 4, Cost.).

Il Presidente portoghese non è infine titolare del potere di iniziativa legislativa (art. 167, Cost.).

Molto ampi sono i poteri in ambito legislativo di cui è titolare il Presidente della Federazione di Russia³³. In primo luogo, infatti, l'art. 84, comma d), Cost. attribuisce al Presidente il potere di presentare alla Duma di Stato propri progetti di legge. Non solo, ma, una volta che nella Duma si sia conclusa la prima lettura di un testo di legge, il Presidente può influenzare ulteriormente l'attività parlamentare facendo pervenire le proprie conclusioni in merito. Una volta che una legge sia approvata dalla Duma e dal Consiglio della Federazione, è trasmessa entro cinque giorni al Presidente (art. 107, comma 1, Cost.), il quale ha quattordici giorni di tempo per firmarla e promulgarla (art. 107, comma 2, Cost.).

Ove, tuttavia, non ne condivide il contenuto, il Presidente può esercitare un potere di voto, rinviando la legge alle Camere, che possono però superare il suddetto voto riapprovandola a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna delle due assemblee parlamentari (art. 107, comma 3, Cost.).

Deve essere sottolineato, inoltre, che al Presidente russo l'art. 90, Cost. attribuisce il potere di emanare propri “decreti” e “disposizioni” vincolanti in tutto il territorio federale, a patto che non risultino in contrasto con la Costituzione e con le leggi federali vigenti; tali provvedimenti risultano dotati di un potere particolarmente penetrante, in considerazione del fatto che il Governo, nell'esercizio del potere esecutivo, emana deliberazioni e disposizioni sulla base ed in attuazione non solo della Costituzione e delle leggi federali, ma anche dei decreti normativi del Presidente della Repubblica (art. 15, comma 1, Cost.).

L'attività delle Camere risulta pertanto estremamente influenzata dall'attribuzione al Presidente di un siffatto potere normativo, potendo il Presidente neutralizzare ogni tentativo di porre in essere una politica contraria alla propria, senza neppure il rischio di provocare una situazione di stallo legislativo³⁴.

³³ Per un quadro generale sull'ordinamento russo si vedano: C. Filippini, *Dall'Impero russo alla Federazione di Russia*, Milano, Giuffrè Editore, 2004; M. Ganino, *Russia*, Il Mulino, Bologna, 2010; C. Gazzetta, *La Federazione di Russia tra assetto istituzionale e tutela dei diritti*, Roma, 2009, La Sapienza Editrice.

³⁴ M. Ganino, *Russia*, cit., pag. 111.

4. – Il ruolo del Presidente della Repubblica italiana nel procedimento di formazione della legge e l'interpretazione di tale ruolo operata da Giorgio Napolitano nel corso della sua presidenza

L'art. 73 della Costituzione italiana prevede che una legge, una volta che sia stata approvata dalla Camera dei Deputati e dal Senato, debba essere promulgata dal Presidente della Repubblica nei trenta giorni successivi³⁵.

Tale promulgazione, tuttavia, non è un atto dovuto, essendo attribuito dall'art. 74, Cost. al Presidente il potere di chiedere alle Camere, con messaggio motivato, una nuova deliberazione (c.d. potere di rinvio).

Per superare il suddetto rinvio, le Camere devono approvare nuovamente il medesimo testo, che a quel punto il Presidente è obbligato a promulgare (art. 74, comma 2, Cost.).

In dottrina, in mancanza di precise indicazioni costituzionali, si è molto dibattuto in relazione all'ampiezza del potere di rinvio presidenziale.

Da un lato alcuni studiosi (la maggioranza) ritengono che, in assenza di qualsivoglia esplicita limitazione, il Presidente della Repubblica possa rinviare una legge anche per meri motivi di merito³⁶.

³⁵ Per un quadro generale sull'ordinamento italiano, con particolare riguardo al ruolo del Presidente della Repubblica nel procedimento di formazione della legge si vedano: D. Assenza, *Il rinvio presidenziale delle leggi*, <http://www.diritto.it/materiali/costituzionale/assenza.html>; S. Bartholini, *La promulgazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1955; P. Biscaretti di Ruffia, *Il rinvio presidenziale delle leggi dopo lo scioglimento delle Camere*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1965, pagg. 27 ss.; A. Bozzi, *Il rinvio presidenziale della legge*, in *Studi in onore di Silvio Lessona*, vol. I, Bologna, Zanichelli, 1963, pagg. 91 ss.; M. E. Bucalo, *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge: riflessioni sul sistema delle fonti e sui rapporti fra Presidente della Repubblica, Parlamento e Governo*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008 – La legge parlamentare oggi*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, pagg. 139, ss.; S. Carbonaro, *L'incidenza delle attribuzioni presidenziali in relazione alle funzioni legislative e giurisdizionale*, in *Studi politici*, 1958, n. 1, pagg. 58 ss.; C. Chimenti, *Note sul riesame parlamentare delle leggi rinviate dal Presidente della Repubblica*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. IV, Firenze, Vallecchi, 1969, pagg. 135 ss.; E. Crosa, *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 1955; F. Cuocolo, *Il rinvio presidenziale nella formazione della legge*, cit. 5; P. Falzea, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Milano, Giuffrè Editore, 2000; G. Ferrara, *Il rinvio della legge alle Camere prorogate*, Milano, Giuffrè Editore, 1964; S. Galeotti, *Il rinvio presidenziale di una legge (articolo 74 della Costituzione)*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, pagg. 48 ss.; P. Malesardi, *Il rinvio delle leggi alle Camere da parte del Presidente della Repubblica: problemi costituzionali e regolamentari*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1985, n. 1, pagg. 3 ss.; I. Pellizzzone, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Giuffrè Editore, Milano, 2011; R. Romboli, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 1; SICA V., *La controfirma*, Jovene, Napoli, 1953; A. Tesauro, *Istituzioni di diritto pubblico*, Liguori Editore, Napoli, 1976; S. TOSI – A. Mannino, *Diritto parlamentare*, Giuffrè Editore, Milano, 1999.

³⁶ In tal senso, tra i tanti, S. Tosi – A. Mannino, *Diritto parlamentare*, cit.; S. Carbonaro, *L'incidenza delle attribuzioni presidenziali in relazione alle funzioni legislative e giurisdizionale*, cit.; S. Bartholini, *La promulgazione*, cit.; F.

Tale interpretazione risulta rafforzata sia dalla lettura dei lavori preparatori, nel corso dei quali fu fatto esplicito riferimento ad un rinvio per motivi di merito³⁷, sia dal comportamento tenuto da alcuni Presidenti, che, nel corso del loro mandato, hanno effettivamente rinviato leggi alle Camere per motivi di merito³⁸.

Altri studiosi, invece, ritengono, sulla base anche di quanto affermato recentemente da alcuni Presidenti della Repubblica³⁹, che il potere di rinvio dovrebbe essere limitato ai soli casi di illegittimità costituzionale⁴⁰.

Cuocolo, *Il rinvio presidenziale nella formazione della legge*, cit.; S. Galeotti, *Il rinvio presidenziale di una legge (articolo 74 della Costituzione)*, cit.

³⁷ L'art. 74 della Costituzione deriva infatti da un emendamento all'art. 71 del progetto di Costituzione proposto dall'onorevole Aldo Bozzi, in sede di Assemblea costituente. Ebbene, nell'illustrare il suddetto emendamento, l'on. Aldo Bozzi aveva precisato che il Presidente avrebbe potuto ricorrere al potere di rinvio sia per motivi di costituzionalità che per motivi di merito, precisazione successivamente avallata dal relatore on. Egidio Tosato. Sul punto si veda P. Malesardi, *Il rinvio delle leggi alle Camere da parte del Presidente della Repubblica: problemi costituzionali e regolamentari*, cit.

³⁸ Per motivi di solo merito o anche per motivi di merito sono state rinviate alle Camere: nel novembre del 1953, dal Presidente Einaudi, la proroga della legge 14 febbraio 1953, n. 49, sui diritti e sui compensi dovuti al personale degli uffici dipendenti dai Ministeri delle finanze e del tesoro e della Corte dei Conti; nell'ottobre del 1975, dal Presidente Leone, una legge avente ad oggetto la riforma della composizione e delle modalità di elezione del Consiglio Superiore della Magistratura; nell'aprile del 1983, dal Presidente Pertini, una legge che prevedeva la concessione di un contributo triennale di quattrocento milioni di lire in favore della società Dante Alighieri. Particolare, sotto questo aspetto, è stata poi la Presidenza di Francesco Cossiga, autore nel suo setteennato di ben ventuno rinvii (quasi quanto tutti i suoi predecessori messi insieme), di cui ben dodici per soli motivi di merito od anche per motivi di merito (nell'agosto del 1990 furono rinviate le modifiche al r.d.l. 27 novembre 1933, convertito con modificazioni dalla legge 22 gennaio 1936 ed alla legge 24 luglio 1985, n. 406, recanti disposizioni sull'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore; nell'agosto del 1990 una legge di istituzione del servizio nazionale di protezione civile; nell'aprile del 1991 una legge per il potenziamento degli organici del personale militare delle capitanerie di porto; nel luglio del 1991 una legge di riordino del sistema farmaceutico; nell'agosto del 1991 le modificazioni alla legge 6 febbraio 948, n. 29, sulla elezione del Senato della Repubblica; nell'agosto del 1991 una legge avente ad oggetto la riapertura dei termini per la presentazione di proposte di concessione di ricompensa al valor militare per la resistenza per i Comuni, le Province e le Regioni interessate; nell'agosto del 1991 la legge di istituzione dei Giudici di pace; nell'ottobre del 1991 la legge di conversione, con modificazioni, del decreto legge 13 agosto 1991, n. 285, recante disposizioni urgenti concernenti taluni criteri di applicazione dell'IVA e delle imposte sui redditi, la repressione del contrabbando di tabacchi, le tasse per i contratti di trasferimento di titoli o valori, nonché l'amministrazione finanziaria; nel gennaio del 1992 una legge avente ad oggetto la modifica dei requisiti per l'iscrizione all'albo e per l'elevazione del periodo di pratica professionale per i ragionieri e per i periti commerciali; nel gennaio del 1992 una legge contenente disposizioni per la riproduzione a colori sulle schede di votazione del contrassegno di lista; nel febbraio del 1992 una legge contenente nuove norme in tema di obiezione di coscienza; nel febbraio del 1992 una legge di modifica della disciplina dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti ed altre norme in materia di assicurazioni private. Sul punto si vedano: R. Romboli, *Il rinvio delle leggi*, cit.; D. Assenza, *Il rinvio presidenziale delle leggi*, cit.

³⁹ Nel 2009 l'ex Presidente Oscar Luigi Scalfaro affermò che «il Capo dello Stato può rinviare una legge al Parlamento non perché non gli piace o perché è ideologicamente di diverso avviso, bensì solo se vi ravvisa un vizio in punto di diritto», interpretazione confermata successivamente da Carlo Azeglio Ciampi, il quale, nel corso del suo mandato, dichiarò che «secondo la Costituzione, la decisione, la valutazione, il giudizio sulla rispondenza alla stessa da parte delle leggi compete alla Corte costituzionale. Il Presidente della Repubblica, solo in caso di manifesta non costituzionalità delle leggi, rinvia quelle leggi al Parlamento, che può

Al Presidente della Repubblica non è inoltre attribuito né il potere di iniziativa legislativa⁴¹ né alcun ulteriore esplicito potere nel procedimento di formazione della legge.

Delineati brevemente i poteri del Presidente della Repubblica italiana nel procedimento di formazione della legge, deve essere evidenziato che la presidenza di Giorgio Napolitano è stata caratterizzata da un uso moderato del potere di rinvio ma, di contro, da un frequente e spesso influente intervento informale del Presidente nelle fasi precedenti l'approvazione parlamentare di una legge.

Relativamente alla prima circostanza, nel corso dei suoi quasi nove anni di presidenza⁴², Giorgio Napolitano ha rinvia alle Camere una sola legge, nel marzo del 2010, quando la legge contenente l'attribuzione al Governo di deleghe in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro, fu da lui ritenuta in contrasto con gli artt. 24, 25 e 102 della Costituzione.

Tale rinvio faceva però seguito a quanto verificatosi nel febbraio 2009, quando il Presidente Napolitano si rifiutò di firmare il decreto legge approvato dal Governo presieduto da Silvio Berlusconi per impedire la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione dei pazienti (c.d. caso Englano⁴³), impedendone in questo modo l'adozione.

riapprovarle e in quel caso il Capo dello Stato è tenuto a promulgarle»; sul punto si veda R. Romboli, *Il rinvio delle leggi, cit.*

⁴⁰ Cosi A. Tesauro, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit.; E. Crosa, *Diritto costituzionale*, cit.; V. Sica, *La controfirma*, cit.

⁴¹ L'art. 71, Cost., attribuisce il potere di iniziativa legislativa al Governo, a ciascun membro delle Camere, a cinquantamila elettori, nonché agli ulteriori organi ed enti ai quali sia conferito con legge costituzionale (attualmente il CNEL – Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, i Consigli regionali e, limitatamente alle leggi per il mutamento delle circoscrizioni provinciali e per l'istituzione di nuove province, i Consigli comunali).

⁴² Dopo l'elezione quale Presidente della Repubblica avvenuta in data 15 maggio 2006, infatti, a Giorgio Napolitano, in data 22 aprile 2013, è stato conferito un secondo mandato, terminato in data 14 gennaio 2015, data nella quale il Presidente Napolitano ha rassegnato le dimissioni.

⁴³ Il caso prende il nome da Eluana Englaro, una ragazza che, a seguito di un incidente stradale avvenuto nel 1992, è vissuta per diciassette anni in stato vegetativo, sino alla sua morte, avvenuta nel 2009. A partire dal 1999, la famiglia della Englaro iniziò una lunghissima battaglia giudiziaria volta ad ottenere la possibilità di interrompere l'alimentazione forzata della figlia, sulla base sia dell'impossibilità per la stessa di recupero della coscienza, sia delle dichiarazioni che sul tema la figlia aveva rilasciato nel corso della sua vita. Su tale battaglia si concentrò sin da subito l'attenzione dell'opinione pubblica italiana, presto divisasi in favorevoli e contrari

Tale rifiuto era stato preceduto da una lettera inviata pubblicamente da Giorgio Napolitano a Silvio Berlusconi nei giorni antecedenti l'approvazione del decreto legge, nella quale il Capo dello Stato aveva manifestato le proprie perplessità in ordine alla costituzionalità del suddetto, eventuale decreto, anticipando sostanzialmente il successivo rifiuto, nel tentativo di convincere il Governo a percorrere strade alternative.

Questa lettera evidenzia anche il secondo aspetto della presidenza di Giorgio Napolitano, ovverosia il frequente intervento presidenziale (seppur spesso informale) nel corso del procedimento di formazione di una legge o di un atto avente forza di legge.

Trattasi della c.d. *moral suasion*: in sostanza il Presidente della Repubblica, al fine di evitare rinvii di legge e prevenire, dunque, eventuali scontri istituzionali, viene consultato informalmente dal Governo nel corso della predisposizione di un disegno di legge e del successivo iter parlamentare, così da recepire le eventuali valutazioni critiche presidenziali, ed in modo da far apportare preventivamente in Parlamento le modifiche necessarie ad evitare un rinvio.

Tale prassi è ormai assodata, essendo stato fatto più volte esplicito riferimento ad essa anche da importanti protagonisti della vita politica italiana, come, ad esempio, nel caso della legge 124/2008 (c.d. lodo Alfano⁴⁴), recante disposizioni in

alle azioni intraprese dai genitori di Eluana. Lo scontro ebbe il suo culmine quando, in seguito alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 27145/2008 del 13 novembre 2008, la famiglia Englaro fu legittimata ad interrompere l'alimentazione forzata di Eluana, cosa che avvenne in data 6 febbraio 2009. Ebbene, nei giorni immediatamente antecedenti a tale data, al fine di impedire che l'alimentazione fosse effettivamente interrotta, l'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi dichiarò l'intenzione del Governo da lui presieduto di approvare un decreto legge che impedisse in via generale la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione dei pazienti; a tale dichiarazione fece però seguito una lettera pubblica del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, nella quale il Capo dello Stato manifestò i propri dubbi in merito alla costituzionalità di un siffatto decreto, non ravvisandovi il requisito dell'urgenza richiesto dall'art. 77, Cost. Nonostante tale lettera, in data 6 febbraio 2009, il Consiglio dei Ministri varò comunque il suddetto decreto legge, che tuttavia Giorgio Napolitano si rifiutò di firmare («avendo verificato che il testo approvato non supera le obiezioni di incostituzionalità da lui tempestivamente rappresentate e motivate», come fu scritto in un comunicato ufficiale della Presidenza della Repubblica), costringendo il Governo a presentare immediatamente in Parlamento un disegno di legge dal contenuto analogo al fine di avviare un iter legislativo che, nelle intenzioni dell'esecutivo, si sarebbe dovuto concludere entro pochi giorni. Tale tentativo fu tuttavia reso vano dalla morte di Eluana Englaro, avvenuta in data 9 febbraio 2009. Per una completa ricostruzione della vicenda si vedano, tra i tanti, B. Englaro (con A. Pannitteri), *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno Stato di diritto*, Rizzoli, 2009; L. Bellaspiga – P. Ciociola, *Eluana, i fatti*, Ancora, 2009.

⁴⁴ Dal nome dell'allora Ministro della giustizia, Angelino Alfano.

merito alla sospensione dei processi penali nei confronti delle più alte cariche dello Stato.

Quando, infatti, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 262/2009, dichiarò l'incostituzionalità della suddetta legge per violazione degli artt. 3 e 138 della Costituzione, l'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi accusò pubblicamente il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, il quale, a suo dire, gli aveva garantito, nel corso della fase di approvazione della legge, che un testo così formulato, oltre a non incorrere in un rinvio alle Camere, avrebbe superato anche l'eventuale sindacato di costituzionalità della Corte costituzionale⁴⁵.

Non solo, ma la presidenza di Napolitano è stata altresì caratterizzata dalla c.d. promulgazione dissenziente, prassi adottata per la prima volta nel 2002 dall'allora Presidente Carlo Azeglio Ciampi.

In sostanza, il Presidente promulga la legge sottoposta alla sua attenzione, accompagnando però tale promulgazione con un messaggio nel quale manifesta al Parlamento ed al Governo il proprio punto di vista, affinché essi possano eventualmente dare il via ad iniziative correttive⁴⁶.

5. – Il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nella forma di governo parlamentare: la Repubblica Ceca, la Gran Bretagna, il Canada, la Danimarca, la Spagna e la Germania

⁴⁵ Sulle accuse al Capo dello Stato da parte del Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi si veda, ad esempio, l'articolo *Bocciato il lodo Alfano, la rabbia di Berlusconi: Napolitano aveva garantito con la firma*, http://www.ilsecolixx.it/p/italia/2009/10/08/AMPQEfzC-garantito_berlusconi_napolitano.shtml, nonché V. FELTRI, *Lo zampino del Quirinale sul Lodo*, *Il Giornale*, 11 ottobre 2009, pag. 1. La ricostruzione della vicenda operata da Feltri fu smentita dal Capo dello Stato con una nota ufficiale nella quale, tuttavia, si confermava che nel corso dell'approvazione del c.d. lodo Alfano «i rapporti fra Colle ed esecutivo... sono stati improntati a uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nei limiti delle proprie competenze», aggiungendo che “la collaborazione tra gli uffici della Presidenza e dei Ministeri competenti è parte di una prassi da lungo tempo consolidata di semplice consultazione e leale cooperazione, che lascia intatta la netta distinzione dei ruoli e delle responsabilità» (al riguardo si veda, ad esempio, l'articolo *Il Colle: "Sul lodo Alfano nessun patto con il Governo"*, <http://www.rainews24.rai.it/it/news.php?newsid=132799>).

⁴⁶ Sul tema, tra i tanti, si vedano I. Pellizzzone, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, cit.; M. E. Bucalo, *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge: riflessioni sul sistema delle fonti e sui rapporti fra Presidente della Repubblica, Parlamento e Governo*, cit.

Il Presidente della Repubblica Ceca gode di poteri molto simili a quelli di cui è titolare il Presidente italiano⁴⁷.

L'art. 50 della Costituzione, infatti, prevede che una legge, dopo che sia stata approvata dalla Camera dei Deputati e dal Senato, sia trasmessa al Presidente ceco, il quale ha un termine di quindici giorni per promulgarla.

Ove non ne condivida il contenuto, il Presidente, nei quindici giorni di cui sopra, può, con messaggio motivato, rinviare la legge alla Camera dei Deputati, chiedendo di riesaminarla (art. 50, comma 1, Cost.).

A questo punto la Camera dei Deputati, per superare il rinvio presidenziale, deve approvare nuovamente, non prima di dieci giorni ed a maggioranza assoluta dei propri componenti, la legge rinviata, che entrerà allora in vigore senza la necessità della promulgazione presidenziale (art. 50, comma 2, Cost.).

Nel corso di questa nuova votazione la legge deve essere riapprovata o respinta così com'è, essendo vietata la proposizione di emendamenti (art. 50, comma 2, Cost.). Il Presidente ceco, però, non può esercitare sempre questo suo potere, essendogli precluso il rinvio delle leggi costituzionali (art. 50, comma 1, Cost.). Al Presidente ceco, inoltre, non è attribuito il potere di iniziativa legislativa (art. 41, Cost.).

In Gran Bretagna, una volta che la Camera dei Comuni e la Camera dei Lord abbiano approvato una legge, questa viene trasmessa al Sovrano, il quale deve dare il proprio assenso formale (*royal assent*) con la formula, ancora oggi espressa nell'antica lingua franco – normanna, “*Le Roy – la Reine le veult*”⁴⁸.

⁴⁷ Per un quadro generale sull'ordinamento ceco si veda L. Alverone, *Repubblica Ceca*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 321 ss.

⁴⁸ Per un quadro generale sull'ordinamento britannico si vedano: H. Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, Abingdon, Routledge, 2011 (8th ed.); S.A. De Smith, *Foundations of Constitutional and Administrative Law*, Harmondsworth, Penguin Books, 1981 (4th ed.); P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, Giappichelli Editore, 2005; I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (6th ed.); G. Marshall, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984; G. Renna, *Regno Unito*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 227 ss.; A. Tomkins, *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003; A. Torre, *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Trattasi, tuttavia, di una mera formalità: se infatti, sulla carta, il Sovrano potrebbe anche rifiutarsi di esprimere il suddetto assenso, in pratica, secondo una consolidata *convention of the constitution*, non può farlo. Ed infatti, l'ultimo Sovrano britannico che pose il proprio voto su una legge fu la Regina Anna, nel lontano 1708⁴⁹. Solo in casi davvero eccezionali, dunque, quali, ad esempio, l'approvazione da parte del Parlamento di una legge che abolisca le elezioni politiche, potrebbe essere oggi essere legittimato un suo rifiuto⁵⁰.

Deve essere segnalato, inoltre, che, di fatto, questo potere non è neppure sempre esercitato dal Sovrano, bensì da *Lords Commissioners* nominati a tal fine.

In ogni caso, è, questo, l'unico momento in cui il Sovrano viene in contatto con il testo di una legge, non essendogli attribuito alcun ruolo nel relativo procedimento di formazione.

Simile alla situazione della Gran Bretagna è quella del Canada⁵¹.

Anche in Canada, dopo che la Camera dei Comuni ed il Senato abbiano approvato una legge, questa viene trasmessa al Governatore generale per l'assenso del Sovrano della Gran Bretagna (art. 55, Cost.).

A questo punto il Governatore generale, a sua discrezione, ma ferme restando le disposizioni costituzionali e le istruzioni del Sovrano, può dichiarare il suo assenso a nome del Sovrano, negarlo o riservarsi di sottoporre il testo approvato all'attenzione del Sovrano (art. 55, Cost.). Si tratta, comunque, di una mera formalità, risalendo l'ultimo caso di diniego addirittura al 1707.

In virtù di quanto sopra parte della dottrina ritiene dunque che il suddetto potere regio versi in uno stato di acquiescenza e che esista una *convention of the constitution* che vietи al Governatore generale di negare il proprio assenso⁵².

⁴⁹ In tale occasione, la Regina Anna mise il proprio voto, dietro parere ministeriale, sullo *Scottish Militia Bill*.

⁵⁰ P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., pag. 53.

⁵¹ Per un quadro generale sull'ordinamento canadese si vedano: E. A. Forsey, *The Courts and the Conventions of The Constitution*, in *University of New Brunswick Law Review*, 1984, pagg. 11 ss.; T. Groppi, *Canada*, Bologna, Il Mulino, 2006; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2007 (Student Edition); F. Rosa, *Canada*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 476 ss.

⁵² Così F. Rosa, *Canada*, cit., pag. 491, la quale richiama P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pag. 286.

Altra parte della dottrina, invece, afferma che il Governatore generale potrebbe rifiutarsi di prestare il proprio assenso per ragioni tecniche⁵³. Per altri ancora, infine, il Sovrano avrebbe il potere di esercitare il diniego solo in caso di un'indicazione in tal senso proveniente dal Governo o in caso di approvazione di un disegno di legge in violazione di regole procedurali vincolanti⁵⁴. Quanto all'iniziativa legislativa, il Governatore generale non è compreso tra i titolari di questo potere.

Anche in Danimarca il controllo del Capo dello Stato sulle leggi è sostanzialmente una mera formalità⁵⁵. Una volta che il *Folketing*⁵⁶ abbia approvato una legge, infatti, questa viene trasmessa al Sovrano, che ha trenta giorni di tempo per dare il proprio assenso e promulgarla (art. 22, Cost.).

Si ritiene, tuttavia, che il Sovrano non possa rifiutarsi di firmare la legge, tant'è che l'ultimo caso in cui si è verificato un tale rifiuto è datato addirittura 1865.

C'è da segnalare, infine, che l'art. 21, Cost. attribuisce al Sovrano della Danimarca il potere di presentare propri disegni di legge; tale previsione, in ogni caso, viene intesa nel senso che tale potere è attribuito al Governo, con la conseguenza che, di fatto, il Sovrano non ha alcun potere di iniziativa, né sono a lui attribuiti altri ruoli nel corso del procedimento di formazione della legge.

In Spagna, l'art. 90, Cost. dispone che, una volta approvata dal Congresso dei Deputati e dal Senato una legge, questa è trasmessa al Sovrano, che deve sanzionarla entro i successivi quindici giorni (art. 91, Cost.)⁵⁷.

⁵³ Così F. Rosa, *Canada*, cit., pag. 491, la quale richiama E. A. Forsey, *The Courts and the Conventions of The Constitution*, in *University of New Brunswick Law Review*, 1984, pag. 21.

⁵⁴ Così F. Rosa, *Canada*, cit., pag. 491, la quale richiama S.A. De Smith, *Foundations of Constitutional and Administrative Law*, Harmondsworth, Penguin Books, 1981 (4th ed.), pag. 128.

⁵⁵ Per un quadro generale sull'ordinamento danese si veda M. Caputo – V. Cardinale, *Svezia, Norvegia, Danimarca*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 268 ss.; B. Dahl, T. Melchior, L. A. Rehof, D. Tamm (a cura di), *Danish Law in a European Perspective*, Copenaghen, GadJura, 1996.

⁵⁶ La Danimarca è una monarchia parlamentare monocamerale.

⁵⁷ Per un quadro generale sull'ordinamento spagnolo si vedano: J. A. Alonso de Antonio, *Derecho parlamentario*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2000; F. Balaguer Callejon (a cura di) – G. Camara Villar, J. F. Lopez Aguilar, M. L. Balaguer Callejon, J. A. Montilla Martoa, *Manual de Derecho Constitucional – Volumen II*, Quinta edicion, Madrid, Tecnos, 2010, pagg. 461-462; A. Mencarelli, *Spagna*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 147 ss.; F. Santaolalla, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa Calpe, 1990; R. Scarciglia – D. Del Ben, *Spagna*, Bologna, Il Mulino, 2005; A. Torres Del Moral, *Principios de derecho constitucional español*, IV edicion, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1998.

Per il Sovrano sanzionare la legge è un vero e proprio obbligo, e non è ipotizzabile un rifiuto neppure nel caso in cui egli ritenga che il contenuto della legge sottoposta alla sua attenzione sia anticonstituzionale⁵⁸. Trattasi, in sostanza, di un atto totalmente indipendente dalle sue posizioni personali. Il Sovrano spagnolo non è inoltre tra i soggetti titolari del potere di iniziativa legislativa (art. 87, Cost.).

Infine, anche in Germania il controllo del Capo dello Stato sulle leggi è sostanzialmente una mera formalità⁵⁹. La promulgazione del Presidente federale prevista dall'art. 82, Cost., infatti, è un atto dovuto, non potendo essere opposto alcun rifiuto. Non sempre, tuttavia, è stato così.

L'art. 73 della Costituzione di Weimar, infatti, attribuiva al Presidente un ficcante potere di rinvio, consentendogli di sottoporre a referendum popolare, prima della promulgazione, le leggi di cui non condivideva il contenuto⁶⁰. Tale procedura, come visto, è stata ripudiata completamente.

Il Presidente federale tedesco non è inoltre tra i soggetti titolari del potere di iniziativa legislativa (art. 76, Cost.).

6. – Conclusioni

Esaminato il ruolo del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge nei sedici stati di cui sopra, possiamo quindi rispondere ai quesiti posti all'inizio del presente scritto, ovverosia se un ruolo attivo ed influente del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge sia presente solo nelle forme di governo presidenziale e semipresidenziale, e se tale ruolo possa essere utilizzato o meno quale strumento di identificazione di una particolare forma di governo.

⁵⁸ F. Balaguer Callejon (a cura di) – G. Camara Villar, J. F. Lopez Aguilar, M. L. Balaguer Callejon, J. A. Montilla Martoa, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pagg. 461-462.

⁵⁹ Per un quadro generale sull'ordinamento tedesco si vedano: A. Friemann – T. Wegerich, *The German Legal System*, London, Sweet & Maxwell, 1999; G. P. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. Il sistema tedesco (la Repubblica federale)*, Milano, Giuffrè editore, 2001; F. Palermo – J. Woelk, *Germania*, Bologna, Il Mulino, 2005; F. Piazza, *Germania*, in R. Dickmann – A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci editore, 2011, pagg. 119 ss.

⁶⁰ P. G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato – Il sistema tedesco (la Repubblica federale)*, cit., pagg. 64-65; C. Mortati (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946.

Relativamente al primo quesito, emerge chiaramente che un ruolo attivo ed influente del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge sia presente solo nelle forme di governo presidenziale e semipresidenziale.

In tutte e sei le forme di governo parlamentare straniere esaminate, infatti, la Costituzione attribuisce al Capo dello Stato un ruolo o marginale o comunque non particolarmente influente nel suddetto procedimento.

In tre stati (Danimarca, Spagna, Germania) il Capo dello Stato è addirittura privo di qualsivoglia potere, sia di rinvio che di iniziativa legislativa; in altri due stati (Gran Bretagna e Canada) il Capo dello Stato, privo di iniziativa legislativa, può rinviare una legge approvata solo in casi eccezionali (quale, ad esempio, l'approvazione da parte del Parlamento di una legge che abolisca le elezioni politiche), eventualità che comunque non accade praticamente mai (gli ultimi rinvii si sono verificati, rispettivamente, nei lontanissimi 1708 e 1707); nell'ultimo stato (la Repubblica Ceca), infine, il Capo dello Stato, sempre privo di iniziativa legislativa, può sì rinviare una legge a lui sgradita, ma il suo voto può essere superato dai parlamentari mediante una semplice approvazione a maggioranza assoluta⁶¹.

Con riferimento al secondo quesito, invece, possiamo affermare che un ruolo attivo ed influente del Capo dello Stato nel procedimento di formazione della legge non può essere utilizzato quale strumento di identificazione di una particolare forma di governo.

Nelle nove forme di governo presidenziale e semipresidenziale esaminate, infatti, ai Capi di Stato sono attribuiti poteri estremamente variabili.

Relativamente alle forme di governo presidenziale, si passa dal ruolo estremamente influente del Presidente degli Stati Uniti d'America (il quale, con un sapiente utilizzo del *regular veto* e del *pocket veto* è praticamente in grado di bloccare definitivamente l'approvazione di una legge a lui sgradita), a quello, sempre influente, del Presidente dell'Argentina (dotato di iniziativa legislativa e titolare di un potere di rigetto superabile dalle Camere solo tramite una riapprovazione del medesimo testo con una maggioranza dei due terzi dei presenti), a quello,

⁶¹ Nel caso della Repubblica Ceca, in alcune, limitate materie (quali, ad esempio, le relazioni estere) per superare il rinvio presidenziale è necessaria un'approvazione non solo della maggioranza assoluta della Camera dei Deputati, ma anche dei due terzi dei presenti.

estremamente blando, del Presidente del Brasile (il cui voto, così come in Italia, può essere superato dalla maggioranza assoluta delle Camere).

Per quanto riguarda, invece, le forme di governo semipresidenziale, si passa dal ruolo notevolmente incisivo attribuito al Presidente della Russia (titolare non solo di un potere di voto superabile dalle Camere a maggioranza dei due terzi, ma addirittura della possibilità di emanare propri decreti e disposizioni) ed al Presidente della Polonia (per superare il cui rinvio è necessaria la duplice maggioranza della metà più uno dei componenti della Dieta e dei tre quinti dei presenti), a quello complessivamente blando dei Presidenti della Francia, della Bulgaria, della Romania e del Portogallo (tutti e quattro privi di iniziativa legislativa ed il cui voto può essere superato dalla maggioranza semplice, nel caso della Francia e della Romania, o assoluta, nel caso della Bulgaria e del Portogallo⁶², delle rispettive Camere).

Non solo, deve essere altresì segnalato che ai Presidenti della Francia, della Polonia e del Portogallo (tutte e tre forme di governo semipresidenziale) è attribuito il potere, ove nutrano dubbi sulla costituzionalità del testo di legge loro inviato, di chiamare direttamente e preventivamente in causa il proprio Tribunale costituzionale.

In sostanza, possiamo dunque affermare che se da un lato un ruolo attivo ed influente del Capo dello Stato nel procedimento legislativo appare incompatibile con una forma di governo parlamentare, dall'altro non potrà comunque essere qualificata automaticamente quale parlamentare ogni forma di governo in cui il Capo dello Stato sia privo di un siffatto ruolo, esistendo anche stati a forma di governo presidenziale o semipresidenziale in cui tale ruolo risulta poco penetrante.

⁶² In Portogallo, tuttavia, nel caso in cui la legge riguardi alcune materie tassativamente previste dalla Costituzione, per superare il voto presidenziale è necessario ottenere, come visto, non solo la maggioranza assoluta dei componenti, ma anche quella dei due terzi dei presenti.



ISSN 2037-6677

2015/3

Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo

Taxation and rights in the contemporary constitutional state

Nino Olivetti Rason

Tag: taxation, constitutional state



Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo

di Nino Olivetti Rason

SOMMARIO: 1. – Autorità e libertà: lo sguardo del comparatista. 2 – Fisco e diritti di libertà. 3 – Fedeltà fiscale, semplicità ed efficienza. 4. – Il costo dei diritti. 5. – Doveri e diritti del contribuente. 6. – Dall’antagonismo al consenso?

1. – Autorità e libertà: lo sguardo del comparatista

La nozione di “Stato costituzionale contemporaneo” interroga da sempre gli studiosi del diritto e, di recente, il volume Giovanna Tieghi, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo. Il contribuente partner*, Jovene editore, Napoli, 2012, ne esamina la nozione dalla prospettiva del diritto comparato, dimostrando come tale nozione si attagli agli ordinamenti giuridici statuali che, nell’attuale realtà politica, economica e sociale, si riconoscano, formalmente o sostanzialmente (a seconda che abbiano o meno una Costituzione scritta), in alcuni elementi fondamentali caratterizzanti il loro “modo di essere”. Per quanto qui rileva, tale forma di Stato viene esaminata in relazione al rapporto tra fisco e diritti di libertà.

La nostra A. è ben consapevole che lo Stato costituzionale contemporaneo può svilupparsi in forme giuridiche diverse, a seconda del modello politico di riferimento, in relazione al mutare dei canoni interpretativi, all’evoluzione dei

rapporti internazionali, nonché ad altre variabili, quali il processo di “mondializzazione” in atto. Nel convogliare l’attenzione sulla “fiscalità” e sul conseguente manifestarsi delle interrelazioni tra fisco e contribuente, Tieghi prospetta fin dalle prime pagine (e più avanti sottoporrà ad attenta analisi) orientamenti e soluzioni che variano da uno Stato all’altro. Le differenze sono destinate ad accentuarsi nei momenti di crisi, quando il «complesso processo di aggiornamento delle istituzioni» è «sollecitato da una crescente tensione nei confronti di chi è al potere» (p.61). Come viene ricordato (p.100 ed ivi spec. nota 316), la tensione si manifesta quando mancano i provvedimenti necessari o, come sta accadendo oggi in Italia, tali provvedimenti sono «penosamente superficiali» (Lottieri).

Altri ordinamenti nei quali si presenta il binomio fiscalità-diritti in forme analoghe a quella italiana, possono essere utilmente avvicinati al nostro. Infatti - osserva l’A. - «in un periodo storico come quello attuale, caratterizzato da continui tentativi d’integrazione tra sistemi giuridici e da un’ampia circolazione dei principi liberal-democratici, la comparazione assume un rilievo decisivo, come mai prima d’ora» (p.71). In vero, oltre a dilatare le conoscenze, la comparazione «riveste una inusitata importanza pratica» (vedi L. Pegoraro, *Diritto pubblico comparato tra scienza e metodo*, in Aa.Vv. *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2009, p.1). Nel caso di specie si rileva che il contribuente italiano fatica più di altri a districarsi tra le maglie del potere autoritativo dello Stato. Sicuramente più del contribuente statunitense, cui la nostra A. lo contrappone, che può avvalersi di una ben maggiore difesa delle libertà individuali.

Quest’ordine di considerazioni è ribadito più volte nel corso del volume. Tieghi, dopo aver rilevato che la cooperazione del contribuente permette al fisco di raggiungere maggiori risultati in termini di efficienza (p.276), si rammarica che l’ordinamento italiano, diversamente da altri, consideri i contribuenti solo (o soprattutto) come potenziali evasori e non come cittadini che possano vantare dei diritti anche nei confronti del fisco (p.271).

2. – Fisco e diritti di libertà

I problemi di cui si discorre non sono certo nuovi. Tra gli scritti risalenti agli anni ottanta, si ricorda quello di E. De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente. Le garanzie costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1987, pp.V-VII, nella cui *Prefazione* G. Berti riteneva non fosse fuori luogo considerare «l'immagine dello Stato come fiscalità ... preponderante nei confronti delle tante immagini che dello Stato abbiamo» e apprezzava chi - come appunto De Mita - perseguiva «lo sforzo di importare razionalità nell'ambito fiscale dove è precluso e ancora prevale il segno di un imperio statale». Egli concludeva: il cittadino «deve poter rivendicare i diritti che la Costituzione gli riconosce di fronte a qualsiasi iniziativa e in ogni passaggio dell'azione pubblica». Del resto lo stesso De Mita (nella V edizione del volume, 2006, p.9) ci rammenta che «i doveri ... trovano il loro punto d'incontro con i diritti nella persona umana, non vista nella generica soggezione alla potestà statuale, ma come centro di interessi e valori attorno a cui ruota tutto il sistema delle garanzie costituzionali».

Negli anni più recenti il discorso si allarga. È maturata la consapevolezza (di cui ci fa partecipi M. Bertolissi nella *Prefazione* a G. Tieghi, *Fiscalità* cit., p.XIV) che «nuovi orizzonti ... aprono alla luce il nostro atrofizzato sapere, così lontano dalla realtà, così inerte di fronte al cambiamento. Servono nuove idee, ragionamenti nuovi, visioni prospettiche che pongono al centro dell'esperienza costituzionale non categorie formali pietrificate, ma rapporti, *connessioni vitali*».

Le “connessioni vitali” e i “nuovi orizzonti” sviluppatisi con la mondializzazione ed i suoi dintorni, sono oggetto di un ampio, puntuale e meditato esame da parte della nostra A., consapevole che certi diritti di libertà esistono nella misura in cui l'ordinamento li riconosca e li tuteli, devolvendo le risorse necessarie perché possano manifestarsi. Chi voglia davvero scoprire le radici di ciò che lo Stato intende compiere, dev'essere consapevole (come lo era G. Maranini in *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, nuova edizione a cura di E. Capozzi, Rubettino, Catanzaro, 2003, p. 255) che «la storia delle libertà contemporanee è strettamente legata alla storia delle istituzioni, tanto da non poter essere intesa nei suoi sviluppi senza un frequente riferimento a quelle istituzioni».

3. – Fedeltà fiscale, semplicità ed efficienza

Il discorso della nostra A. assume dunque come protagonisti, fiscalità e diritti di libertà (pp.71-80). Dal loro interagire si desume che «l'arretratezza del nostro sistema normativo e istituzionale risiede proprio nell'ostinazione con cui si continua a non cogliere le trasformazioni da tempo avvenute in ordinamenti, questi sì "civili"» (p.86). È questo un rilievo che denota amarezza e sconforto. L'una e l'altro potrebbero essere contrastati anche in Italia se i cittadini-contribuenti si orientassero verso una più elevata fedeltà fiscale e se la normativa che disciplina il settore fosse più semplice ed efficiente (p.94). Non basta: sarebbe necessario che in questo ambito l'attività dello Stato non fosse "oltremodo costosa" (p.100); che fossero opportunamente tutelati i diritti della persona (p.109), che non si assistesse all'applicazione di principi discordanti e talora addirittura contrastanti tra di loro (p.110) che, quando necessario, si applicassero dei correttivi e si aprissero nuovi percorsi per la protezione dei diritti del contribuente (p.114).

Per procedere in questo senso si può auspicare la "rivisitazione" dei rapporti tra fisco e cittadini (p.128), nello "spazio interattivo" in cui s'incontrano, con ruolo propulsivo, governanti e governati (p.141).

4. – Il costo dei diritti

Il costo sociale dei diritti dovrebbe essere sempre commisurato alle risorse disponibili. In altre parole (quelle di S. Holmes e C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino, Bologna, 2000, p.25) un diritto costa. Si deve rinunciare a qualcosa per averlo e proteggerlo. Questa frase sembrerebbe non richiedere commenti. Tuttavia, in Italia come altrove, ogni rinuncia di ordine economico deve convincere l'opinione pubblica, nelle sue componenti più qualificate ed ottenere il consenso della maggioranza delle forze politiche. Non è certo facile formulare programmi di riforma superando le antinomie tra costo dei diritti, esigenze del fisco e fenomeno dell'evasione fiscale. Secondo Tieghi, nel riflettere su questi problemi, non si deve perdere di vista la lezione americana. Già sul finire del XIX secolo, la Corte suprema degli Stati Uniti (*Nicol v. Adams*, 173 U.S. 509,515, del 1899) sanciva un principio di fondamentale importanza che la nostra A. ci riporta nella traduzione italiana (pp.227-228, nota 356): «il potere di tassare è l'unico grande potere sul quale è fondato l'edificio nazionale. Esso è tanto

necessario alla vita e alla prosperità della nazione quanto l'aria alla vita dell'uomo. Non è soltanto il potere di distruggere ma il potere di mantenere in vita». È questa la base di un ragionamento più ampio, destinato a svilupparsi negli anni, circa le scelte normative in materia fiscale, che coniugano il dovere morale individuale di adempiere all'obbligo fiscale con il dovere sociale di migliorare il sistema retributivo (p.237 ed ivi nota 378). La nostra A. è convinta che «il modo in cui il fisco tratta il contribuente» abbia «un impatto decisivo sul comportamento del contribuente stesso» (p.254). Negli Stati Uniti si è ritenuto opportuno instaurare inizialmente una sorta di dialogo tra fisco e contribuente, per convincere quest'ultimo ad accogliere “spontaneamente” richieste motivate e giustificate, ed informarlo che, in ogni caso, non può sottrarsi al pagamento delle imposte o alle sanzioni previste per un eventuale rifiuto o ritardo.

5. – Doveri e diritti del contribuente

Numerosi Stati si sono dotati di *Taxpayers' Charters*, che sanciscono i doveri e i diritti del cittadino contribuente. La nostra A. ci mostra come l'attività fiscale, ma il ragionamento potrebbe allargarsi ad ogni attività giuridicamente rilevante, raggiunga maggiori risultati in termini di efficienza se le regole da applicare ottengono il consenso sociale e sviluppano una sorta di “fascino normativo” (p.295). Così il rapporto fisco-cittadino, scoraggia gli evasori ed anche chi si proponga di eludere le imposte: «un miglior apparato burocratico è associato ad un minor livello di evasione» (p.311). L'efficienza è anche correlata al sistema di garanzie e di sanzioni di cui dispone ciascun ordinamento. Si può osservare a questo riguardo, che tanto la Corte suprema degli Stati Uniti quanto la Corte costituzionale italiana, chiamate ad esprimersi su questo ordine di problemi, si sono mostrate restie ad intervenire. La prima, argomentando in uno specifico ma emblematico caso -cui Tieghi si richiama (p.313)- che un suo eventuale intervento avrebbe rappresentato una «*premature judicial interference*». La seconda con alcuni recenti interventi in tema di Statuto del contribuente esprimendosi in termini che hanno determinato un affievolimento del controllo e un'inadeguata verifica circa la razionalità delle scelte del legislatore. Si ritiene che in tal caso «il contribuente [verrebbe privato] delle più basilari garanzie di difesa» (p.319).

6. – Dall'antagonismo al consenso?

È possibile modificare alla radice il rapporto fisco-contribuente e trasformare l'antagonismo che spesso lo anima in una composizione consensuale? Il diritto comparato ci prospetta varie soluzioni sulle quali occorre riflettere. Nella nozione di Stato costituzionale contemporaneo sono infatti ricompresi ordinamenti statali con caratteristiche istituzionali differenti, assetti politici che spaziano da quello socialdemocratico a quello liberale.

In termini generali si può auspicare, con Tieghi, di raggiungere una certa compromissione consensuale tra fisco e contribuente, l'uno e l'altro con diritti e doveri interdipendenti, destinati ad una «imprescindibile situazione di *costruttiva reciprocità*» (p.348). Si parla, a questo proposito, di scambio costruttivo (p. 353 nota 274), fondato su di un'auspicabile cambiamento di mentalità specie nel senso della semplificazione all'interno dell'apparato amministrativo. In casi come questo che la nostra A. ritiene potrebbe prospettarsi nello svolgimento del sistema americano e della sua matrice liberale, il fisco ed il contribuente sarebbero l'uno il *partner* dell'altro. Per raggiungere un tale risultato, i due *partner* dovrebbero essere disposti a riconoscere anche i lati negativi del rispettivo modo di agire; si rimedierebbe ad eventuali inadempienze collaborando in termini giuridici e politici (pp.350-351).

Vi sono paesi, oltre all'America, nei quali i rapporti fisco-contribuente sembrerebbero offrire spazio all'ipotesi di composizione consensuale, sulla quale, per altro, grava il ricordo del “diritto di resistenza” esercitato proprio in America nei confronti della *taxation* britannica. Ci si riferisce al *Boston tea-party* del 1773, configurabile come prima manifestazione di ribellione; ma è interessante che allo stesso nome, *tea-party*, non abbiano esitato a richiamarsi, ai nostri giorni, certe forze politiche minoritarie, ma numericamente non irrilevanti, per esprimere la loro contrarietà all'orientamento politico-economico del governo.

La nostra A. ci ricorda che il contribuente italiano «smarrito sempre più nella complessità e nell'eccessiva sovrapposizione di norme tributarie [...] vive intensamente un senso di continua ingiustizia» (pp. 354-355). Nel settore della fiscalità si dimentica troppo spesso che «giuridicamente parlando individui e

ordinamenti pubblici hanno una eguale dignità» (M. Bertolissi, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Jovene, Napoli, 2012, p.72).

Altri hanno osservato che le istituzioni riescono ad ottenere, nel corso del tempo, «una qualche (anche implicita) adesione da parte della popolazione» poiché «è [...] l'abitudine, ben più di un giudizio razionalmente ed esplicitamente accordato che può rendere stabile un ordinamento». D'altra parte, come è avvenuto anche in America, l'autorità dello Stato può manifestarsi attraverso una «metodica manipolazione della realtà» senza la quale il consenso all'iniziativa che s'intendeva intraprendere sarebbe stato negato (C. Lottieri, *Credere nello Stato? Teologia politica e dissimulazione da Filippo il Bello a Wikileaks*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2011, p. 145 e p. 168).

La nostra A. è consapevole che dai problemi che ha prospettato, scaturiscono nuovi interrogativi (p. 362), specie nei confronti delle garanzie giuridiche che sovraintendono al cambiamento nel settore amministrativo-fiscale. Ricordando certe iniziative americane, di cui si è fatto promotore il garante federale, Tieghi conclude che «il contribuente dev'essere trattato *properly*» (p. 363). La tassazione dovrebbe essere intesa come uno scambio tra lo Stato e il cittadino: un vero e proprio *fiscal exchange* (p.364).



ISSN 2037-6677

2015/3

**La decretazione d'urgenza nella sentenza 12/2015 del Tribunale Costituzionale spagnolo e la sua idoneità in materia economica:
una riflessione comparata con l'esperienza italiana**

The emergency rule-making in decision 12/2015 of the Spanish constitutional tribunal and its effectiveness in the economic sphere: a comparison with the Italian case

Luigi Ferraro

Tag: emergency, laws, Spain



La decretazione d'urgenza nella sentenza 12/2015 del Tribunale Costituzionale spagnolo e la sua idoneità in materia economica: una riflessione comparata con l'esperienza italiana – Tribunale Costituzionale spagnolo, sentenza del 5 febbraio 2015 n. 12 (STC 12/2015)

di Luigi Ferraro

1. – Con la sentenza n. 12/2015 (da ora in poi anche STC 12/2015) il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha rigettato la questione di costituzionalità promossa da 50 deputati del Gruppo Parlamentare Socialista avverso il *Real Decreto-Ley* 6/2013, del 22 marzo, teso a garantire i titolari di determinati prodotti finanziari di risparmio e investimento.

La decisione è meritevole di attenzione poiché da un lato offre l'opportunità di riflettere – anche in una chiave comparata – sulla giurisprudenza costituzionale di quel Paese riguardo il presupposto di straordinaria e urgente necessità all'origine di un decreto-legge, dall'altro analizza l'idoneità di tale fonte del diritto in una situazione di difficoltà economica, che purtroppo oggi è divenuta diffusa in ragione della grave crisi che ha colpito l'Europa con ripercussioni talvolta importanti sul patrimonio dei diritti sociali dei suoi cittadini.

Entrando nel merito della questione, il motivo di illegittimità su cui si basa la domanda dei deputati socialisti si incentra per l'appunto sull'assenza del presupposto

ora richiamato che, ai sensi dell'art. 86 della Costituzione spagnola (CE), è indispensabile per il ricorso del Governo alla decretazione d'urgenza. Il Tribunale si ricollega alla sua «dottrina consolidata», secondo la quale la condizione di straordinaria e urgente necessità richiesta dalla Carta fondamentale «“non è, in alcun modo, una clausola o espressione priva di significato dentro cui il naturale margine di apprezzamento politico del Governo si muove liberamente senza alcuna restrizione, ma, al contrario, è la constatazione di un limite giuridico nel ricorso al decreto-legge”, per cui, questo Tribunale può, “nel caso di uso abusivo o arbitrario, respingere la qualificazione che gli organi politici fanno di una determinata situazione come di ‘straordinaria e urgente necessità’ e, conseguentemente, dichiarare l’incostituzionalità del presupposto abilitante”» (*fundamento jurídico* 3).

In ragione di ciò, il *Tribunal Constitucional* (anche TC) ritiene che la valutazione sulla sussistenza della condizione straordinaria di necessità e urgenza sia innanzitutto politica e che, dunque, debba spettare al Governo quale «titolare costituzionale della potestà legislativa di urgenza» e al Congresso dei Deputati in sede di convalida del decreto-legge. Al TC compete solo un «controllo esterno» di costituzionalità, finalizzato a verificare da un lato che la qualificazione da parte degli organi politici di una specifica situazione come necessaria ed urgente sia esplicita e opportunamente motivata, dall'altro che sussista un rapporto strumentale ed adeguato tra le misure previste nel decreto e la situazione straordinaria che si vuole disciplinare.

In relazione al contenuto economico del decreto *de quo*, poi, il TC rammenta come già sia stata riconosciuta nella propria giurisprudenza l'idoneità di tale fonte del diritto per fronteggiare «difficili congiunture economiche», come, ad esempio, nel caso delle misure tributarie per il risanamento dei conti pubblici, della nuova normativa per la nascita e il trasferimento delle imprese, dei provvedimenti di stimolo per il mercato delle automobili etc., cioè tutte fattispecie in cui il giudice delle leggi ha evidenziato l'urgenza delle misure in rapporto ad una situazione di crisi economica (*f.j.* 3).

Dopo aver richiamato la sua «dottrina consolidata» sui profili generali della decretazione d'urgenza, l'Alto Tribunale ha incominciato ad esaminare il contenuto specifico del decreto legge ora sottoposto alla sua attenzione. Quest'ultimo prevede l'istituzione di una Commissione di vigilanza, di natura amministrativa, sui prodotti

finanziari misti di capitale e debito subordinato, alla quale sono state assegnate una serie di funzioni tra cui vanno ricordate: l'analisi dei fattori che sono alla base dei reclami giudiziari ed extra-giudiziari avanzati nei confronti delle imprese di credito da parte dei titolari dei suddetti prodotti finanziari; la presentazione al Congresso dei Deputati di un parere trimestrale sugli aspetti fondamentali che emergono dai reclami; l'individuazione di proposte capaci di agevolare la tutela di coloro che acquistano i titoli in questione (art. 1).

In riferimento a questa disposizione normativa i ricorrenti lamentano l'assenza del requisito di straordinaria necessità e urgenza, poiché nella «Exposición de Motivos» del *Real Decreto-Ley* non solo non vi è un sufficiente richiamo alle ragioni che legittimano l'adozione di quella fonte normativa, ma manca altresì una soluzione globale e completa a favore dei proprietari dei titoli di investimento, necessaria per giustificare «il ricorso a una norma eccezionale» che avrebbe permesso di recuperare in via immediata il risparmio investito.

Alla luce di tali doglianze il TC – attraverso il «controllo esterno» di costituzionalità – inizia la propria valutazione con la «Exposición de Motivos» e vi rinviene effettivamente un solo passaggio argomentativo a sostegno della scelta per il decreto-legge. Nelle motivazioni si sostiene unicamente che le misure previste «si inquadrano in un contesto di urgente e straordinaria necessità» per l'immediatezza dei loro effetti sul processo avviato in Spagna di ristrutturazione delle imprese di credito, peraltro nel rispetto degli accordi siglati per ottenere l'assistenza finanziaria europea (*Boletín Oficial del Estado*, 23 marzo 2013, *Exposición de Motivos*, punto IV).

Il giudice delle leggi spagnolo, però, richiama anche gli argomenti esposti dal Ministro dell'Economia in sede di dibattito parlamentare per la convalida del *Real Decreto-Ley*, da cui ricava ulteriori ragioni a favore dell'adozione di quest'atto avente forza di legge, a completamento della «Exposición de Motivos». Il rappresentante del Governo, infatti, ha sostenuto che l'Esecutivo con queste misure ha inteso incrementare in modo sollecito il ricorso all'arbitrato quale soluzione più rapida e semplice – rispetto alla via giudiziaria – per risolvere le controversie nate dalla commercializzazione di taluni prodotti di investimento, favorendone così il recupero da parte dei risparmiatori. L'opzione per la fonte normativa che presuppone una situazione di straordinaria necessità e urgenza si giustifica, per di più, anche in

considerazione della tutela dei piccoli investitori, che nella gran parte dei casi si trovano a sopportare – in un contesto come quello attuale di crisi economica – una situazione di particolare vulnerabilità. Tutto ciò integra gli estremi di quella «difficile congiuntura economica» che per il TC può essere affrontata opportunamente con un decreto-legge, secondo la sua consolidata giurisprudenza (*f.j.* 4).

Per il Tribunale Costituzionale, allora, la «Exposición de Motivos» e quanto sostenuto dal Ministro dell'Economia evidenziano insieme quelle motivazioni esplicite e ragionevoli a supporto del decreto-legge che ne escludono un uso arbitrario, così come richiesto in sede di «controllo esterno» di costituzionalità. Infatti, non sono state invocate formule rituali o generiche, bensì una concreta situazione economica – cui la fonte normativa deve porre rimedio – che riguarda la liquidità dei prodotti misti di investimento a favore di quei piccoli risparmiatori danneggiati dalla loro commercializzazione.

Dopo la motivazione alla base del decreto-legge la successiva verifica che spetta al TC attraverso il «controllo esterno» di legittimità riguarda l'adeguato rapporto di strumentalità tra le misure previste nel decreto e la situazione di straordinaria necessità e urgenza. I deputati ricorrenti contestano tanto la scelta della fonte normativa che reputano «sproporzionata» per la costituzione di una Commissione di vigilanza a carattere amministrativo, quanto lo stesso ruolo di questa Commissione che non è destinata ad apportare, a loro giudizio, alcun miglioramento per la situazione dei piccoli risparmiatori, poiché i meccanismi di gestione dei prodotti finanziari in questione sono stati già previsti dalla *Ley 9/2012*.

In relazione al primo rilievo il *Tribunal Constitucional* ritiene che l'importanza delle funzioni assegnate alla Commissione e l'individuazione da parte sua di misure immediate, tra cui i rimedi alternativi a quelli giudiziari che possano tutelare in modo più rapido i piccoli investitori, giustificano il ricorso del Governo al decreto-legge; per ciò che concerne, invece, la seconda contestazione il giudice delle leggi evidenzia come sia proprio la normativa impugnata – e non quella invocata dai ricorrenti – a stabilire la disciplina necessaria per il controllo dei procedimenti arbitrali che si vogliono adottare nel caso di specie (*f.j.* 5). Dunque, in forza delle motivazioni sinora richiamate il *Tribunal Constitucional* ritiene adeguate le ragioni di straordinaria

necessità e urgenza che sono alla base del *Real Decreto-Ley* 6/2013, sicché rigetta la questione di costituzionalità.

Tuttavia, la decisione dell'Alto Tribunale non è stata condivisa da due giudici che hanno manifestato opinioni dissidenti, ammesse com'è noto nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo. Il primo Magistrato (L.I. Ortega Álvarez) contesta l'utilizzo della decretazione d'urgenza da parte del Governo; difatti, riprendendo quanto già sostenuto dai ricorrenti, a suo giudizio sulla materia *de qua* sarebbe stata possibile anche l'adozione di un regolamento in sintonia con le funzioni tipiche dell'Esecutivo, poiché è stata costituita «*ex novo*» una Commissione di vigilanza priva di funzioni esecutive e dotata di soli poteri consultivi, oltre a quelli di proposta. Del resto, secondo il Magistrato l'ambito di disciplina del decreto-legge deve coincidere in via di principio con quello della legge, nel rispetto ovviamente dei limiti di materie fissati in Costituzione, sicché la decretazione d'urgenza non dovrebbe intervenire laddove fosse sufficiente il regolamento. Nel caso di specie, allora, diventa fondamentale verificare la validità dell'opzione governativa a favore del decreto-legge, secondo «criteri strettamente giuridico-costituzionali» e, quindi, non invasivi del giudizio politico che è alla base di quest'atto normativo. Per l'opinione dissidente – che considera decisiva, tra le altre cose, la motivazione circa la necessità del provvedimento adottato – il Governo spagnolo non è riuscito a provare che l'atto con forza di legge fosse più idoneo, rispetto alla scelta regolamentare, per la risoluzione della situazione di urgente necessità e «per la disciplina di un organo amministrativo».

L'altro Magistrato (F. Valdés Dal-Ré), infine, appunta i suoi rilievi critici in particolare sulla sussistenza del presupposto di straordinaria necessità e urgenza. A tal riguardo, prendendo spunto da precedenti decisioni del *Tribunal Constitucional* (STC 68/2007, *f.j.* 7), il Giudice dissidente distingue tra due differenti tipologie di ragioni che possono giustificare tale presupposto: quelle «*básicas e instrumentales*». Le prime offrono le motivazioni generali a fondamento dell'intero atto avente forza di legge, le seconde si presentano come motivazioni specifiche rispetto a singoli «*bloques normativos*» in cui si articola la medesima fonte-atto. Invero, secondo la *dissenting opinion*, le ragioni per l'utilizzo del decreto-legge, soprattutto con riguardo alla «*Exposición de Motivos*», sono generiche; come già segnalato in Sentenza, si

registra un solo concreto riferimento a motivi che possono giustificare il presupposto abilitante, mentre sarebbero dovute emergere ragioni ulteriori e più stringenti di necessità e di urgenza legate alla fattispecie esaminata dal Tribunale Costituzionale. Il Magistrato, egualmente, non condivide il richiamo del giudicato a quanto sostenuto dal Ministro dell'Economia in sede di convalida del decreto-legge. Anche quest'intervento non illustra le ragioni capaci di giustificare il ricorso da parte del Governo a tale fonte del diritto, poiché si limita ad «una semplice elencazione degli obiettivi perseguiti» dall'Esecutivo, così da garantire solo la «copertura politica» al *Real Decreto-Ley* 6/2013 (il Magistrato F. Valdés Dal-Ré si richiama nella sua *dissenting opinion* alle ragioni già da lui illustrate – sempre in un'ottica di dissenso e in modo ancora più ampio – nell'ATC 43/2014, laddove, ad esempio, ancora con riguardo ad un decreto-legge, lamentava che la ragione «básica» di quel provvedimento era espressa in realtà con «formule rituali» ed «evanescenti», rendendo perciò impossibile il controllo di costituzionalità).

In breve, le due opinioni dissidenziali ora illustrate, seppure da angoli di visuale parzialmente diversi, sembrano convergere sulla necessità di rendere più rigoroso il controllo di costituzionalità sulle ragioni che spingono il Governo ad impiegare la decretazione d'urgenza – pur nella consapevolezza dello spazio che bisogna riconoscere «al giudizio puramente politico» (L.I. Ortega Álvarez) – in quanto il tentativo da parte del giudice costituzionale dovrebbe essere quello di arginare la sempre maggiore pervasività degli Esecutivi.

2. – Due sono gli aspetti problematici che emergono dalla STC 12/2015, anche nella prospettiva comparata con l'esperienza italiana: la situazione di straordinaria necessità e urgenza che rappresenta il c.d. “presupposto abilitante” (secondo la locuzione utilizzata nella giurisprudenza costituzionale spagnola) per l'adozione del decreto-legge e l'idoneità di questa fonte per affrontare un contesto di crisi economica.

In via preliminare sembra opportuno rammentare il noto procedimento con cui si può ricorrere alla decretazione d'urgenza in Spagna. Ai sensi dell'art. 86.1 CE, «in caso di straordinaria e urgente necessità, il Governo potrà emanare disposizioni legislative provvisorie, che assumeranno la forma di decreti-legge e che non

potranno influire sull'ordinamento delle istituzioni fondamentali dello Stato, sui diritti, doveri e libertà dei cittadini di cui al Titolo I, sul regime delle Comunità Autonome e sul diritto elettorale in generale».

Dopo aver sancito il presupposto su cui si basa l'adozione del decreto-legge e aver individuato le materie sottratte alla sua disciplina, nel secondo comma si evidenziano le ulteriori peculiarità di questa fonte del diritto: «i decreti legge dovranno essere immediatamente sottoposti per la discussione e la votazione al Congresso dei Deputati, convocato a tale fine, se non sia riunito, entro 30 giorni dalla promulgazione. Il Congresso dovrà pronunciarsi espressamente, entro detto termine, per la loro convalida o abrogazione, secondo una procedura speciale e sommaria stabilita dal regolamento». Come si vede, dunque, il decreto-legge entro il termine breve di 30 giorni deve essere esaminato dal solo Congresso – che è poi la Camera politica – affinché lo si possa convalidare, senza alcuna modifica, oppure abrogare. Nel caso della convalida, essa conferisce al decreto un valore definitivo, eliminandone quel carattere provvisorio richiamato dal primo comma dell'art. 86 CE; ad ogni modo, va precisato che in questa fase l'atto normativo in oggetto non si converte in legge, bensì conserva la sua natura di decreto-legge, sempre «che persista la situazione di “straordinaria e urgente necessità”» (in tal senso cfr. P. Santolaya Machetti, *Veinticinco años de fuentes del derecho: el decreto-ley*, in *Rev. derecho pol.*, nn. 58-59, 2003/2004, 389). Nell'ipotesi dell'abrogazione, invece, vi è uno specifico accordo all'interno del Congresso per non procedere alla convalida, per cui il decreto sarà abrogato con efficacia *ex nunc* in seguito al voto di questa Camera (cfr. A.S. De Vega García, *La cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española*, in *Rev. estudios pol.*, n. 68, 1990, 258).

Infine, il terzo comma prevede che «nel termine stabilito al comma precedente, le Cortes potranno dar loro corso nella forma di progetti di legge mediante procedura d'urgenza». In quest'ultima disposizione, cioè, viene sancita anche la possibilità che il decreto sia convertito in legge, in tal caso naturalmente da parte di entrambi i rami del Parlamento che potranno apportarvi eventuali modificazioni rispetto al testo normativo originario. Secondo una parte della dottrina l'art. 86 CE sembrerebbe sancire – tra il secondo e il terzo comma – un'alternatività tra la convalida del decreto-legge e la sua conversione, rilevando così

un contrasto con l'art. 151.4 del Regolamento del Congresso dei Deputati per cui, al contrario, il decreto dovrebbe convertirsi in legge solo dopo la sua convalida (tale profilo critico è bene evidenziato da A.M. Carmona Contreras, *El decreto-Ley en tiempos de crisis*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 47, 2013, 17). Tuttavia, altro orientamento dottrinario, in ragione di una norma costituzionale poco perspicua e dell'impossibilità di procedere in 30 giorni alla conversione, sostiene che comunque l'obiettivo del Costituente «fu di “includere” e “unire” in uno stesso atto entrambe le vie» (questa posizione è illustrata da R. Tur Ausina, *La participación de la oposición en el control de los Decretos-leyes*, in *Cuadernos de Derecho Público*, n. 8, 1999, 108 s.), nel senso di considerare la convalida quale previo requisito per la successiva conversione (così F. Balaguer Callejón [Coord.], G. Cámara Villar, M.L. Balaguer Callejón, J.A. Montilla Martos, *Introducción al derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2013, 191; la prassi si muove nella direzione di un gran numero di decreti-legge che sono semplicemente convalidati, mentre pochi di essi sono anche convertiti in legge).

Volendo comunque soffermare l'attenzione sulla condizione richiesta dall'art. 86.1 CE, cioè della straordinaria necessità ed urgenza, va rilevato come il tenore testuale della disposizione costituzionale evidensi immediatamente la centralità di questo presupposto, che non a caso viene qualificato come “abilitante” per il ricorso al decreto-legge. Uno dei suoi aspetti principali è rappresentato dall'urgenza che impone l'utilizzo di una fonte normativa diversa dalla legge ordinaria, il cui lungo procedimento di formazione ne renderebbe intempestivo l'uso rispetto ad una situazione che si presenta – ancor di più – come straordinaria, dunque grave e fuori dall'ordinario. Il decreto-legge, quindi, si distingue per un carattere eccezionale che gli consente di rispondere ad uno stato di necessità, nel senso di «offrire una risposta alle mutevoli prospettive della vita attuale» (STC 6/1983, *f.j.* 5; per la dottrina su questi punti cfr., ad esempio, A.S. De Vega Garcia, *op. cit.*, 265 ss.).

Proprio sul presupposto di straordinaria necessità ed urgenza si concentra quella duplice valutazione politica e giuridica cui si è richiamato il *Tribunal Constitucional* nella decisione oggetto del presente contributo. Il giudizio politico sulla sussistenza di questa condizione spetta innanzitutto al Governo, la cui opzione dovrà poi essere avallata almeno dal Congresso dei Deputati con la convalida, se non dall'intero Parlamento con la conversione in legge; peraltro, già con la convalida

la Camera politica riesce ad offrire una maggiore copertura democratica al decreto-legge, risultando esigui nell'esperienza spagnola i casi di conversione in un testo legislativo.

Il margine di apprezzamento da parte dell'Esecutivo è molto ampio, tant'è vero che la sua valutazione sulla necessità dell'intervento con decreto-legge può anche relazionarsi agli obiettivi del proprio indirizzo politico che esigono un intervento più rapido rispetto ai tempi della legge ordinaria. In questo caso si potrà parlare di una *necessità relativa* che fa da contrappunto alla *necessità assoluta* di intervento nelle ipotesi di pericolo grave per il sistema costituzionale, cioè una situazione che integra gli estremi di quello «stato di eccezione» di cui all'art. 116 CE, distinto dai presupposti per l'adozione del decreto-legge (STC 6/1983, *f.j.* 5; cfr. G.J.M. Barreiro González, *Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 17, 2003, 53 s.).

Accanto alla valutazione politica si aggiunge quella giuridica da parte del Tribunale Costituzionale, in quanto dovrà essere stimata la sussistenza del presupposto di straordinaria necessità e urgenza che svolge la funzione di limite rispetto alla discrezionalità del Governo nell'utilizzo del decreto-legge (STC 29/1982, *f.j.* 2). Tale controllo giuridico si sviluppa in due direzioni, come illustrato dal TC nella sentenza 12/2015 in commento: innanzitutto, è necessario che gli organi politici definiscano in modo esplicito e motivato la situazione quale straordinaria ed urgente; di poi deve seguire una valutazione da parte del giudice delle leggi sull'adeguato rapporto tra il contenuto del decreto, cioè le misure adottate, e la situazione che il Governo vuole affrontare (STC 182/1997, *f.j.* 3).

Per ciò che concerne la motivazione, questa può essere ricavata dalla «Exposición de Motivos» che accompagnano la pubblicazione del decreto e dal dibattito parlamentare di convalida. Non è possibile che il Governo ricorra a formule di stile, generiche o ancor di più ambigue, che non permettono la valutazione al *Tribunal Constitucional* sui casi e sulle ragioni effettive che hanno sostenuto la scelta dell'Esecutivo a favore del decreto-legge. Ciononostante, questo tipo di valutazione potrebbe lasciare comunque un certo margine di apprezzamento anche al giudice delle leggi per il naturale spazio di discrezionalità insito nel giudizio

sulle motivazioni, il che suggerisce allo stesso TC un rigore di analisi attraverso il criterio della ragionevolezza.

L'altro aspetto dell'adeguato rapporto (*conexión de sentido*) tra le misure adottate e la situazione di straordinaria e urgente necessità si può valutare tenendo conto del «contenuto … e [del]la struttura … delle disposizioni racchiuse nel Reale Decreto-Legge» (STC 12/2015, *f.j.* 3). L'Alto Tribunale ha avuto modo di precisare che, ad esempio, il Governo non deve ricorrere a misure senza alcuna relazione – diretta o indiretta – con il contesto cui si vuole fare fronte, né tantomeno a provvedimenti che non siano in grado di incidere in via immediata sulla situazione giuridica esistente (STC 29/1982, *f.j.* 3). Proprio quest'adeguato rapporto (*conexión de sentido*), nell'ipotesi di convalida, deve continuare a persistere quale fattore di legittimità del decreto-legge.

Tuttavia, come per l'esame delle motivazioni, anche per quest'ultimo aspetto il TC è consapevole del margine discrezionale che potrebbe essere speso nel giudizio di costituzionalità, per cui ritiene che solo «dinanzi a casi di evidente assenza» di adeguatezza tra il contenuto del decreto e la situazione concreta o di «“mera arbitrarietà, sotto la forma dell'eccesso di potere legislativo”», si possa pervenire ad un pronunciamento di illegittimità (cfr. A.S. De Vega Garcia, *op. cit.*, 275 s., il quale si richiama ad «*un “juicio de contradicción” o de contraste*» tra le misure adottate e la situazione che si intende affrontare con il decreto).

Questo atteggiamento di *self-restraint* da parte del Tribunale Costituzionale conduce ad una dichiarazione di incostituzionalità del decreto-legge solo dinanzi ad una evidente mancanza del c.d. «presupposto abilitante» *ex art.* 86 CE, che significa, conseguentemente, un «uso abusivo o arbitrario» di tale atto normativo da parte del Governo, fuori da ogni ragionevole discrezionalità politica. Non è un caso come unicamente nel 2007 – per la prima volta – il TC abbia sanzionato l'illegittimità costituzionale di un decreto-legge sottoposto al suo esame; nella sentenza 68/2007, per l'appunto, il giudice delle leggi ha mantenuto fermo il proprio indirizzo giurisprudenziale fin qui illustrato sui presupposti per l'adozione del decreto-legge, eppure – a differenza di tutte le precedenti occasioni – in questo caso ha ritenuto violate le esigenze richieste dall'*art.* 86 CE sulla straordinaria necessità e urgenza, infrangendo «quella permissività» fino ad allora sempre mantenuta rispetto alle scelte

governative (cfr. A. Díaz de Mera Rodríguez, *Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-ley*, in *Asamblea – Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 24, 2011, 146 ss.). Si rileva, pertanto, un atteggiamento più rigoroso dell'Alto Tribunale al fine di evitare un utilizzo arbitrario della decretazione d'urgenza da parte dell'Esecutivo che si ripercuote naturalmente sulla corretta dinamica dei rapporti tra quest'ultimo e il Parlamento, come si avrà modo di evidenziare meglio più avanti.

La STC 68/2007 è utile anche per esaminare l'altro aspetto problematico che emerge dalla sentenza ora commentata, cioè l'idoneità del decreto-legge rispetto alle esigenze economiche. In passato il *Tribunal Constitucional* aveva valutato questa fonte del diritto «strumento costituzionalmente lecito per affrontare congiunture economiche problematiche» (STC 23/1993, *f.j.* 5) e l'indirizzo giurisprudenziale viene ora ribadito nella stessa STC 12/2015. Difatti, in forza di quanto già esaminato in precedenza, il giudice delle leggi qualifica come «difficile congiuntura economica» la descritta condizione dei piccoli risparmiatori e ribadisce l'idoneità della decretazione d'urgenza a fronte delle necessità economiche.

Nella STC 68/2007, però, tra le motivazioni alla base dell'illegittimità del decreto-legge – che prevede misure urgenti per favorire l'occupazione e il sistema di protezione in caso di disoccupazione – si evidenzia come il Governo abbia adottato misure economiche di carattere strutturale, piuttosto che misure congiunturali cioè più strettamente collegate a situazioni concrete di cui dovranno essere vagilate la necessità e l'urgenza (v. A. Díaz de Mera Rodríguez, *op. cit.*, 152 ss.). Secondo il TC è legittimo attraverso quest'atto avente forza di legge adottare rimedi capaci di rispondere a situazioni «di eccezionalità, gravità, rilievo e imprevedibilità» che richiedono – come le definisce emblematicamente lo stesso giudice delle leggi – «acciones quirúrgicas de emergencia» (STC 68/2007, *f.j.* 10), quindi mirate ad una situazione economica congiunturale, senza avere quel carattere sistematico e generale proprio delle misure strutturali, adottate invece nella fattispecie al vaglio di costituzionalità. Ebbene, a differenza di quanto deciso in quest'ultimo giudicato, nella più recente STC 12/2015 la tutela dei piccoli investitori, specialmente quelli che patiscono una situazione economica di particolare vulnerabilità, è considerata dal Tribunale proprio come una «difficile congiuntura economica», per cui il decreto-legge è giudicato idoneo ad affrontare tale contesto.

D'altra parte, lo stato di crisi economica che ha interessato l'intera Europa, tra cui anche la Spagna, può sollecitare il ricorso alle misure urgenti e necessarie che rappresentano la caratteristica principale del decreto-legge (E. Guillén López, *La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 20, 2013, 442, si esprime in termini critici sull'utilizzo in questo caso dell'atto con forza di legge in ragione della sua «minore legittimità dal punto di vista democratico»). Come è ben noto la situazione di necessità economica si è aggravata al punto tale da far concludere in soli 12 giorni – nell'estate del 2011 – la riforma della Costituzione spagnola in tema di stabilità finanziaria. Tuttavia, con la sua giurisprudenza il *Tribunal Constitucional* sembra aver individuato un criterio per evitare il rischio – pure possibile – di un abuso da parte dell'Esecutivo nell'utilizzo della decretazione d'urgenza, soprattutto per rispondere in modo sollecito alle istanze di contabilità pubblica avanzate dall'Unione Europea e dai mercati finanziari. Nel decreto-legge, cioè, devono essere adottate misure economiche di tipo congiunturale, quindi collegate a specifiche situazioni che possono giustificare la condizione di straordinaria necessità e urgenza e che ancora di più – rispetto ad altre situazioni – meritano un'attenta valutazione sui presupposti costituzionali per il pericolo che si possano ledere i diritti fondamentali della persona, come si vedrà a breve.

3. – Alla luce di quanto descritto sulla decretazione d'urgenza e sulla sua giurisprudenza costituzionale in Spagna, può essere utile procedere ad una breve comparazione con il nostro ordinamento sugli aspetti evidenziati nella STC 12/2015. In proposito si palesano interessanti analogie e differenze tra i due Paesi; da subito emerge che il presupposto di straordinaria necessità e urgenza richiamato dall'art. 86.1 CE è molto simile a quanto sancito dalla Costituzione italiana all'art. 77, 2º comma. In entrambe le esperienze giuridiche il decreto-legge rappresenta un'eccezione rispetto al principio della titolarità e dell'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento, tant'è vero che sia in Spagna che in Italia l'atto del Governo assume un carattere provvisorio che ne impone nel primo caso la convalida e/o conversione, nel secondo la sola conversione in legge. Proprio quest'ultimo profilo segna invece una delle differenze più significative, poiché il

Costituente spagnolo ha inteso distinguere tra la convalida e la conversione, mentre la nostra Carta fondamentale ha previsto unicamente quest'ultimo istituto. Ne consegue che – nel caso in cui il Congresso dei Deputati non intenda procedere alla convalida – l'effetto abrogativo sul decreto-legge sarà irretroattivo, a differenza del caso italiano della decadenza, in quanto la convalida deve intervenire ‘solo’ sulla provvisorietà dell'atto rendendolo definitivo per il futuro (cfr. A.S. De Vega Garcia, *op. cit.*, 258; A.M. Carmona Contreras, *op. cit.*, 16); allo stesso modo, oltre a tale efficacia *ex nunc*, proprio perché «la *convalidación* del decreto ... permette il prolungamento dei suoi effetti», nella prassi spagnola non ha avuto seguito il fenomeno della reiterazione che al contrario è ben noto nella nostra esperienza interna (D. Fiumicelli, *Dalla “urgenza nel provvedere” alla “opportunità/convenienza del provvedimento”: la decretazione di urgenza tra origine storica, crisi economica e Corti costituzionali. Un confronto tra i casi di Italia e Spagna*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 2, 2014, 20, in particolare nota 82). Ancora sotto l'aspetto delle differenze, non può non evidenziarsi come l'ordinamento straniero in esame abbia stabilito direttamente in Costituzione le materie su cui è preclusa la decretazione d'urgenza, procedendo ad una scelta diversa rispetto al modello italiano in cui si è optato per il rango legislativo di tale divieto, in base all'art. 15, della legge 400/1988 (G.J.M. Barreiro González, *op. cit.*, 51, richiamando la giurisprudenza costituzionale spagnola, precisa che il divieto si può anche dedurre «logicamente da altre previsioni della Costituzione», come nelle materie riservate alla legge organica e in quelle per cui è previsto il necessario intervento legislativo).

In ogni caso, si registra in entrambe le esperienze costituzionali un ampio ricorso a questa fonte del diritto, sicché i giudici delle leggi dei due Paesi hanno cercato di porre un argine per evitarne un utilizzo patologico (a quest'ultimo riguardo cfr., per tutti, A. Celotto, *L'“abuso” del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1997). Pure sotto tale profilo è suggestiva la comparazione, dal momento che i rispettivi Tribunali costituzionali nello stesso anno 2007 hanno proceduto per la prima volta a dichiarare costituzionalmente illegittimo un decreto-legge per ragioni legate alla mancanza del presupposto di straordinaria necessità e urgenza: nel caso spagnolo si è già citata la STC 68/2007, in quello italiano il richiamo è alla nota decisione n. 171/2007 della nostra Corte costituzionale, successivamente confermata nella sent. n. 128/2008 (per una ricostruzione sulla nostra giurisprudenza costituzionale circa i

presupposti per l'adozione del decreto-legge, a partire dalla sent. n. 29/1995, cfr. P. Carnevale, *Il vizio di “evidente mancanza” dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in www.aic.it, 18 luglio 2007).

In realtà, l'obiettivo comune è quello di evitare l'impiego eccessivo di questo istituto da parte degli Esecutivi, tentando di farlo rientrare nel perimetro fissato dalle rispettive Carte fondamentali. Entrambi i giudici costituzionali hanno inteso rispettare innanzitutto la valutazione politica dei propri Governi e Parlamenti riguardo al presupposto, limitando – come ad esempio in Italia – il vaglio di costituzionalità all'ipotesi di «evidente mancanza» dei «casi straordinari di necessità e d'urgenza», il che ribadisce nella sostanza anche l'indirizzo del *Tribunal Constitucional* spagnolo teso a contenere l'«uso abusivo o arbitrario» del decreto-legge nell'eguale ipotesi di palese mancanza del c.d. presupposto abilitante (STC 29/1982, *f.j.* 3; sui «simili ... percorsi interpretativi» seguiti dalle Corti costituzionali italiana e spagnola, cfr. D. Fiumicelli, *op. cit.*, 70).

Sempre nella prospettiva comparata pure la nostra Consulta, come si sa, ha proceduto all'individuazione degli elementi da cui poter ricavare l'evidente mancanza del presupposto straordinario ed urgente; allo stesso modo del TC spagnolo, il giudice delle leggi italiano si è affidato agli «indici testuali, interni o esterni al decreto», come il Preambolo, la relazione che accompagna il d.d.l. di conversione e il resoconto del dibattito parlamentare (v. R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009, 143). È palese la necessità avvertita dalla nostra Corte costituzionale che il Governo sottolinei le ragioni esplicite e motivate, come suggerisce la giurisprudenza spagnola, che lo portano ad optare per la decretazione d'urgenza, affinché il successivo scrutinio di costituzionalità possa ancorarsi ad elementi il più possibile oggettivi tali da non confonderlo con il giudizio di tipo politico (su «casi paradigmatici di carenza dei presupposti di straordinaria necessità e d'urgenza» con riferimento all'esperienza italiana, v. C. Redi, *Decreto-legge: strumento di legislazione “straordinariamente ordinario”?*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 2, 2011, 8 ss.).

Anche l'altro aspetto problematico che è emerso dalla STC 12/2015 – cioè l'idoneità del decreto-legge per contrastare le situazioni di difficoltà economica –

può essere analizzato in una prospettiva speculare con l'esperienza italiana, a testimonianza di un percorso parallelo pure su questo punto tra i due ordinamenti. È utile ricordare, ad esempio, come il Governo italiano nel dicembre 2011, solo per richiamarsi agli ultimi anni, ricorse proprio ad un decreto-legge (c.d. Decreto salva-Italia, n. 201) per affrontare la problematica situazione economica che in quel periodo stava patendo il suo momento di maggiore gravità per il nostro Paese sui mercati finanziari. A tal riguardo, il Preambolo di quel decreto sottolineava in modo emblematico «... la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per il consolidamento dei conti pubblici, al fine di garantire la stabilità economico-finanziaria del Paese nell'... eccezionale situazione di crisi internazionale e nel rispetto del principio di equità ...». In questo caso i presupposti di straordinaria necessità e urgenza si concretizzavano in un contesto di crisi economica, tanto che l'Esecutivo ricorse – proprio attraverso il decreto-legge – a misure gravose anche per i diritti sociali dei cittadini, quale la materia pensionistica inserita in quel provvedimento.

Alla luce di ciò sembrerebbe, dunque, che una situazione di difficoltà economico-finanziaria possa costituire una condizione di straordinaria necessità e urgenza. Non di meno, si pone in modo problematico il tema dell'idoneità dell'atto con forza di legge in un ambito di questo tipo, soprattutto quando si incide in modo significativo sui diritti fondamentali delle persone, come dimostra la recentissima sentenza n. 70/2015 della nostra Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità del comma 25, dell'art. 24, dello stesso decreto-legge n. 201/2011, nella parte in cui – per gli anni 2012/2013 – limitava la rivalutazione monetaria dei trattamenti pensionistici, nella misura del 100 per cento, esclusivamente alle pensioni di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS. Non è un caso che tra le ragioni di incostituzionalità la Consulta abbia ravvisato la violazione proprio di quel principio di egualanza richiamato dal Governo nel sopra citato Preambolo, a dimostrazione ulteriore di quanta cautela sia necessaria ai fini dell'utilizzo della decretazione d'urgenza.

Indubbiamente, la grave crisi che ha colpito l'Europa senza risparmiare la Spagna e l'Italia ha richiesto (e richiede) misure immediate di contrasto, anche al fine di tranquillizzare quei mercati finanziari sensibili alla celerità delle soluzioni. Proprio

l'immediatezza dei rimedi adottati viene accolta dalla STC 12/2015 (*f.j.* 5) come uno dei fattori che giustifica il ricorso al decreto-legge nella prospettiva dell'urgenza che ne è alla base (sull'immediatezza di efficacia del decreto-legge in tema di politica economica, cfr. G.J.M. Barreiro González, *op. cit.*, 47). In realtà, poiché la crisi attuale ha anche una natura legata al grave debito pubblico dei bilanci statali, «i Governi devono adottare misure che non possono attendere il successivo ciclo finanziario», così come è vera la considerazione che «quanto più severa è la crisi, maggiore sarà la pressione per adottarle» in tempi rapidi (così si esprime A.M. Carmona Contreras, *op. cit.*, 10).

Ciononostante, se in una condizione di difficoltà economica è richiesta l'immediatezza dei provvedimenti, è pur certo che tale situazione accompagnata dall'urgenza delle soluzioni potrebbe rendere meno rigorosa da parte degli Esecutivi la valutazione sugli altri presupposti – quali necessità e straordinarietà – che egualmente governano l'adozione del decreto-legge e sono decisivi in tema di diritti fondamentali. Come precisa la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale di Madrid, questa fonte del diritto può essere adeguata in relazione alla materia economica, ma a condizione di contrastare una situazione di «difficile congiuntura», che quindi si ricollega a concrete situazioni di cui devono essere valutate la straordinaria necessità e urgenza. Ne consegue, allora, l'illegittimità di un decreto-legge in cui siano adottate al contrario riforme di carattere strutturale, la cui portata generale e pervasiva le collocherebbe fuori dai presupposti necessari per l'adozione dell'atto avente forza di legge. Tali indicazioni naturalmente sembrano essere valide anche per i decreti-legge autonomici, ora previsti dai nuovi Statuti delle *Comunidades Autónomas*, le quali di recente stanno ricorrendo sempre di più a questa fonte normativa – nuova a livello territoriale – per affrontare tra l'altro le proprie difficoltà di bilancio (sul decreto-legge autonomico v. F. Balaguer Callejón [Coord.], G. Cámara Villar, M.L. Balaguer Callejón, J.A. Montilla Martos, *op. cit.*, 202 s.).

Il complesso di queste considerazioni evidenzia la centralità del ruolo degli Esecutivi che, anche in ragione del difficile contesto economico-finanziario, hanno acquisito una «maggiore capacità normativa» attraverso l'ampio ricorso alla delega legislativa (soprattutto in Italia) e al decreto-legge, oltre che alla prevalente iniziativa legislativa rispetto agli altri soggetti legittimati (si tratta di quanto sostenuto per la

Spagna da A. Díaz de Mera Rodríguez, *op. cit.*, 140; per l'Italia cfr. D. Fiumicelli, *op. cit.*, 83 ss.).

La constatazione che in particolare il decreto-legge «si è convertito in uno strumento “ordinario” di risposta normativa» in sede di «politica economica» (cfr. P. Santolaya Machetti, *op. cit.*, 393) pone naturalmente il tema delle conseguenze sulla forma di governo. La giurisprudenza costituzionale spagnola e italiana manifestano la necessità di individuare il «punto di equilibrio fra Governo e Parlamento», come dimostra *a contrario* «l'abuso della decretazione d'urgenza [che] è suscettibile di incidere sugli equilibri istituzionali nonché di alterare i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento» (v. R. Bin, G. Pitruzzella, *op. cit.*, 140). È noto come anche in Spagna si assista attualmente ad un ampio ricorso da parte governativa a tale fonte del diritto, pur senza conoscere le «degenerazioni più evidenti che si sono fatte strada nel contesto italiano» come sembrano dimostrare peraltro i dati numerici di comparazione tra i due Paesi (difatti, volendo richiamare proprio questi ultimi tempi di crisi economica, si registrano nell'anno 2014 17 decreti-legge in Spagna a fronte dei 27 in Italia, nel 2013 ancora 17 decreti-legge in Spagna e 26 nel nostro Paese, nel 2012 infine 29 in Spagna contro i 32 del nostro Paese; sull'insieme di questi aspetti, sostanziali e numerici, cfr. D. Fiumicelli, *op. cit.*, 24 e 79 ss.). Ancora nell'esperienza spagnola l'importanza del ruolo del Governo è testimoniata dal ricorso massiccio alla convalida del decreto-legge, piuttosto che alla conversione, così che le sue disposizioni “sono acquisite” *in toto* dal Congresso dei Deputati senza alcuna possibilità di modifica (così A. Ghiribelli, *Necessità ed urgenza del decreto-legge nelle recenti pronunce del giudice costituzionale. Un confronto con il caso spagnolo*, in www.forumcostituzionale.it, 13 settembre 2008, 3).

In entrambi gli ordinamenti il tema è quello del recupero del ruolo del Parlamento all'interno della forma di governo, soprattutto in termini di “copertura” democratica rispetto alle misure adottate in un decreto-legge che, come si è visto, possono anche incidere sui diritti della persona; dall'altro lato, però, è altrettanto significativa l'urgenza dei rimedi nelle situazioni di crisi economica come quella che si sta attraversando. Dunque, ancora una volta, la soluzione non può che rinvenirsi nel bilanciamento delle diverse esigenze. A tal riguardo, la differente esperienza che la Spagna ci offre con la convalida – soprattutto come momento prodromico

all’eventuale conversione – non sembra convincente, dal momento che la prima, la convalida, non consente al Congresso dei Deputati di incidere sul contenuto dell’atto avente forza di legge, riservando tale possibilità solo alla seconda, cioè alla conversione, che però a sua volta raramente diviene il naturale epilogo del procedimento di adozione di un decreto-legge.

In tale prospettiva sembra allora opportuno richiamare – seppure brevemente in questa sede – quanto stabilito dal progetto italiano di revisione costituzionale ancora in corso di approvazione, che nell’ambito della scelta per un bicameralismo imperfetto statuisce: «il Governo può chiedere alla Camera dei deputati di deliberare, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge indicato come essenziale per l’attuazione del programma di governo sia iscritto con priorità all’ordine del giorno e sottoposto alla pronuncia in via definitiva della Camera dei deputati entro il termine di settanta giorni dalla deliberazione» (c.d. “proc. leg. a data certa”, novellando art. 72, c. 7, Cost., del Ddl Cost. A.C. 2613-A e abb.). È evidente il tentativo di dare vita ad un istituto tendenzialmente alternativo alla decretazione d’urgenza che garantisca non solo al Governo tempi certi e brevi per l’esame di taluni disegni di legge, ma anche al Parlamento l’esercizio effettivo della funzione legislativa nel rispetto della separazione democratica dei poteri. In questo modo «il decreto-legge potrebbe essere ... recuperato alle sue finalità istituzionali originarie, quale strumento utile a fronteggiare soltanto le situazioni di emergenza reale ed oggettiva ... quali le calamità naturali, *l'emergenza economica imprevista ed imprevedibile* (corsivo nostro), la necessità di misure finanziarie di immediata efficacia ...» (cfr. R. Tarchi, *Il disegno di legge di riforma costituzionale n. 1429 del 2014. Osservazioni sparse di carattere procedurale e sostanziale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2, 2014, 22).

Anche su questo punto, però, può essere utile la comparazione con il modello spagnolo. Secondo il *Tribunal Constitucional* il ricorso al decreto-legge è da considerarsi necessario solo quando il procedimento legislativo di urgenza non consente di adottare i provvedimenti con la rapidità richiesta dalla situazione che si vuole disciplinare (STC 6/1983, *f.j.* 5; STC 23/1993, *f.j.* 4; STC 68/2007, *f.j.* 6). Tuttavia, l’esperienza di quel Paese dimostra, in senso contrario, un impiego di questa fonte del diritto più ampio rispetto alle limitazioni sollecitate dal giudice

costituzionale, a dimostrazione che l'immediatezza garantita dall'atto avente forza di legge suggerisce al Governo talvolta di andare oltre il presupposto dei casi realmente eccezionali, nonostante si possa disporre di un tipo di *iter* legislativo più rapido.

In conclusione, dunque, la possibile modifica della nostra Carta fondamentale con la previsione del “procedimento legislativo a data certa” sembra potersi accogliere favorevolmente proprio per il tentativo di limitare il ricorso al decreto-legge, purché sussista comunque un comportamento di *self-restraint* da parte dell'Esecutivo – anche nel caso dell'urgenza dettata da una situazione di difficoltà economica e senza arrivare a scelte sanzionabili dalla Corte costituzionale – al fine di garantire gli equilibri della forma di governo parlamentare nel pieno rispetto del principio democratico, peraltro già tante volte recessivo nell'evolversi dell'attuale crisi economico-finanziaria dei Paesi dell'Unione Europea.



ISSN 2037-6677

2015/3

La procedura come forma di tutela della vita

The ‘procedure’ as a formal safeguard to life

Stefano Rossi

Tag: ECHR, compulsory, treatments



La procedura come forma di tutela della vita – Corte europea dei diritti dell'uomo (sezione prima), Sentenza 18 dicembre 2014, ric. n. 25435/06, Belenko c. Russia (sentenza attualmente reperibile in echr.coe.int.)

di Stefano Rossi

1. – Nel caso di specie la Corte europea dei diritti dell'uomo si è trovata a giudicare in merito al ricorso proposto dalla madre di una giovane donna che, dopo un episodio psicotico, era stata ricoverata in una clinica per essere sottoposta a diagnosi e a cure appropriate. Dopo alcuni giorni, visto il peggioramento delle condizioni cliniche, la sig.ra Belenko richiese la dimissione della figlia per poterla curare a casa, ma il primario del reparto psichiatrico si opponeva, proponendo istanza presso il tribunale distrettuale al fine di ottenere un'ordinanza che autorizzasse l'internamento della paziente. Il tribunale accoglieva tale istanza, all'esito di un procedimento sommario a cui non avevano potuto presenziare – per proporre obiezioni o eccezioni – né la paziente, né la di lei madre o un loro rappresentante, non essendo state nemmeno avvise riguardo la data e la sede di svolgimento dell'udienza. Nel corso del mese successivo, la madre si recava quotidianamente in clinica a visitare la figlia constatando il peggioramento della patologia mentale, aggravata dalle conseguenze di una polmonite e dallo sviluppo di piaghe da decubito. La sig.ra Belenko riproponeva nuovamente alla clinica la richiesta volta a far dimettere la figlia, ottenendo una risposta negativa. Dopo essere

stata ricoverata d'urgenza presso l'ospedale regionale, Oksana Belenko moriva a distanza di soli quattro mesi dal ricovero. La madre presentava una denuncia alla Procura distrettuale nei confronti dei medici contestando che la loro negligenza e imperizia aveva causato il decesso della figlia. Sebbene l'inchiesta si sia trascinata per oltre otto anni con l'esecuzione di almeno quattro indagini peritali che avevano dato esiti contrastanti riguardo l'eziologia della morte della paziente, sia stata chiusa e riaperta per ben cinque volte, all'esito di tale "calvario" giudiziario – anche per la scomparsa dei campioni biologici e della relativa documentazione sanitaria – il caso veniva archiviato definitivamente dichiarando che Oksana Belenko era deceduta per cause naturali. La sig.ra Belenko quindi proponeva ricorso avanti la Corte di Strasburgo per violazione da parte delle autorità russe degli artt. 2, 3, 5, 6 e 13 della CEDU.

2. – La questione centrale affrontata dalla Corte europea si rinviene nella determinazione della latitudine delle forme di tutela del diritto alla vita come sancito nell'art. 2 CEDU. Tale diritto racchiude, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, uno dei valori fondamentali delle società democratiche, rientrando nel cd. «nocciolo duro» dei principi affermati nella Convenzione ai quali non è possibile derogare neppure in caso di emergenza (Corte EDU sent. 27-9-1995, *McCann e al. c. Regno Unito*, ric. n. 18984/91, par. 146-147), anche perché esso costituisce il fondamento della possibilità di godimento di ogni altro diritto fondamentale (Corte EDU, sent. 29-4-2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, par. 37).

Il diritto alla vita come «la dignità e la libertà dell'uomo (che) sono l'essenza della Convenzione» (Corte EDU, sent. 7-2-2002, *Mikulic c. Croazia*, ric. n. 53176/99, par. 53) si comprendano nel concetto di diritto fondamentale il quale esprime, con la ricchezza semantica che lo contraddistingue, tanto i fondamenti etici quanto le componenti giuridiche dell'ordinamento di una società. I diritti fondamentali, quindi, seppur positivamente posti, trovano un duplice radicamento nelle norme giuridiche così come nei principi di giustizia che le diverse culture etiche assumono come prioritari. È come se tali diritti fossero, rispetto ad un ordinamento, ad esso intrinseci, ma al contempo affermati prima ed oltre lo stesso (G. Peces Barba Martinez, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, pp. 23 ss.; L. Ferrajoli, *Diritti*

fondamentali. Un dibattito teorico, Bari-Roma, 2001, pp. 34 ss.; G. Palombella, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002, pp. 23 ss.). La complessità degli aspetti che coinvolgono questi diritti è dunque foriera di problematiche intorno alla loro qualificazione, efficacia ed applicazione, dovendo comunque nel sistema CEDU farsi riferimento ad essi come diritti pieni, connotati cioè da quella particolare “pienezza” propria dei diritti fondamentali (R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pp. 25 ss.).

Ciò significa che gli Stati membri, anche per effetto della riserva contenuta nell'art. 15, c. 2, sono sempre e comunque tenuti, all'interno del proprio territorio, a garantirne una protezione concreta ed effettiva (Corte EDU, sent. 20-12-2004, *Makaratzis c. Grecia*, ric. n. 50385/99, par. 56; Corte EDU, sent. 9-11-2006, *Luluyev c. Russia*, ric. n. 69480/01, par. 76).

Nell'evoluzione dell'interpretazione del sistema Cedu, il diritto alla vita ha assunto storicamente il significato di “limite” e di “vincolo” (ovvero la forma dell'obbligo negativo) all'azione dei pubblici poteri, dovendo gli stessi astenersi da condotte (in particolare estrinsecantesi nell'uso della violenza) che possano determinare il decesso di persone comunque soggette alla loro giurisdizione.

Tuttavia, negli ultimi vent'anni, l'art. 2 della Convenzione europea ha subito un processo espansivo, ed, a partire dal caso *McCann e al. c. Regno Unito*, la Corte ha sviluppato un'interpretazione evolutiva della disposizione che l'ha portata in particolare ad ampliare il versante «positivo» degli obblighi che tale articolo impone agli Stati membri (così Corte EDU, sent. 9-6-1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, ric. n. 26550/10, par. 36; Corte EDU, sent. 28-10-1998, *Osman c. Regno Unito*, ric. n. 23452/94, par. 115). Così si è rilevato come la prima proposizione dell'art. 2 imponga allo Stato non solo di astenersi dal provocare in modo intenzionale e illecito la morte, ma anche di adottare le misure idonee a proteggere le vite di coloro che rientrano nella sua giurisdizione. Tale obbligo statale va al di là del dovere primario di garantire il diritto alla vita attraverso l'introduzione di efficaci disposizioni penali atte a dissuadere dalla commissione di reati contro la persona e di un meccanismo di applicazione della legge diretto alla prevenzione e repressione delle condotte illecite, ma può implicare anche, in circostanze ben definite ed entro limiti ragionevoli, l'obbligo positivo a carico delle autorità di adottare delle misure

operative preventive dirette a proteggere l'individuo la cui vita sia messa a rischio dall'azione di organi pubblici o soggetti privati (Corte EDU, sent. 30-11-2004, *Kılıç c. Turchia*, ric. n. 22492/93, par. 62; Corte EDU, sent. 17-6-2008, *Yilmaz c. Turchia*, ric. n. 21899/02, par. 55-56; F. Bestagno, *Art. 2*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (dir. da), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 41 ss.).

Si prospettano in tal senso due diverse declinazioni del profilo materiale degli obblighi positivi posti a tutela della vita: la prima che si esplica nella previsione di garanzie generali che gli ordinamenti nazionali devono offrire, la seconda che, diversamente, si estrinseca nell'adozione di misure personali di protezione della vita di singoli individui quando sia noto che la stessa sia esposta a un rischio certo ed immediato (*Osman c. Regno Unito*, par. 115-116; Corte EDU, Grande Camera, sent. 24-10-2002, *Mastromatteo c. Italia*, ric. n. 37703/97, par. 68-69; Corte EDU, sent. 15-1-2009, *Branko Tomašić e al. c. Croazia*, ric. n. 46598/06, par. 49-51). Questa tipologia di misure specifiche – che non rilevano nel caso qui commentato – ha riguardo alla particolare vulnerabilità dei soggetti a rischio (così nel caso dei detenuti Corte EDU, sent. 14-3-2002, *Paul e Audrey Edwards*, ric. n. 46477/99, par. 56; Corte EDU, sent. 3-4-2001, *Keenan c. Regno Unito*, ric. n. 27229/95, par. 111) ed è anche per tale ragione che con riferimento ad esse, si è discusso di un'estensione orizzontale della sfera di applicabilità degli obblighi convenzionali sino alle relazioni inter-individuali nella prospettiva della garanzia piena dei diritti fondamentali, anche quando la lesione provenga dall'azione di privati (discorre di un «*effet d'irradiation*» D. Spielman, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Luxembourg, 1995, pp. 35 ss.; P. de Fontbressin, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'avenir du droit des obligations*, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Paris, 1995, pp. 157 ss., specie p. 162).

Questi principi si applicano anche nella sfera della sanità. Nel contesto specifico delle negligenze sanitarie, tale obbligo può essere adempiuto anche se, per esempio, il sistema giuridico offre agli interessati un ricorso innanzi alle giurisdizioni civili, solo o congiuntamente ad un ricorso innanzi alle giurisdizioni penali, al fine di stabilire la responsabilità dei medici in causa e, eventualmente, ottenere l'applicazione di ogni appropriata sanzione civile, quale il versamento del

risarcimento danni e la pubblicazione della sentenza. Ciò non esclude forme di intervento attraverso misure disciplinari (Corte EDU, Grande Camera, sent. 17-1-2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, ric. n. 32967/96, par. 49; Corte EDU, sent. 15-12-2009, *Maiorano e al. c. Italia*, ric. n. 28634/06, par. 104 secondo cui «l'obbligo dello Stato va al di là del suo dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita creando una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona e poggiando su di un meccanismo di applicazione concepito per prevenirne, reprimere e sanzionare le violazioni»), così come previste in appositi regolamenti che inducano gli ospedali, pubblici o privati, a prendere misure garanti della vita dei loro pazienti attraverso un efficace sistema giuridico indipendente tale che la causa di morte dei pazienti durante le cure da parte di medici professionisti, nel settore pubblico o privato, sia individuabile e che i responsabili ne rispondano (tra gli altri, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, par. 51; Corte EDU, sent. 21-2-1990, *Powell c. Regno Unito*, ric. n. 45305/99, par. 55; Corte EDU, sent. 1-12-2009, *G.N. c. Italia*, ric. n. 43134/95, par. 80; Corte EDU, sent. 9-7-2013, *De Santis e Olanda c. Italia*, ric. n. 35887/11, par. 60).

Nel caso in commento, la Corte esclude che vi sia stata una violazione sostanziale dell'art. 2 essenzialmente per due ragioni convergenti: da un lato perché l'ordinamento russo prevede una legislazione penale atta a dissuadere in concreto dal commettere lesioni, anche colpose, a danno dei pazienti, dall'altro, perché l'esame della documentazione e delle perizie (pur controverse) aveva escluso che i medici avessero violato *standard* e linee guida, avendo utilizzato metodi di trattamento scientificamente testati e impiegato farmaci ed attrezzature autorizzate.

Così se uno Stato contraente prevede misure adeguate per garantire elevati *standard* professionali tra i sanitari al fine di tutelare la vita dei pazienti, la Corte non può accettare che questioni come errori di valutazione da parte di un medico o negligenze nel coordinamento tra gli operatori sanitari riguardo il trattamento di un particolare paziente, possano di per sé essere sufficienti a chiamare in causa lo Stato sotto il profilo dei suoi obblighi positivi ai sensi dell'art. 2 della Convenzione (*Belenko c. Russia*, par. 73; Corte EDU, sent. 27-6-2006, *Byrzykowski c. Polonia*, ric. n. 11562/05, par. 104).

3. – Vi è poi il versante procedurale del diritto alla vita, ovvero gli obblighi positivi che concernono gli atti di accertamento delle eventuali responsabilità individuali e di repressione delle condotte illecite che lo Stato deve adottare per sanzionarne gli autori e per prevenire future condotte lesive di beni essenziali. L'esistenza di efficaci procedure di controllo *a posteriori* viene considerata nella giurisprudenza di Strasburgo una garanzia indispensabile di effettività del diritto alla vita, tanto da configurare tali obblighi come autonomi rispetto a quelli di natura materiale.

L'obbligo procedurale derivante dall'art. 2 della Convenzione è infatti considerato indipendente dal profilo inerente l'accertamento della responsabilità dello Stato nell'adozione di misure volte a proteggere la vita degli interessati (Corte EDU, Grande Camera, sent. 9-4-2009, *Šilih c. Slovenia*, ric. n. 71463/01, par. 156-159), perciò la Corte ha sempre esaminato nel merito la questione degli obblighi procedurali, separatamente da quella inerente il rispetto dell'obbligo materiale, constatando, all'occorrenza, una violazione distinta dell'art. 2 nella sua parte processuale (Corte EDU, sent. 19-2-1998, *Kaya c. Turchia*, ric. n. 12673/05, par. 74-78 e 86-92; Corte EDU, sent. 4-5-2001, *McKerr c. Regno Unito*, ric. n. 28883/95, par. 116-161; Corte EDU, sent. 7-2-2006, *Scavuzzo-Hager e al. c. Svizzera*, ric. n. 41773/98, par. 53-69 e 80-86; Corte EDU, Grande Camera, sent. 15-5-2007, *Ramsahai e al. c. Olanda*, ric. n. 52391/99, par. 286-289 e 323-357). Così, in alcune cause, il rispetto dell'obbligo processuale è stato persino oggetto di un voto separato sulla ricevibilità (Corte EDU, sent. 27-10-2004, *Slimani c. Francia*, ric. n. 57671/00, par. 41-43; Corte EDU, sent. 28-4-2005, *Kanlıbas c Turchia*, ric. n. 32444/96, par. 89), mentre, in varie occasioni, la violazione dell'obbligo processuale derivante dall'art. 2 è stata addotta in assenza di motivi di ricorso relativi all'aspetto materiale di tale disposizione (*Calvelli e Ciglio c. Italia*, par. 41-57; Corte EDU, sent. 27-6-2006, *Byrzykowski c. Polonia*, ric. n. 11562/05, par. 86 e 94-118; Corte EDU, sent. 27-11-2007, *Brecknell c. Regno Unito*, ric. n. 32457/04, par. 53). In questi termini la Corte ha sancito che l'obbligo processuale di cui all'art. 2 di condurre un'inchiesta effettiva, pur derivando dagli atti riguardanti aspetti materiali, può dar luogo ad una constatazione di «ingerenza» distinta e indipendente (*Šilih c. Slovenia*, par. 159). Tale autonomia si è rilevata in molti casi fondamentale per coloro che reclamavano giustizia innanzi all'istanza sovranazionale nell'impossibilità di fare chiarezza sulle circostanze e sulle

correlate responsabilità inerenti il decesso di una persona, sia esso avvenuto colposamente o dolosamente.

Delineato lo statuto autonomo dei profili procedurali degli obblighi positivi connessi alla tutela del diritto alla vita, si può tornare al caso esaminato nella sentenza, laddove emerge il legame (o meglio la dipendenza) tra il mancato accertamento dei fatti e le lacune e contraddizioni nello svolgimento delle indagini. È bene rammentare che la morte di Oksana Belenko ha dato origine a due distinte fasi di indagini preliminari e sette supplementi di indagine. Nei diversi provvedimenti di riapertura delle indagini, l'ufficio della pubblica accusa e i tribunali investiti del caso hanno rilevato i difetti e le omissioni nelle attività investigative. Peraltro la stessa Corte di Strasburgo, richiamando un caso analogo (Corte EDU, sent. 30-9-2010, *Korogodina c. Russia*, ric. n. 33512/04, par. 58), ha sottolineato come, di per sé, la riapertura di un'indagine penale non costituisse una prova definitiva delle carenze che l'avrebbero connotata, tuttavia il susseguirsi di archiviazioni e riaperture delle indagini dimostrava come fosse mancato un autentico tentativo di stabilire la verità (*Belenko c. Russia*, par. 79-80). Dal momento che la rimessione dei casi per il riesame è di solito ordinata a seguito di errori commessi dalle autorità inferiori, il ripetersi di tali ordini entro un unico procedimento riscontra una grave carenza nel funzionamento del sistema giudiziario (Corte EDU, sent. 25-11-2003, *Wierciszecka c. Polonia*, ric. n. 41431/98, par. 46).

In questi termini si è sottolineato come quello prescritto dall'art. 2 CEDU possa configurarsi come un «obbligo di mezzi» e non «di risultato», in quanto impone agli Stati di condurre in modo adeguato le indagini e non di conseguire il risultato di individuare e punire i responsabili (*McKerr c. Regno Unito*, par. 113; F. Bestagno, *Art. 2, cit.*, p. 51).

All'obbligo di effettività devono conformarsi l'intera procedura innanzi alle autorità nazionali, sia nella fase delle indagini che in quella propriamente processuale; ne deriva che, nell'ipotesi in cui gli organi giudiziari nazionali abbiano adottato delle decisioni sul caso concreto, la Corte europea non limita il proprio sindacato a quanto le autorità nazionali hanno compiuto nella fase delle indagini, ma – data l'importanza del diritto alla vita nel quadro della CEDU – si attiene ad un particolare rigore nell'esame delle fattispecie concrete a prescindere dalla previa

attività investigativa e giudiziaria a livello nazionale (Corte EDU, sent., 6-11-2009, *Esat Bayram c. Turchia*, ric. n. 75535/01, par. 46). La giurisprudenza europea, nell'espletare tale funzione di controllo, tende a parametrare il grado di diligenza e perizia, richiesto agli organi giudiziari e investigativi, alle circostanze e al contesto del caso concreto, evitando di delineare *standard* per le attività istruttorie e omettendo di definire procedure o specifici atti di indagine tali da essere conformati agli obblighi positivi descritti (*Belenko c. Russia*, par. 82; Corte EDU, sent. 18-5-2000, *Velikova c. Bulgaria*, ric.n. 41488/88, par. 80).

Al contempo, tuttavia, con procedimento induttivo, la Corte ha sottolineato la necessità che le funzioni inquirenti e quelle giudiziarie siano esercitate entro termini ragionevoli senza rinvii superflui, ovvero in maniera tale che la protezione riconosciuta dalla legislazione interna non si riduca ad essere solo teorica (Corte EDU, sent. 23-3-2010, *Oyal c. Turchia*, ric. n. 4864/05, par. 73; Corte EDU, sent. 7-11-2002, *Lazzarini e Ghiacci c. Italia*, ric. n. 53749/00, par. 53). Così, nel caso in commento, nonostante la corte distrettuale avesse ordinato la riapertura delle indagini, per oltre due anni e mezzo tale decisione era stata semplicemente ignorata.

L'indagine deve essere inoltre ufficiale ed approfondita, il che comporta l'onere per le autorità statali di adottare ogni provvedimento o effettuare accertamenti che siano ragionevolmente idonei a delineare un quadro probatorio tale da verificare le cause del decesso: non solo quindi la raccolta delle testimonianze e delle prove forensi, ma anche l'espletamento di accurate perizie medico-legali in grado di fornire riscontri clinici obiettivi.

In questo contesto, la Corte ha, in più occasioni, ribadito che, anche se la Convenzione non garantisce un diritto ad istruire procedimenti penali contro terzi (Corte EDU, Grande Camera, sent. 12-2-2004, *Perez c. Francia*, ric. n. 47287/99, par. 70), ai sensi dell'art. 2, un sistema giudiziario efficiente dovrebbe, e, in ragione della gravità del pregiudizio inferto al bene giuridico della vita, deve includere il ricorso al diritto penale. Tuttavia, se la violazione del diritto alla vita o all'integrità della persona non è causata intenzionalmente, l'obbligo positivo imposto dalla CEDU di costituire un sistema giuridico efficiente non richiede necessariamente la disposizione di una via di ricorso penale in ogni singolo caso. Nel caso specifico di negligenza medica, l'obbligo si ritiene soddisfatto se il sistema legale offre alle

vittime una via di ricorso davanti ai tribunali civili, da solo o congiuntamente ad una via di ricorso davanti ai tribunali penali, permettendo di stabilire la responsabilità dei medici coinvolti e qualsiasi indennità civile, oltre che ad un ordine di risarcimento (*Calvelli e Ciglio c. Italia*, par. 51).

Come detto, non ogni lacuna od omissione nelle indagini è di per sé sufficiente ad ingenerare una violazione procedurale dell'art. 2 (*Šilibrat c. Slovenia*, par. 202-211), a meno che le carenze nel procedimento penale influenzino l'effettività degli altri rimedi disponibili (civilistico, amministrativo o disciplinare). Così, nel caso trattato dalla Corte (*Belenko c. Russia*, par. 82), la circostanza che l'ultimo supplemento di indagini fosse stato chiuso per la perdita delle prove biologiche e delle cartelle cliniche aveva definitivamente minato qualsiasi speranza della ricorrente di avere verità e giustizia riguardo la morte della figlia, anche attraverso percorsi diversi da quello penale (Corte EDU, sent. 24-1-2008, *Maslova e Nalbandov c. Russia*, ric. n. 839/02, par. 94).

Nella giurisprudenza della Corte europea si precisa infatti l'esigenza che lo Stato non lasci i familiari delle vittime senza rimedi, dovendo predisporre idonee procedure atte ad accertare le cause e le responsabilità dei decessi in modo da consentire la riparazione – sul piano morale o patrimoniale – dell'offesa patita dalle vittime e, dall'altro, da dissuadere altre persone dalla commissione di atti analoghi. La conoscenza dei fatti e di errori possibili commessi nel corso di cure mediche è essenziale per permettere alle istituzioni e allo *staff* medico coinvolto di rimediare alle possibili lacune e prevenire simili errori. Il rapido esame di casi simili è dunque fondamentale alla sicurezza dei fruitori di tutti i servizi sanitari (*Šilibrat c. Slovenia*, par. 196).

4. – Due ultime notazioni. Nella vicenda *Belenko* emerge chiaramente un'ipotesi di violazione dell'art. 5, par. 4, Cedu, non considerata dalla Corte in quanto contestata oltre il termine di decadenza *ex art.* 35, c. 1, nella misura in cui sia la paziente che la sua famiglia non furono notiziate, né ebbero modo di prendere parte all'udienza in cui si decise sull'ospedalizzazione coatta. È bene rammentare che, per giurisprudenza consolidata, l'organo giurisdizionale, specie in ipotesi in cui siano in gioco i diritti di “soggetti deboli”, deve seguire una procedura di carattere

giurisdizionale per offrire all'individuo le garanzie fondamentali che sono proprie della giurisdizione *ex art.* 5, par. 4. Da ciò consegue che il paziente deve avere l'opportunità di presentare il suo caso, o personalmente o tramite un procuratore, e di contestare le prove mediche e legali addotte a supporto dell'internamento (Corte EDU, sent. 30-5-2013, *Malofeyeva c. Russia*, ric. n. 40075/03, par. 78-79). Sebbene i disturbi afferenti alla salute mentale possano comportare restrizioni o deroghe alle procedure e alle forme di accesso alla giurisdizione, essi non possono giustificare una lesione all'essenza dei diritti fondamentali riconosciuti in generale (Corte EDU, 20-2-2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito*, ric. n. 50272/99, par. 70).

Con riguardo, infine, alla seconda notazione, potrebbe sembrare contraddittorio che, da un lato, la Corte affermi l'autonomia degli obblighi procedurali e, dall'altro, che la sola violazione di tale profilo porti i giudici di Strasburgo ad accordare ai ricorrenti un indennizzo inferiore a quello richiesto. Tale scelta viene giustificata, oltre che dalla mancanza di una violazione degli obblighi positivi materiali, anche sulla base dell'assenza di un nesso causale tra il verificarsi della morte e la lacunosità delle indagini svolte successivamente, il che tuttavia sembra non tenere in debito conto le sofferenze subite dalle "vittime di riflesso" dell'azione criminosa.



ISSN 2037-6677

2015/3

Fra overruling e conferme giurisprudenziali. La Corte di Strasburgo e il caso Ocalan c. Turchia

Overrulings and constant case-law. The Strasbourg court the decision Ocalan v. Turkey

Valentina Rita Scotti

Tag: Turkey, Ocalan, ECHR



Fra *overruling* e conferme giurisprudenziali. La Corte di Strasburgo e il caso Ocalan c. Turchia – Öcalan c. Turchia (II). Corte europea dei diritti umani, 18 marzo 2014, ricorsi n. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07.

di Valentina Rita Scotti

1. – Ai sensi del Trattato di Losanna (24 luglio 1923), la Repubblica di Turchia, istituita il 29 ottobre 1924, tutela le minoranze religiose non musulmane, e non anche quelle etniche di religione musulmana. Fra queste ultime rientrano i kurdi, sunniti ma etnicamente indoeuropei e non turanici, e che abitano il “Grande Kurdistan”, esteso fra i confini di Turchia, Siria, Iraq e Iran¹. Tali ordinamenti storicamente perseguono tentativi di assimilazione cui i kurdi reagiscono istituendo movimenti indipendentisti, spesso dediti anche alla lotta armata. In Turchia, l’indipendentismo kurdo è prevalentemente guidato dal *Partiya Karkerén Kurdistan* (PKK – Partito dei lavoratori del Kurdistan), fondato nel 1978 da Abdullah Öcalan e contraddistintosi per la violenza dei propri attentati², finalizzati, nelle opinioni dei suoi leader, a convincere le autorità turche a riconoscere l’indipendenza del territorio sud-orientale del paese, dove la popolazione kurda è prevalentemente stanziata.

¹ Con riferimento alla spartizione del territorio kurdo fra questi Stati si veda V.R. Scotti, *Il riconoscimento della minoranza curda in Turchia: situazione attuale e prospettive future*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2009, pp. 1090-1110.

² In ragione di tale violenza, il PKK è riconosciuto da molti Stati e organizzazioni internazionali, tra cui anche l’Unione europea, come un movimento terrorista.

Dagli anni '90 e soprattutto a seguito della cattura di Öcalan (1999), tuttavia, il PKK riconsidera i propri obiettivi politici, chiedendo il riconoscimento dell'autonomia nell'ambito dell'ordinamento turco, e dichiara più volte la cessazione delle attività militari per dimostrare la propria disponibilità di dialogo con le autorità di Ankara³. Tale dialogo si consolida con la c.d. *kurdish opening*⁴ che vede Öcalan dichiarare il definitivo cessate il fuoco a nome del PKK (2013) e le autorità statali avviare un intenso percorso di riforme per il riconoscimento di tutte le minoranze.

2. – Sin dall'istituzione del PKK, Öcalan⁵ intreccia solidi rapporti con i leader kurdi di Iraq e Siria e collabora con loro soprattutto in materia di formazione militare. Durante gli anni '80 e '90, le tensioni fra la Turchia e la Siria per la costruzione delle dighe sull'Eufrate, la perdurante ostilità con la Grecia e il desiderio dell'Unione Sovietica di destabilizzare la Turchia quale estremo avamposto della NATO sarebbero all'origine del supporto che questi Stati avrebbero fornito al movimento kurdo e del connivente silenzio della Siria circa la presenza di Öcalan sul proprio territorio sino alla fine degli anni '90. Il 9 ottobre 1998, tuttavia, il Governo di Al-Assad decide di non consegnare Öcalan alle autorità turche, pur procedendo alla sua espulsione dal paese per evitare di accrescere ulteriormente la tensione con la Turchia.

Allontanato dalla Siria, il leader del PKK comincia un periplo fra i vari paesi in cui vi erano sostenitori della causa kurda. Dopo un soggiorno di poche ore in Grecia, le cui autorità rigettano la sua richiesta di asilo, Öcalan giunge a Mosca (10 ottobre). Sebbene la Duma russa acconsenta a riconoscergli lo *status* di rifugiato politico, la decisione non viene resa esecutiva dal Primo Ministro e Öcalan si sposta quindi a Roma (12 novembre), nella speranza che costituirsi in Italia avrebbe evitato l'estradizione in Turchia⁶ e aumentato le possibilità di ottenere il diritto di asilo. In

³ Al riguardo, si veda V.R. Scotti, *Tra sicurezza nazionale e repressione del dissenso. La normativa anti-terrorismo in Turchia*, in A. Torre (cur.), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, 1119-1135, spec. 1123-1124.

⁴ Sulla evoluzione degli strumenti per la tutela della minoranza kurda si veda V.R. Scotti, *Il Costituzionalismo in Turchia tra circolazione dei modelli e identità nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2014, spec. 152-165.

⁵ Per una più approfondita ricostruzione della biografia di Öcalan, si veda M.M. Gunter, *Historical Dictionary of the Kurds*, Lanham, 2011, 236-239.

⁶ L'Italia, infatti, non prevede la possibilità di estradizione verso i paesi in cui è in vigore la pena di morte, come la Turchia del tempo.

realità, il diritto d'asilo viene concesso tardi⁷: il 16 gennaio 1999 Öcalan, anche su insistenza del Governo italiano, ha già compiuto il percorso a ritroso e, dopo brevi tappe in Russia e in Grecia, si è trasferito presso l'Ambasciata greca a Nairobi. Quando le autorità keniote convocano l'Ambasciatore greco e chiedono l'allontanamento di Öcalan, si ipotizza un nuovo trasferimento, probabilmente nei Paesi Bassi. Tuttavia, mentre il leader del PKK si appresta a raggiungere la nuova destinazione, i servizi segreti turchi lo arrestano nell'area internazionale dell'aeroporto di Nairobi (15 febbraio)⁸.

Öcalan è quindi detenuto in isolamento, nell'isola-prigione di Imrali (Turchia), sino alla sentenza della Corte di Sicurezza Nazionale di Ankara, che lo condanna a morte per impiccagione per attività secessionista e fondazione di un gruppo terrorista armato; in considerazione della gravità dei reati, inoltre, la Corte stabilisce l'impossibilità di commutare la pena in detenzione a vita⁹. La sentenza è confermata dalla Corte di Cassazione (25 novembre 1999), la quale sottolinea che la sostituzione di un giudice civile alle componenti militari precedentemente presenti nella Corte di Sicurezza Nazionale non abbia inficiato il processo¹⁰.

L'esecuzione della pena di morte, tuttavia, viene sospesa nelle more del percorso di abrogazione delle norme che prevedevano questo tipo di sanzione, completato nel 2004¹¹. Il 3 ottobre 2002, dunque, la Corte di Sicurezza Nazionale di Ankara commuta la condanna di Öcalan in detenzione a vita, senza possibilità di rilascio, da scontare nell'isola di Imrali, dove Öcalan vive in isolamento forzato sino al 2009, quando vi sono trasferiti ulteriori cinque detenuti.

⁷ La magistratura italiana riconosce il diritto d'asilo per Öcalan solo il 3 ottobre 1999.

⁸ Gli spostamenti di Öcalan prima della cattura sono riprodotti nella decisione della Grande Camera della Corte di Strasburgo, *Öcalan c. Turchia (I)*, n. 46221/99, 12 maggio 2005, § 9-12.

⁹ Cfr. Corte di sicurezza nazionale, sent. n. 1999/78, 29 giugno 1999.

¹⁰ La modifica della composizione del collegio giudicante è legata alla riforma delle Corti di Sicurezza Nazionale, che ne elimina la componente militare (legge n. 4390 del 22 giugno 1999 che modifica la legge n. 2845). Per completezza si ricorda che le Corti di Sicurezza Nazionale sono abolite dalla legge costituzionale n. 5190 del 16 giugno 2004 e sostituite con Corti penali speciali.

¹¹ La legge costituzionale n. 4709 del 3 ottobre 2001 abolisce la pena di morte in tempo di pace e la legge n. 4771 del 3 agosto 2002 prevede che le condanne già comminate siano commutate in ergastolo a vita. La pena capitale è abolita in tutte le circostanze dalla legge costituzionale n. 5170 del 7 maggio 2004, in ottemperanza alla ratifica del Protocollo n. 13 alla CEDU (1 luglio 2003). Sul punto, si vedano: M.S. Gemalmaz, *Some Thoughts on the Additional Protocol n. 6 to the European Convention for Protecting of Human Rights and Fundamental Freedom concerning the Abolition of the Death Penalty*, in 5 *Public and Private International Law Bulletin* 2, 117-122 (1985); Y. Ersoy, *Abolition of the Death Penalty in Turkey*, in 1 *Digesta Turcica*, 35-47 (2005).

3. – In ragione delle modalità di arresto e di condanna e delle condizioni di detenzione, nel 1999 Öcalan ricorre alla Corte europea dei diritti umani.

La Corte, pronunciandosi nel 2005, condanna la Turchia per violazione dell'art. 5 CEDU, ritenendo che la segretezza con cui Öcalan è stato trasportato in Turchia e quindi detenuto nei primi cinque giorni successivi all'arresto abbiano leso il suo diritto ad accedere ad un giudice in tempi ragionevoli e a ricorrere ad una Corte denunciando l'illegalità della detenzione.

Più complessa è la pronuncia per violazione dell'art. 6 CEDU, contestata dal ricorrente in ragione della mancata indipendenza e imparzialità dei giudici militari presenti nella Corte di Sicurezza Nazionale¹². La Corte di Strasburgo, infatti, condanna la Turchia ritenendo che la sostituzione di giudici militari con giudici civili una settimana prima della sentenza non avrebbe eliminato i limiti all'imparzialità del consiglio giudicante. Una violazione dell'art. 6 si riscontra anche nell'impossibilità del ricorrente di accedere ad un avvocato nei primi giorni dopo l'arresto e in occasione dei primi interrogatori in carcere. Similmente, la Turchia è condannata per il controllo da parte delle autorità carcerarie durante gli incontri con gli avvocati e per la scarsa frequenza degli stessi. L'iniquità del processo e le violazioni del diritto alla difesa, infine, rappresentano, per la Corte, un trattamento inumano e degradante (art. 3 CEDU) giacché, pur nella consapevolezza di non essere stato correttamente giudicato, Öcalan avrebbe temuto che la pena di morte comminata fosse eseguita almeno fino alla definitiva abolizione della stessa¹³. La Corte, tuttavia, non riscontra una violazione dell'art. 3 con riferimento alle condizioni di detenzione.

Questa pronuncia pone delle premesse fondamentali per la decisione nel caso *Öcalan II*. La Corte di Strasburgo, infatti, non dubita mai dello *status* particolare del detenuto per le autorità turche, né discute la scelta di detenerlo in un luogo remoto, giustificando i limiti ai diritti con la necessità di controllare le attività di Öcalan e i suoi rapporti con l'esterno. Tuttavia, la Corte richiama la Turchia alla «diligenza che

¹² La Corte di Strasburgo si è già soffermata sul punto nei casi *Incal c. Turchia*, n. 22678/93, 27 giugno 2000, e *Ciraklar c. Turchia*, n. 19601/92, 28 ottobre 1998.

¹³ Nella *dissenting opinion*, il giudice Türkmen sostiene che non vi sia una ragionevole prova di tali timori poiché la Turchia ha dichiarato una moratoria della pena di morte sin dal 1984 e che il ricorrente era consapevole della sospensione dell'esecuzione della sentenza in attesa della pronuncia della Corte di Strasburgo.

gli Stati contraenti dovrebbero impiegare per assicurare il godimento effettivo dei diritti garantiti dall'articolo 6»¹⁴.

4. – Nonostante la pronuncia appena discussa, Öcalan presenta ulteriori ricorsi sin dal 2003, quando la prima decisione della Corte era ancora attesa, e sino al 2007. Per questo motivo occorre ricordare che la decisione nel caso *Öcalan I* copre il periodo dalla presentazione del ricorso nel 1999 alla pronuncia nel 2005 e che, di conseguenza, nella seconda decisione la Corte, riunendo tutti i ricorsi, si pronuncia sul solo periodo successivo al maggio 2005. La Corte, inoltre, individua un discriminio temporale nel 17 febbraio 2009, data a partire da cui il ricorrente non è più l'unico “ospite” di Imrali e ha accesso ad attività e spazi comuni agli altri cinque detenuti trasferiti sull’isola.

Nel merito, la Corte è chiamata a decidere nuovamente circa la compatibilità tra l’art. 3 CEDU e le condizioni di detenzione di Öcalan, cui si assommano ricorsi relativi alle restrizioni agli incontri con i familiari e gli avvocati (art. 8), all’impossibilità di ottenere la libertà condizionale o la fine della pena per sopravvenuta riabilitazione (art. 7), alla violazione del diritto alla vita attraverso un tentativo di avvelenamento (art. 2).

4.1 – Con riferimento alla violazione dell’art. 3, la Corte ritiene che, prima del trasferimento degli altri detenuti, le condizioni del ricorrente siano troppo restrittive e non giustificate dalla “particolare” natura del detenuto. Tuttavia, i giudici Raimondi, Karataş e Lorenzen, in una opinione parzialmente dissentente, sostengono che le condizioni di Öcalan nel periodo precedente al 17 novembre 2009 non rappresentino un trattamento inumano e degradante, in linea con la valutazione della Corte nella decisione *Öcalan I*. La condizione del detenuto, infatti, non sarebbe mutata e, anzi, a partire dal giugno 2008, la consapevolezza dell’imminente trasferimento di altri detenuti avrebbe rappresentato un miglioramento, soprattutto dal punto di vista psicologico, delle condizioni di detenzione.

Con riferimento al periodo successivo al 17 novembre, invece, la Corte ritiene non configurata la violazione dell’art. 3, giacché le condizioni di Öcalan sarebbero

¹⁴ *Öcalan c. Turchia (I)*, n. 46221/99, 12 maggio 2005, §155.

migliorate a seguito della scelta del Governo, in ottemperanza alle indicazioni provenienti dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti (CPT)¹⁵, di trasferire a Imrali altri detenuti, di predisporre attività comuni e di consentirgli l'utilizzo di un televisore nella cella personale e l'accesso ai quotidiani.

4.2 – Tre differenti limiti nell'accesso alle visite sono stati lamentati dal ricorrente.

In primo luogo, si evidenzia, in conformità con quanto sostenuto dal CPT, che per lungo tempo le visite mediche sono state prestate da dottori diversi, impedendo la creazione di un legame medico/paziente. Da ciò sarebbe derivato anche il presunto tentativo di avvelenamento, riportato alla Corte nel marzo 2007, sostenendosi la presenza nei capelli di Öcalan di livelli inusuali di cromo e sodio. La Corte, ritenendo le prove presentate non sufficienti, decide di non discutere il ricorso relativo alla violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU).

In secondo luogo, Öcalan lamenta una violazione della propria vita familiare (art. 8 CEDU), derivante dai limiti alle visite dei propri congiunti. Sul punto, il Governo chiarisce che i parenti di primo grado possono visitare il detenuto per un ora una volta ogni due settimane¹⁶ e che i frequenti rinvii nelle visite non sono dovuti ad una strategia punitiva, ma alle avverse condizioni climatiche nel tratto di mare tra Mudanya e Imrali o alla necessità di manutenere il traghetto addetto al collegamento. Tali condizioni avverse sarebbero anche all'origine delle difficoltà che il ricorrente lamenta nell'incontrare i propri avvocati. Sul punto, tuttavia, i giudici Sajò e Keller hanno presentato una *dissenting opinion*, ritenendo non convincenti le motivazioni del Governo. Considerando la giurisprudenza convenzionale¹⁷ e la normativa turca, infatti, le restrizioni alle visite non sarebbero conformi alla necessità di tutelare la vita privata e familiare del detenuto e rappresenterebbero, pertanto, una violazione della disposizione convenzionale.

¹⁵ Tale Comitato è istituito a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (1989); i suoi componenti hanno reso numerose visite a Öcalan tra il 2007 e il 2010 predisponendo report che le autorità turche hanno recepito, introducendo, nell'opinione della Corte, costanti miglioramenti alle sue condizioni di detenzione.

¹⁶ Cfr. art. 25, Legge n. 5275 del 13 dicembre 2004, disciplinante le visite per i detenuti di massima sicurezza.

¹⁷ Cfr. *Schiavone c. Italia*, n. 65039/01, 13 novembre 2007; *Messina c. Italia* (II), n. 25498/94, 28 settembre 2000; *X c. Regno Unito*, n. 8065/77, Commissione, 3 maggio 1978; *Ouinas c. Francia*, n. 13756/88, Commissione, 12 marzo 1990.

Rispetto alle visite dei propri legali il ricorrente denuncia anche una violazione dell'art. 7 CEDU, derivante dai controlli cui gli stessi sono sottoposti. Il Governo sottolinea che la presenza di un supervisore e la registrazione degli incontri sarebbe dovuta a ragioni di sicurezza derivanti dal ruolo ricoperto da Öcalan nelle gerarchie di un movimento terrorista, con cui egli avrebbe tentato di comunicare attraverso i propri avvocati; a conferma, il Governo menziona le misure punitive adottate delle autorità carcerarie nel 2005 e 2006. Sulla base di tali dati, la Corte dichiara che lo *status* di prigioniero di massima sicurezza del detenuto, il suo ruolo nel PKK e i dimostrati tentativi di inviare istruzioni per il tramite di familiari e avvocati possa giustificare le misure di controllo, ritenute conformi alla tutela, in una società democratica, della pubblica sicurezza e alla prevenzione del crimine. Peraltra, il riferimento proposto dal ricorrente alla presenza di schermi di separazione con i familiari non è ritenuta una violazione del diritto alla vita familiare, soprattutto perché a partire dal 2010 tale schermo è stato rimosso. Alla luce di tali considerazioni, la Corte non condanna la Turchia per le violazioni contestate.

4.3 – I ricorsi presentati da Öcalan denunciano anche una violazione dell'art. 7 CEDU nella misura in cui l'impossibilità di accedere alla libertà condizionale ovvero ad altre forme di verifica della possibilità di essere rilasciato sancita dalla sentenza della Corte di Sicurezza Nazionale corrisponde all'imposizione in via retroattiva di una pena più severa di quanto previsto dalla legge che, a seguito dell'abolizione della pena di morte, ha consentito di commutare tale pena in una detenzione a vita con possibilità di essere rilasciati dopo 36 anni.

Sul punto, la Corte evidenzia che Öcalan è stato condannato per uno dei più severi reati previsti dal Codice penale turco, che per lungo tempo le autorità hanno dibattuto sulla possibilità di eseguire la condanna prima di procedere alla modifica della normativa sulla pena di morte e che tale rischio è esistito fino alla commutazione della pena in ergastolo a vita. Inoltre, la Corte ricorda come la legislazione turca vigente prima dell'abolizione della pena di morte abbia previsto la possibilità di rilascio solo per quei detenuti la cui esecuzione fosse stata rigettata dalla Grande Assemblea Nazionale di Turchia (GANT). Non essendo la possibilità di eseguire la pena comminata ad Öcalan mai stata discussa dalla GANT, la Corte ritiene impossibile sostenere che il ricorrente abbia avuto la legittima aspettativa che

la pena avrebbe avuto una durata non superiore ai 36 anni e quindi non configurata la violazione dell'art. 7 della Convenzione.

Tuttavia, la durata indefinita della pena e l'impossibilità di rilascio è considerata un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU. La Corte, pur chiarendo che la condanna alla prigione a vita è compatibile con le disposizioni dell'art. 3, infatti, sottolinea come tale compatibilità sussista solo qualora la pena sia passibile di revisione e si prevedano condizioni per il rilascio, in linea con lo scopo di risocializzazione che la pena dovrebbe avere. Al contrario, per Öcalan la commutazione della pena di morte in ergastolo “aggravato” comporta l'impossibilità di accedere a riduzioni della pena o alla libertà condizionale e, dunque, l'assenza di una «prospettiva di rilascio»¹⁸. Per la Corte, infatti, tale prospettiva non si configurerebbe né nella possibilità che il Presidente della Repubblica conceda la grazia o dichiari la cessazione della pena per ragioni di malattia o di vecchiaia del detenuto, né nell'ipotesi di una amnistia parziale o totale dichiarabile dalla GANT. In conclusione, la Corte condanna la Turchia per aver violato l'art. 3 CEDU sin dal momento in cui il ricorrente ha visto la propria condanna commutata in ergastolo “aggravato”.

Su questo punto il giudice Pinto de Albuquerque ha redatto una *dissenting opinion* incentrata sulla compatibilità con la CEDU della sentenza che impone la prigione a vita senza possibilità di rilascio. Già nel caso *Vinter*¹⁹, infatti, la Corte ha evidenziato come tale tipologia di sentenza violi l'art. 3 e contraddica lo scopo di risocializzazione²⁰; con un *overruling* della propria giurisprudenza²¹, la Corte riconosce inoltre che la disciplina in materia di rilascio rientra nel margine di apprezzamento degli Stati, su cui vige comunque l'obbligo di prevedere per il condannato l'accesso ad un giudice competente per la revisione della pena in un periodo di tempo

¹⁸ La necessità di prevedere una «prospettiva di rilascio» è dichiarata dalla Corte di Strasburgo già nel caso *Kafkaris c. Cipro*, n. 21906/04, 12 febbraio 2008.

¹⁹ Cfr. *Vinter e altri c. Regno Unito*, n. 66069/09, 130/10, 3896/10, 9 maggio 2013.

²⁰ Il giudice Pinto ricorda come in *Vinter* la Corte abbia ritenuto la risocializzazione un elemento fondamentale anche in caso di condanne a vita, secondo una interpretazione già consolidatasi negli ordinamenti delle Parti contraenti (cfr. Tribunale Federale Costituzionale Tedesco, 21 giugno 1977, BVerfGE, tomo 45, p. 187; Corte costituzionale italiana, sent. n. 274, 27 settembre 1987; *Conseil constitutionnel* francese, n. 93-334 DC, 20 gennaio 1994).

²¹ L'*overruling* sarebbe stato necessario anche per recepire la Raccomandazione n. 2003(22) del 24 settembre 2003 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il cui Principio 4.a stabilisce che «*In order to reduce the harmful effects of imprisonment and to promote the resettlement of prisoners under conditions that seek to guarantee safety of the outside community, the law should make conditional release available to all sentenced prisoners, including life-sentence prisoners*».

predeterminato e ragionevole²². Il giudice Pinto sostiene, infine, che scegliere sin dal momento della sentenza di escludere qualunque possibilità di reintrodurre il condannato nella società potrebbe configurare una violazione dell'ordine democratico, nella misura in cui l'ergastolo “aggravato” potrebbe rappresentare uno strumento per ridurre definitivamente al silenzio un oppositore politico; una misura che, si ricorda nella *dissenting opinion*, ha spesso colpito gli esponenti di minoranze etniche, razziali e religiose.

Fondando la propria obiezione anche sui report del CPT²³, il giudice Pinto chiarisce che i meccanismi per il rilascio devono essere previsti dalla legge, che deve stabilire criteri certi e generali; tali criteri non possono essere limitati alla constatazione della sopravvenuta infermità fisica e/o mentale del detenuto e, pertanto, la scelta delle autorità turche di non prevedere un diritto al rilascio per Öcalan sarebbe contraria allo spirito della Convenzione.

In conclusione, il giudice dissidente ritiene che, nell'assenza di prospettive di riabilitazione, la violazione dell'art. 3 CEDU si configuri sin dall'inizio della detenzione del ricorrente.

5. – L'intero percorso che ha visto Öcalan confrontarsi con la Corte europea dei diritti umani si dimostra interessante non solo per le riforme dell'ordinamento turco con cui si è intrecciato, ma anche per l'influenza che ha avuto sulla giurisprudenza convenzionale. Il caso *Öcalan I*, infatti, viene più volte menzionato dalla Corte quando il diritto alla vita è messo in relazione con la possibilità che le Parti contraenti prevedano la pena di morte e rappresenta un precedente di fondamentale importanza per sostenere, nel caso *Al Saadoon*²⁴, che il divieto della pena capitale sia implicitamente previsto dall'art. 2 CEDU a seguito dell'entrata in vigore dei protocolli n. 6 e n. 13. Allo stesso modo, la decisione *Öcalan II* conferma il carattere innovativo della giurisprudenza convenzionale rispetto agli ordinamenti nazionali soprattutto con riferimento alla possibilità di considerare il diritto alla revisione della pena come un diritto consolidato nel costituzionalismo multilivello europeo grazie all'evoluzione della giurisprudenza convenzionale. Se il giudice Pinto

²² Cfr. Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: Risoluzione n. 76(2) del 17 febbraio 1976 e Raccomandazione 2003(22) del 24 settembre 2003.

²³ Cfr. CPT Report, 55, 27 giugno 2007.

²⁴ Cfr. *Al Saadoon e Mufidhi c. Regno Unito*, n. 61498/08, 2 marzo 2010.

arriva a citare Dante per ricordare che le porte delle prigioni non devono recare la scritta «Lasciate ogni speranza o voi che entrate» e che lo scopo prioritario della pena è consentire la reintroduzione nella società di un individuo consapevole dei reati commessi e disposto a rispettare la legge, anche l'opinione di maggioranza sottolinea come la condanna della Turchia sia in linea con la giurisprudenza precedente. Sin dal caso *Kotälla c. Paesi Bassi*²⁵ e sino al già citato caso *Winter*, la Corte ha infatti ribadito che l'ergastolo è una pena che le Parti contraenti possono comminare senza che ci sia una violazione dell'art. 3, la quale tuttavia si configura qualora l'ordinamento non preveda strumenti per la revisione della pena e per comunicare al detenuto le modalità con cui accedere a tale possibilità di revisione. Nel caso *Öcalan II*, aggiungendo un ulteriore tassello all'evoluzione della propria giurisprudenza, la Corte chiarisce che la particolare gravità dei reati commessi non giustifica la possibilità di comminare un ergastolo “aggravato” e che l'assenza di conseguenze sulla salute fisica e psichica del detenuto non è sufficiente a ritenere non configurato il trattamento inumano e degradante. La condanna della Turchia circa l'incompatibilità fra la condanna all'ergastolo “aggravato” e la Convenzione, peraltro, non riguarda il solo caso di Öcalan e comporta, per il legislatore turco, la necessità di intervenire in maniera puntuale sulla materia²⁶.

Un'ulteriore riflessione circa la decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Öcalan c. Turchia (II)* può riguardare il tempo impiegato per valutare le eventuali violazioni da parte della Turchia. Come il giudice Pinto evidenzia, infatti, gli anni trascorsi tra la presentazione dei ricorsi e la decisione della Corte non solo impongono a quest'ultima di esaminare i fatti presentati dal ricorrente alla luce delle evoluzioni che gli stessi hanno avuto nel tempo, ma consentono anche un eccessivo protrarsi delle violazioni. Le procedure interne alla Corte e l'importante carico di lavoro cui è essa soggetta sono da tempo al centro delle riflessioni del Consiglio d'Europa, come dimostra l'entrata in vigore del Protocollo n. 14 (2010). Pare evidente, tuttavia, che l'obiettivo non sia stato raggiunto e che occorre riflettere ulteriormente sul funzionamento e sulle procedure della Corte al fine di garantire una più efficace giustiziabilità del catalogo dei diritti previsto dalla Convenzione.

²⁵ Cfr. *Kotälla c. Paesi Bassi*, Commissione, n. 7994/77, 6 maggio 1978.

²⁶ Nell'ultimo decennio numerose sono le riforme introdotte a seguito di pronunce della Corte di Strasburgo che evidenziano l'incompatibilità tra le disposizioni dei Codici penale e di procedura penale turco con la CEDU. Sul punto sia consentito rinviare a V.R. Scotti, *op. cit.*, 180-186.



ISSN 2037-6677

2015/3

“Whatever it takes”: le Outright Monetary Transactions al vaglio della Corte di Giustizia

‘Whatever it takes’: the Outright Monetary Transactions under the scrutiny of the Court of Justice

Francesco Montanaro

Tag: Outright, Monetary ,Transactions



“Whatever it takes”: le Outright Monetary Transactions al vaglio della Corte di Giustizia – Corte di Giustizia dell’Unione europea (Grande Sezione), C- 62/2014, *Gauweiler*, 16 giugno 2015.

di Francesco Montanaro

1. – Con la sentenza in commento (C-62/2014, *Gauweiler*, 16 giugno 2015), la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (“CGUE”) ha statuito sulla compatibilità del programma di Operazioni definitive monetarie (di seguito, “*Outright Monetary Transactions*” o “OMT”) della Banca Centrale Europea (“BCE”) con i Trattati UE. In particolare, la CGUE ha escluso che il programma di OMT eccedesse le competenze della BCE e che violasse il divieto di concedere scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia di cui all’art. 123 del TFUE. Adottato con la decisione del Consiglio direttivo della BCE del 6 settembre 2012, tale programma conferisce all’Eurosistema la facoltà di acquistare titoli di debito pubblico degli Stati dell’Eurozona che rispettino la condizionalità connessa ai programmi del Fondo europeo di stabilità finanziaria (“FESF”) e del Meccanismo Europeo di Stabilità (“MES”).

2. – La domanda di pronuncia pregiudiziale concernente il programma di *Outright Monetary Transactions* è sorta nell’ambito di una serie di procedimenti per la tutela dei diritti fondamentali e per conflitto di attribuzioni instaurati dinanzi alla

Corte costituzionale federale tedesca. Per la prima volta nella storia, il *Bundesverfassungsgericht* ha operato un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Nell'ordinanza di rinvio, la Corte costituzionale federale tedesca ha affermato che la decisione che introduce il programma OMT potrebbe essere compatibile col diritto UE ove rispettasse una serie di condizioni, fra cui figurano il divieto di cancellazione anche parziale del debito dei paesi beneficiari, il rispetto della condizionalità dei programmi EFSF e MES da parte degli stessi, la previsione di un tetto massimo per gli acquisti e il divieto di interferire con la formazione dei prezzi di titoli (BvR 2728/13, *Gauweiler*, 14 gennaio 2014, parr. 99–100). Con l'imposizione di queste condizioni, i giudici costituzionali tedeschi si sono riservati dunque la facoltà di non disattendere la decisione della Corte di Giustizia. Si tratta in buona sostanza di un'ulteriore applicazione della giurisprudenza sulla protezione dell'identità nazionale e sul cd. controllo *ultra vires* (F. Mayer, *Rebels without a cause? A critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Journal of International Law*, 15, 2014, 115-118). Tale giurisprudenza, peraltro abbondantemente citata nell'ordinanza di rinvio, si fonda sull'articolo 79 della Legge Fondamentale sull'articolo 23 della Legge Fondamentale.

3. – L'Avvocato generale (di seguito, “AG”) Cruz Villalòn nelle sue conclusioni ha osservato che i limiti costituzionali enunciati dalla Corte costituzionale federale tedesca nell'ordinanza di rinvio potrebbero porre dei problemi rispetto all'esercizio della competenza pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFEU. Tuttavia, a suo avviso, siffatta “difficoltà funzionale” dovrebbe essere superata facendo leva sul principio di leale collaborazione *ex art. 4 TUE*. Risolta la prima questione pregiudiziale, l'AG ha ritenuto che, attesa la peculiare natura della decisione in esame, i requisiti di ricevibilità dovessero essere applicati in maniera più flessibile e che pertanto la questione pregiudiziale fosse ricevibile.

Tanto premesso, l'AG ha intrapreso l'esame della prima questione di merito concernente gli articoli 119 e 127 del TFUE nonché gli articoli 17 e 24 del Protocollo sul SEBC e sulla BCE. In estrema sintesi, la questione verteva sui limiti della competenza della BCE, che, secondo i ricorrenti, sarebbero stati travalicati con l'adozione della decisione concernente le OMT. Orbene, per accertare se tali misure

rientrino nella competenza della BCE, occorre partire dalla definizione di politica monetaria. Secondo Cruz Villalòn, in assenza di una definizione di politica monetaria nel Trattato, si deve ritenere che una misura rientri in tale ambito ove si prefigga in maniera prioritaria e prevalente il mantenimento della stabilità dei prezzi. Sebbene il programma OMT persegua ufficialmente finalità di politica monetaria, il collegamento con i piani di assistenza finanziaria e i piani di aggiustamento del MES e del FESF, negoziati ed attuati anche dalla BCE, potrebbe in concreto produrre effetti assimilabili ad una misura di politica economica. Per questi motivi, l'AG ha ritenuto che tali misure potessero rientrare nella competenza della BCE nella misura in cui la stessa si astenga dal vigilare l'attuazione dei predetti piani di aggiustamento da parte degli Stati membri che beneficiano del programma OMT.

A questo punto, resta da analizzare la posizione dell'AG rispetto alla seconda questione pregiudiziale concernente l'asserita violazione del divieto di monetizzazione del debito sancito dall'articolo 123 TFUE, ossia il divieto di rifinanziare il debito pubblico degli Stati Membri tramite l'emissione di moneta. Secondo l'AG, la disposizione in parola non va intesa in senso assoluto, poiché l'articolo 123 TFEU vieta soltanto gli "acquisti" diretti, ossia gli acquisti sul mercato primario. Tale impostazione peraltro sembra essere suffragata dall'articolo 18 del Protocollo sul SEBC e sulla BCE a mente del quale la BCE attua la propria politica monetaria anche operando sui mercati finanziari. Ciò posto, Cruz Villalòn osserva che anche delle operazioni sul mercato secondario, effettuate subito dopo l'emissione dei titoli, potrebbero annullare di fatto la distinzione fra mercato primario e secondario e, di conseguenza, aggirare il divieto in parola. Per queste ragioni, l'AG ha ritenuto che il programma OMT potrebbe essere compatibile con l'articolo 123 TFEU nella misura in cui i singoli programmi d'acquisto prevedessero un "periodo di embargo" fra l'emissione dei titoli e gli acquisti sul mercato secondario.

4. – Chiarito il percorso argomentativo dell'Avvocato generale, è ora opportuno passare all'esame della sentenza della Corte. Innanzitutto, la Corte ha vagliato la sussistenza della propria competenza pregiudiziale alla luce del rifiuto della Corte costituzionale federale tedesca di conformarsi alla pronuncia pregiudiziale ove

quest'ultima non rispettasse le condizioni enunciate nell'ordinanza di rinvio. Ora, secondo giurisprudenza consolidata, sono inammissibili questioni pregiudiziali volte ad ottenere risposte meramente consultive (C-346/93, *Kleinwort Benson*, 28 marzo 1995). Tuttavia, siffatta giurisprudenza non sembra essere applicabile al caso di specie, in quanto la questione pregiudiziale in esame concerne direttamente l'interpretazione e l'applicazione del diritto UE e, di conseguenza, non può ritenersi finalizzata ad ottenere una risposta di natura consultiva e non vincolante.

Per quanto concerne le eccezioni di ricevibilità, invece, la CGUE ha ritenuto che la questione pregiudiziale non fosse meramente ipotetica, vertendo, al contrario, su una questione giuridica fondamentale ai fini della soluzione della causa.

Esaurita la trattazione delle questioni pregiudiziali, la CGUE è passata all'analisi della prima questione di merito partendo da un'evidente constatazione: il combinato disposto degli articoli 3, 127 e 282 TFEU assegna la competenza in materia di politica monetaria alla BCE. In linea con l'impostazione adottata nel caso *Pringle* (C-370/12, *Pringle*, 27 novembre 2012), la Corte ha affermato che una misura rientra nell'ambito della politica monetaria ove persegua il mantenimento della stabilità dei prezzi. Ad avviso della Corte, l'OMT persegue questo obiettivo assicurando un'adeguata trasmissione e l'unicità della politica monetaria. E tale affermazione non può essere revocata in dubbio dal fatto che tale misura influisca positivamente anche sulla stabilità dell'Eurozona né dall'inevitabile selettività di tale programma né, infine, dal legame fra OMT e il rispetto dei programmi di aggiustamento imposti ai beneficiari dell'assistenza finanziaria fornita dal MES e dal FESF. Quanto al primo aspetto, la Corte, riprendendo quasi letteralmente un passaggio della sentenza *Pringle*, ha escluso che la misura in questione potesse qualificarsi come misura di politica economica in ragione di un possibile impatto positivo sulla stabilità dell'Euro. Per quanto riguarda la selettività, la Corte ha sottolineato che il Trattato non proibisce in alcun modo l'adozione di misure di politica monetaria volte a risolvere specifiche perturbazioni. Infine, la Corte ha affermato che il collegamento fra condizionalità imposta dal MES e dal FESF e programma OMT non sarebbe idoneo a mutare la natura di quest'ultimo. Infatti, sebbene il rischio di essere esclusi dal programma OMT potrebbe incentivare il rispetto dei piani di aggiustamento, la funzione

principale di tali piani in relazione alle politiche monetarie resta quella di prevenire fenomeni di azzardo morale da parte degli Stati beneficiari.

Ciò detto, la Corte ha applicato il test di proporzionalità alla misura in questione. Innanzitutto, la misura è stata ritenuta adeguata, in quanto il mero annuncio della stessa aveva ridotto sostanzialmente i differenziali di rendimento tra i titoli di debito pubblico degli Stati dell'Eurozona e sbloccato i meccanismi di trasmissione della politica monetaria. Del pari, la conformità al criterio di necessità sarebbe assicurata dal fatto che i predetti programmi saranno preceduti da un'approfondita analisi della funzionalità della politica monetaria dell'UE e accompagnati da piani di aggiustamento macroeconomico.

Da ultimo, la CGUE ha ritenuto che il programma OMT contenesse tutta una serie di misure idonee a garantire il rispetto del divieto *ex articolo 123 TFEU*, quali, ad esempio, la previsione che gli acquisti saranno effettuati soltanto nella misura strettamente necessaria a consentire il funzionamento dei meccanismi di trasmissione della politica monetaria, la limitazione del programma ad alcuni tipi di titoli e la facoltà della BCE di rivenderli in qualsiasi momento. Ciononostante, una misura con le caratteristiche di quella in esame potrebbe generare in ogni caso qualche perturbazione sul funzionamento del mercato primario e secondario dei titoli di stato. Tali perturbazioni, tuttavia, non violerebbero l'articolo 123 TFEU, poiché non sarebbero idonee a compromettere l'obiettivo dello stesso, ossia il mantenimento da parte degli Stati Membri di finanze pubbliche equilibrate.

5. – Nel caso in esame, la CGUE è giunta ad una decisione ampiamente prevedibile. Affermando la validità della decisione del Consiglio direttivo della BCE del 6 settembre 2012, la Corte ha confermato il suo ruolo di sostegno alla risposta delle istituzioni UE e degli Stati Membri alla crisi dell'Eurozona. Sennonché, tale sostegno sembra essere motivato più dall'altissima posta in gioco che da solidi argomenti giuridici. Per quanto concerne la prima questione pregiudiziale, è opportuno notare come, al pari dell'ESM, il programma OMT incida profondamente sulla ripartizione delle competenze tracciata nei Trattati UE. Dunque l'argomento della Corte, mutuato dalla giurisprudenza *Pringle*, secondo cui l'obiettivo di politica monetaria dichiarato dalla BCE qualificherebbe la misura

prevalendo su tutti gli altri effetti e obiettivi della stessa, non persuade fino in fondo. Infatti, la Corte sembra ridurre lo scrutinio di validità ad un accertamento eccessivamente formalistico inidoneo ad individuare la natura della misura. Non sorprende, dunque, che tale criterio si presti a giustificare ripartizioni di competenze opposte per misure che, come l'ESM e il programma OMT, possono sostanziarsi in operazioni sostanzialmente identiche. Si pensi che, ad esempio, ai sensi dell'articolo 18 del Trattato MES, l'assistenza finanziari agli Stati firmatari può essere assicurata attraverso l'acquisto di titoli di debito pubblico sul mercato secondario. Tale impostazione, per quanto discutibile, ha almeno il merito di evidenziare in maniera inequivocabile i limiti non solo della rigida distinzione fra politica monetaria ed economica tracciata dai Trattati UE, ma anche di una politica monetaria "monodimensionale" esclusivamente vocata al mantenimento della stabilità dei prezzi (R.M. Lastra, J. Louis, *European Economic and Monetary Union: history, trends, and prospects*, Yearbook of European Law, 32 (1), 2013, 60. In tale prospettiva, si comprende più facilmente la decisione della Corte di avallare in buona sostanza un mutamento surrettizio della *governance* economica dell'UE (E. Mostacci, *Alla maniera di Ashgar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche della separazione*, Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 1, 2015, 229). Nondimeno, restano le criticità di questa scelta evidentemente dettata dalla necessità e dall'urgenza di salvare la moneta unica. In primo luogo, conferendo una sorta di rango "supercostituzionale" alla moneta unica, la Corte crea un precedente giurisprudenziale che potrebbe potenzialmente giustificare qualsiasi tipo di deroga ai Trattati UE. Per esempio, siffatto orientamento giurisprudenziale potrebbe trovare applicazione nell'ambito di un possibile scrutinio di validità della decisione della BCE di attuare il cd. *quantitative easing*, che prevede un programma di acquisti di titoli di debito pubblico ancora più imponente dell'OMT. Peraltra, attesa la natura non convenzionale di tale misura, l'eventualità di un tale giudizio non sembra essere particolarmente remota. In secondo luogo, permangono tutte le criticità legate all'imposizioni di piani di aggiustamento agli Stati ai futuri beneficiari del programma OMT. Più specificamente, la motivazione della Corte, tutta incentrata sulla necessità di prevenire l'azzardo morale degli Stati membri beneficiari del programma OMT, trascura due questioni fondamentali. In primo luogo, tali piani, pur contenendo scelte di politica economica particolarmente importanti e gravose

per i cittadini degli Stati membri interessati, sono caratterizzati da una debole legittimazione democratica (M.A. Wilkinson, *Authoritarian liberalism in the European constitutional imagination: second time as farce?*, European Law Journal, 21 (3), 2015, 327). Com'è noto, infatti, tali programmi sono negoziati, da un lato, da Stati membri con debole potere contrattuale e, dall'altro, dalla BCE, dalla Commissione e dal Fondo Monetario Internazionale. In secondo luogo, producono un evidente *vulnus* alla cd. costituzione economica europea (S. Cassese, *La costituzione economica europea*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 6, 2011, 909-910) prevedendo una sorta di "regime speciale" per gli Stati membri tenuti a rispettarli. In altri termini, l'assoggettamento di alcuni Stati membri ai piani di aggiustamento si sostanzia in una deroga alla costituzione economica europea e sconvolge il delicato equilibrio fra libertà economica e obiettivi sociali preservato dalla stessa (D. Wilsher, *Law and the financial crisis: searching for Europe's new Gold Standard*, European Law Journal, 20 (2), 2014, 275).

Parimenti, la decisione della seconda questione pregiudiziale non appare totalmente convincente, in quanto le modalità di esecuzione del programma OMT non sembrano in grado di escludere del tutto l'eventualità di un aggiramento della *ratio* dell'articolo 123 TFUE. In particolare, la facoltà della BCE di eseguire acquisti nella misura necessaria al perseguimento dei propri scopi potrebbe facilmente sostanziarsi nell'acquisto di ingenti quantità di titoli, che inevitabilmente, avrebbe importanti ripercussioni sul loro corso e che renderebbe difficile una ricollocazione sul mercato secondario.

Ciò detto, è opportuno constatare che la reazione dei giudici di Karlsruhe appare tutt'altro che scontata. Come già osservato, infatti, la Corte costituzionale federale tedesca aveva chiarito che avrebbe ritenuto compatibile col diritto UE la pronuncia della CGUE sul programma OMT soltanto qualora una serie di condizioni fossero state rispettate. L'analisi fin qui svolta ci induce a dubitare che la decisione CGUE soddisfi in pieno tali condizioni e, segnatamente, l'imposizione di un limite agli acquisti sul mercato secondario e il divieto di interferire con la formazione del prezzo dei titoli. Pertanto, è possibile che la Corte costituzionale federale tedesca si rifiuti di risolvere il giudizio *a quo* sulla base dell'interpretazione

della CGUE, apprendo così un conflitto fra ordinamenti e Corti che potrebbe avere conseguenze difficilmente prevedibili sul processo di integrazione europea.



ISSN 2037-6677

2015/3

Un “public/private divide” nella ristrutturazione del debito greco? La rinegoziazione (semi)volontaria dei titoli di Stato come atto jure gestionis ai fini delle notificazioni

A ‘public/private divide’ in the debt restructuring of Greece? The (semi)voluntary renegotiation of bonds as a jure gestionis act for purposes of the notifications

Flavio Guella

Tag: Greece, debt, rinegotiation



Un “public/private divide” nella ristrutturazione del debito greco? La rinegoziazione (semi)volontaria dei titoli di Stato come atto *jure gestionis* ai fini delle notificazioni

di Flavio Guella

1. – Con la sentenza 11 giugno 2015 (cause riunite C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13, *Fahnenbrock e a.*), nell’interpretare la nozione di «materia civile o commerciale» impiegata dal regolamento 1393/2007 sulle notificazioni e comunicazioni degli atti giudiziari ed extragiudiziali negli Stati membri, la Prima Sezione della Corte di giustizia ha avuto occasione di formulare alcune considerazioni circa la posizione dei creditori privati colpiti dalla ristrutturazione del debito pubblico greco, senza peraltro risolvere in modo definitivo il dubbio sulla natura *jure imperii* o *jure gestionis* di detta ristrutturazione.

L’attualità della questione, e la sua rilevanza sia istituzionale (a livello europeo) sia in termini di diritti individuali (a tutela della proprietà), deriva dall’inserirsi della fattispecie nell’ambito della più ampia vicenda del salvataggio delle finanze della Repubblica ellenica. Per tale finalità il vertice straordinario dell’Unione del 21 luglio 2011 aveva approvato un primo piano di salvataggio che comprendeva «in via eccezionale, un coinvolgimento del settore privato a titolo volontario»; linea d’azione ribadita dal successivo vertice del 26-27 ottobre 2011 in cui la Grecia ed i suoi creditori erano stati invitati a procedere ad un alleggerimento mediante scambi

«su base volontaria» di obbligazioni con uno sconto nominale del 50% sul debito virtuale detenuto da investitori privati.

Il tutto al fine di garantire la stabilità finanziaria sia della Repubblica ellenica sia della zona euro, secondo scelte che costituiscono quindi manifestazione della sovranità statale e adempimento di impegni connessi all'appartenenza all'Unione. La questione fondamentale affrontata, emersa nel caso annotato solo incidentalmente e al fine di stabilire quale regime di notificazione degli atti processuali sia applicabile, è quindi costituita dalla qualificazione della ristrutturazione del debito pubblico in termini di esercizio o meno di poteri esorbitanti rispetto alle norme vigenti nei rapporti civilistici, con le connesse diverse opzioni rimediali avverso un atto imperativo anziché gestorio.

2. – In esito ai citati vertici europei, il 23 febbraio 2012 la Grecia ha adottato la legge n. 4050, «Norme relative alla modifica di titoli, emessi o garantiti dallo Stato greco, con il consenso degli obbligazionisti». Ai detentori di titoli di Stato ellenici si è così prospettata un'offerta di scambio con nuovi titoli dal valore nominale notevolmente ridotto e, cioè, mediante una clausola di ristrutturazione «CAC» («*collective action clause*»); disposizione che consente di modificare le condizioni di emissione iniziali mediante decisioni che sono adottate a maggioranza qualificata del capitale non ancora rimborsato e che si impongono anche alla minoranza.

La decisione della maggioranza degli obbligazionisti, di accettare o di rifiutare l'offerta dello Stato greco, si applica quindi *erga omnes* ed è vincolante per tutti i creditori. Anche per gli obbligazionisti dissidenti, una volta risultata positiva la votazione sull'opzione, si è determinata pertanto una modifica unilaterale e doppiamente retroattiva (la clausola di ristrutturazione essendo stata essa stessa prevista per legge successivamente all'emissione) delle condizioni applicabili ai titoli detenuti (tanto che si è potuto parlare di scambio «volontariamente obbligatorio», cfr. H. De Vauplane, *Le rôle du juge pendant la crise: entre ombre et lumière*, in *Revue des Affaires Européennes*, n. 4, 2012, p. 775). Ciò peraltro secondo un meccanismo comunemente affermatosi nella prassi finanziaria fin dagli anni '90, con le crisi dei debiti sovrani in Sud America, e recepito nel Trattato che istituisce un meccanismo europeo di stabilità (cfr. art. 12, par. 3), così che nella zona euro è oggi obbligatorio

l'inserimento di *collective action clauses* in tutte le emissioni statali di titoli destinati al mercato del risparmio privato.

L'inclusione retroattiva e vincolante di tali clausole nei titoli greci non godeva tuttavia di tale copertura originaria, ed alcuni obbligazionisti tedeschi non aderenti all'offerta – e quindi in dissenso con la maggioranza optante dei creditori – hanno agito in giudizio davanti al giudice tedesco avverso la Grecia, con ricorsi diretti ad ottenere o un indennizzo per violazione dei diritti di proprietà e di possesso, o l'adempimento contrattuale delle obbligazioni originarie giunte a scadenza o, ancora, un risarcimento dei danni.

3. – Nella presentazione di tali ricorsi avverso la Repubblica ellenica, in quanto parte convenuta collocata al di fuori dello Stato del procedimento, si è posta una questione sull'applicazione del regolamento (CE) n. 1393/2007 in materia di notificazioni e comunicazioni transfrontaliere degli atti giudiziari ed extragiudiziali. In particolare, l'art. 1, par. 1, del regolamento fissa il campo di applicazione entro la «materia civile o commerciale», escludendo espressamente da quest'ambito «la responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri («*acta iure imperii?*»).

Nell'effettuare le notifiche ci si è quindi chiesti se le controversie in esame abbiano natura privatistica, essendo le azioni fondate sul diritto civile (e più precisamente consistendo in una richiesta di indennizzo per violazione dei diritti di proprietà e di possesso, o di adempimento contrattuale delle obbligazioni originarie giunte a scadenza, o di risarcimento danni), ovvero – diversamente – se la circostanza della modificazione per legge delle condizioni contrattuali di emissione dei titoli di Stato integri un indice assorbente di pubblicità della fattispecie, lo Stato avendo infine agito (nonostante l'originario quadro privatistico) mediante esercizio di pubblici poteri preponderanti.

Si tratta quindi di interpretare la locuzione “materia civile o commerciale”, comunemente impiegata nel diritto internazionale privato, anche nello stesso contesto europeo. Sia la convenzione dell'Aia del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, sia la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968

concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché il regolamento (CE) sostitutivo della stessa n. 44/2001 e l'ulteriore regolamento (UE) sostitutivo n. 1215/2012 impiegano, infatti, la nozione di materia civile e commerciale; e ciò spesso escludendo esplicitamente la «responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri», ma senza che tali concetti siano mai stati resi oggetto di una definizione positiva.

È tuttavia dalla prassi applicativa e dalla giurisprudenza sviluppatisi su tali strumenti che devono essere tratte le indicazioni applicative necessarie, già la sentenza *Lechouritou e a.* (15-2-2007, causa C-292/05) avendo affermato l'esigenza di seguire un'interpretazione comune dei diversi strumenti europei di diritto internazionale privato (tanto che per interpretare la nozione di «materia civile» – ai sensi dell'art. 1, co. 1, primo periodo, della Convenzione di Bruxelles – la Corte di giustizia aveva tenuto conto dell'esclusione degli atti *jure imperii*, sebbene tale esclusione non figurasse in quella Convenzione ma solo in altri regolamenti).

Dal complesso della giurisprudenza rilevante emerge così che quella di “materia civile o commerciale” deve essere considerata quale nozione c.d. autonoma, che va interpretata facendo riferimento tanto alla *ratio* e all'impianto sistematico degli strumenti normativi in materia, quanto ai principi generali desumibili da tutti gli ordinamenti giuridici nazionali (cfr. ad es. sentenze 14-10-1976, causa C-29/76, LTU, punti 3 e 5; 18-5-2006, causa C-343/04, ČEZ e 23-10-2014, causa C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, punto 24).

4. – L'interpretazione autonoma della nozione materia civile o commerciale ha poi portato a determinare il campo di applicazione degli strumenti di diritto internazionale privato «in ragione degli elementi che caratterizzano la natura dei rapporti giuridici fra le parti in causa o l'oggetto della lite» (cfr. ancora le sentenze *Lechouritou e a.* e *flyLAL-Lithuanian Airlines*, punti 30 e 26), con una conseguente assunzione di centralità – nell'esegesi – degli obiettivi perseguiti; obiettivi che, per il regolamento n. 1393/2007, sono individuati dal considerando 2 nel miglioramento ed accelerazione della trasmissione degli atti giudiziari ed extragiudiziali al fine di garantire il buon funzionamento del mercato interno.

E proprio alla luce delle esigenze di celerità la Corte di giustizia ha deciso, in

questa prima e particolare fase introduttiva del procedimento, che si debba seguire un'interpretazione estensiva della materia «diritto civile o commerciale», facendo ricadere – provvisoriamente e ai limitati fini di questa preliminare notificazione – la vicenda nell'ambito del diritto privato, con esclusione del riconoscimento di un valore assorbente a quanto operato dal legislatore greco (come pubblico potere) nella ristrutturazione del proprio debito pubblico.

In merito al campo di applicazione l'art. 6, par. 3, del regolamento n. 1393/2007 dispone infatti – in coerenza con le esigenze di celerità e integrazione (anche) giudiziaria perseguiti – che solo se la domanda di notificazione esula «in maniera manifesta» dalla materia civile o commerciale essa debba essere restituita all'organo mittente, vigendo per le altre ipotesi un generale *favor* per il compimento della comunicazione e l'instaurazione del contraddittorio.

Inoltre, trattandosi in questo caso di un atto introduttivo, la questione dell'applicabilità della disciplina acceleratoria deve essere risolta prima ancora dell'instaurazione del contraddittorio, e proprio dall'applicabilità del regolamento dipendono le modalità di notifica per una più rapida realizzazione dello stesso.

A maggior ragione, quindi, il giudice – interessato della questione sulla base del solo atto introduttivo – deve limitarsi ad un primo esame degli elementi di cui esso dispone (necessariamente parziali, in quanto unilaterali) al fine di considerare se l'azione avviata rientri nella materia civile o commerciale. Ciò ferma restando l'interlocutorietà di tale decisione che – nell'interpretazione della Corte di giustizia (punto 46) – non pregiudicherà le valutazioni ulteriori che il giudice adito sarà poi indotto ad adottare (una volta instaurato il contraddittorio) per quanto riguarda, nello specifico, sia la propria competenza sia il merito della causa.

Fermo il carattere provvisorio della qualificazione della fattispecie, la Corte ha quindi riconosciuto – al fine di garantire l'effetto utile del regolamento n. 1393/2007 – che i procedimenti principali non esulano “in modo manifesto” dalla materia civile o commerciale (punto 58), la ristrutturazione del debito greco non presentandosi – *prima facie* – quale prevalente esercizio di un potere esorbitante dalle logiche privatistiche.

5. – La qualificazione della vicenda non risulta così accertata in positivo, in quanto la Corte di giustizia ha ritenuto sufficiente una valutazione di non manifesta irriducibilità della ristrutturazione del debito greco a prevalenti logiche di diritto tra pari (creditore e debitore) anziché a logiche di sovranità (con sola tutela dei diritti individuali a fronte dell'esercizio di un potere preponderante).

La Corte non ha infatti svolto un'analisi specifica degli argomenti di chi fa osservare come le controversie principali implichino l'accertamento dell'efficacia e della legittimità della legge 4050/2012, da ritenere esercizio imperativo di pubblico potere (posto in essere dagli organi competenti dello Stato – peraltro con l'avvallo dell'Unione – e inteso a proteggere l'interesse generale), e la sentenza semplicemente non esclude l'applicazione del regolamento (CE) 1393/2007 sulla base di un apprezzamento volutamente generico della fattispecie (in quanto orientato a favorire l'interlocutoria realizzazione delle notificazioni).

La riconducibilità della ristrutturazione del debito al diritto privato “puro”, d'altra parte, può essere ben argomentata – e costituirebbe, in una logica regola-eccezione, la prima opzione ermeneutica – anche in quanto la Repubblica ellenica non è stata perseguita per aver usato i propri pubblici poteri, ma in quanto avrebbe pregiudicato il diritto di proprietà privata mediante un vizio “di fatto” (ed è convenuta quindi quale debitore, soggetto al diritto civile in ragione dell'emissione di obbligazioni). Si è infatti affermato che dalla legge 4050/2012 non emergerebbe un contesto di diritto pubblico in quanto tale legge non disciplina rapporti pubblicistici, bensì rapporti classici di diritto privato, e non realizza un'espropriazione in quanto non è stata adottata al fine di eseguire un intervento pubblico definito (gli atti introduttivi dei cittadini tedeschi sottolineando a tal fine, in connessione alle garanzie UE e CEDU del diritto di proprietà, l'estranchezza della ristrutturazione del debito alle garanzie poste in materia di espropriazione).

Inoltre, conferire così prevalente rilevanza all'oggetto della controversia e alla fonte della pretesa (fondato sul semplice diritto al rimborso delle obbligazioni e sui diritti proprietari), se poi confermato, si porrebbe come un'opzione ermeneutica estremamente rilevante anche per accettare – dopo la prima fase di notifica – la sussistenza della giurisdizione del giudice tedesco, proprio in quanto lo Stato greco non potrebbe avvalersi della propria immunità in difetto di un'azione posta in essere

jure imperii.

Secondo questa impostazione non solo l'accesso degli Stati ai mercati finanziari costituisce fattispecie di diritto privato, ma – d'altro lato – neppure l'inserimento *a posteriori* di una clausola di ristrutturazione integrerebbe di per sé atto di esercizio di potere pubblico; ciò in quanto anche nelle operazioni commerciali tra privati simili clausole (con “offerta” di scambio) sono frequentemente impiegate, ed anche nelle emissioni private tali clausole vengono assunte con funzione accessoria (non novativa del titolo o incidente in termini estintivi sulla volontà originaria) al semplice fine di permettere ai vari detentori di obbligazioni di adottare una decisione coordinata e conforme al mercato.

Nella decisione della Corte, quindi, pur impregiudicate valutazioni più attente sulla natura privatistica o pubblicistica della vicenda, si afferma che la circostanza che la possibilità di ristrutturazione del debito sia stata introdotta per legge (ed *ex post*) non è un indizio determinante di potere imperativo (punto 56), e che non appare in maniera manifesta che sia stata l'adozione della legge 4050/2012 – anziché le opzioni private da questa rese possibili – a comportare in via diretta ed immediata le variazioni delle condizioni finanziarie dei titoli di Stato (punto 57).

6. – Nel definire le controversie tra un'autorità pubblica e una persona di diritto privato, quindi, il riconoscimento della c.d. autonomia della nozione di “materia civile o commerciale” è coerente con il rifiuto di un criterio puramente organico (o soggettivo) di qualificazione della fattispecie, e porta a preferire invece la ricerca di elementi di distinzione (funzionali) fondati sull'esercizio o sul mancato esercizio – prevalente – di pubblici poteri (ponendosi quindi come pubblicistico non ciò che è soggettivamente pubblico, ma ciò che è manifestazione di sovranità statale, in quanto realizzato in modo determinante per mezzo di un atto unilaterale e vincolante).

Inoltre, nel sistema generale del diritto internazionale privato europeo il criterio funzionale – relativo al fondamento e alle modalità d'esercizio dell'azione, come introdotto dalla sentenza *Baten* (14-11-2002, causa C-271/00) e ripreso nelle sentenze *Préservatrice foncière TLARD* (15-5-2003, causa C-266/01), *Frahuil* (5-2-2004, causa C-265/02), *Sapir e a.* (11-4-2013, causa C-645/11) e *Sunico e a.* (12-9-2013,

causa C-49/12) – appare sussidiario, operando solo qualora non sia stabilito che la pretesa trova già la sua fonte materiale in un atto di pubblico imperio. Nella sentenza *Rüffer* (16-12-1980, causa 814/79), in particolare, la Corte ha osservato che il fatto che lo Stato perseguisse un diritto di regresso (per rimborso di spese) sulla base di un credito che traeva origine – già a monte – da un atto d'imperio era sufficiente ad assorbire nella sfera pubblicistica l'intera vicenda.

In questa prospettiva, le azioni dei creditori individuali esercitate avverso lo Stato greco per contestare la ristrutturazione del debito hanno un doppio fondamento: da un lato connesso a monte all'emissione delle obbligazioni (atti compiuti *jure gestionis*) e, dall'altro, riconducibile alla modifica ulteriore delle condizioni di tali obbligazioni, operata in corso d'esecuzione e in seguito all'intervento diretto del legislatore greco (dove la legge è certamente atto *jure imperii*, con cui però non è stata direttamente operata la sostituzione dei titoli di Stato, bensì si è aperta una procedura di opzione affidata alla volontà della maggioranza dei risparmiatori).

Nella fattispecie lo Stato si presenta quindi contestualmente come parte contraente e pubblico potere, ma l'attività *jure imperii* risulta collocata non a monte, bensì in una fase comunque posteriore all'emissione (realizzata con atto *jure gestionis*), ed inoltre in un momento intermedio rispetto allo scambio finale (frutto di opzione dei privati detentori dei titoli)

Nella ristrutturazione del debito greco la questione, rimasta in sospeso in sede di accertamento di sola “manifesta” estraneità alla materia civile o commerciale (rilevante ai fini del regolamento 1393/2007), è quella del se la modifica delle condizioni contrattuali dei titoli di Stato sia propriamente unilaterale e direttamente realizzata per via legislativa (come avviene quando vi è una modifica della pressione fiscale sui titoli di Stato), con conseguenti ripercussioni in tema di giurisdizione. In tal caso infatti la Grecia avrebbe operato in modo distinto e dissociato dalla sua azione in qualità di parte contraente, ricadendo nell'ambito degli spazi della propria immunità statale (cfr. in senso parzialmente contrario le conclusioni dall'avv. generale Yves Bot, punto 65, dove si valorizza il carattere comunque specifico e concreto dell'intervento normativo, non idoneo a scindere la posizione di contraente da quella di pubblico potere).

Particolarmente rilevanti, in prospettiva futura, sembrano a riguardo le argomentazioni della Commissione, emerse nell'ambito del giudizio annotato. Se è infatti vero che lo Stato greco è intervenuto unilateralmente, retroattivamente e in modo vincolante per modificare le condizioni di emissione dei prestiti obbligazionari (inserendovi una clausola d'azione collettiva), e ciò certamente esorbita dai poteri tra pari tipici del diritto privato, nondimeno – operando mediante tale clausola – lo Stato greco si sarebbe limitato ad armonizzare i termini del contratto dello Stato, che beneficiava di uno status particolare, con quelli dei soggetti di diritto privato. Il solo fatto che cioè, a tale scopo, l'ente sovrano si sia servito di strumenti di diritto pubblico non sarebbe di per sé sufficiente a fondare un atto *jure imperii* qualora, invece, l'intero rapporto di diritto (dalla sua origine, nell'emissione sui mercati, all'atto perfezionativo finale della sostituzione dei titoli, per opzione della maggioranza dei risparmiatori) presenti un carattere tipico di diritto privato e sia qualificabile, quindi, come attività *jure gestionis*.



ISSN 2037-6677

2015/3

Obblighi di integrazione linguistica e immigrazione: un sostanziale “via libera” dalla Corte di Giustizia

Obligatory linguistic integration and immigration: the approval of the Court of Justice

Davide Strazzari

Tag: immigration, linguistic, integration



Obblighi di integrazione linguistica e immigrazione: un sostanziale “via libera” dalla Corte di Giustizia – Corte giust. Seconda Sezione, sent. 4 giugno 2015, Causa C-579/13, *P. e S. c. Commissie Sociale Zekerheid Breda*

di Davide Strazzari

1. – Nel caso di specie la Corte europea dei diritti dell'uomo si è trovata a giudicare in merito al ricorso proposto dalla madre di una giovane donna che, dopo un episodio psicotico, era stata ricoverata in una clinica per essere sottoposta a diagnosi e a cure appropriate. Dopo alcuni giorni, visto il peggioramento delle condizioni cliniche, la sig.ra Belenko richiese la dimissione della figlia per poterla curare a casa, ma il primario del reparto psichiatrico si opponeva, proponendo istanza presso il tribunale distrettuale al fine di ottenere un'ordinanza che autorizzasse l'internamento della paziente. Il tribunale accoglieva tale istanza, all'esito di un procedimento sommario a cui non avevano potuto presenziare – per proporre obiezioni o eccezioni – né la paziente, né la di lei madre o un loro rappresentante, non essendo state nemmeno avvise riguardo la data e la sede di svolgimento dell'udienza. Nel corso del mese successivo, la madre si recava quotidianamente in clinica a visitare la figlia constatando il peggioramento della patologia mentale, aggravata dalle conseguenze di una polmonite e dallo sviluppo di piaghe da decubito. La sig.ra Belenko riproponeva nuovamente alla clinica la richiesta volta a far dimettere la figlia, ottenendo una risposta negativa. Dopo essere

stata ricoverata d'urgenza presso l'ospedale regionale, Oksana Belenko moriva a distanza di soli quattro mesi dal ricovero. La madre presentava una denuncia alla Procura distrettuale nei confronti dei medici contestando che la loro negligenza e imperizia aveva causato il decesso della figlia. Sebbene l'inchiesta si sia trascinata per oltre otto anni con l'esecuzione di almeno quattro indagini peritali che avevano dato esiti contrastanti riguardo l'eziologia della morte della paziente, sia stata chiusa e riaperta per ben cinque volte, all'esito di tale "calvario" giudiziario – anche per la scomparsa dei campioni biologici e della relativa documentazione sanitaria – il caso veniva archiviato definitivamente dichiarando che Oksana Belenko era deceduta per cause naturali. La sig.ra Belenko quindi proponeva ricorso avanti la Corte di Strasburgo per violazione da parte delle autorità russe degli artt. 2, 3, 5, 6 e 13 della CEDU.

2. – La questione centrale affrontata dalla Corte europea si rinviene nella determinazione della latitudine delle forme di tutela del diritto alla vita come sancito nell'art. 2 CEDU. Tale diritto racchiude, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, uno dei valori fondamentali delle società democratiche, rientrando nel cd. «nocciolo duro» dei principi affermati nella Convenzione ai quali non è possibile derogare neppure in caso di emergenza (Corte EDU sent. 27-9-1995, *McCann e al. c. Regno Unito*, ric. n. 18984/91, par. 146-147), anche perché esso costituisce il fondamento della possibilità di godimento di ogni altro diritto fondamentale (Corte EDU, sent. 29-4-2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, par. 37).

Il diritto alla vita come «la dignità e la libertà dell'uomo (che) sono l'essenza della Convenzione» (Corte EDU, sent. 7-2-2002, *Mikulic c. Croazia*, ric. n. 53176/99, par. 53) si comprendano nel concetto di diritto fondamentale il quale esprime, con la ricchezza semantica che lo contraddistingue, tanto i fondamenti etici quanto le componenti giuridiche dell'ordinamento di una società. I diritti fondamentali, quindi, seppur positivamente posti, trovano un duplice radicamento nelle norme giuridiche così come nei principi di giustizia che le diverse culture etiche assumono come prioritari. È come se tali diritti fossero, rispetto ad un ordinamento, ad esso intrinseci, ma al contempo affermati prima ed oltre lo stesso (G. Peces Barba Martinez, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, pp. 23 ss.; L. Ferrajoli, *Diritti*

fondamentali. Un dibattito teorico, Bari-Roma, 2001, pp. 34 ss.; G. Palombella, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002, pp. 23 ss.). La complessità degli aspetti che coinvolgono questi diritti è dunque foriera di problematiche intorno alla loro qualificazione, efficacia ed applicazione, dovendo comunque nel sistema CEDU farsi riferimento ad essi come diritti pieni, connotati cioè da quella particolare “pienezza” propria dei diritti fondamentali (R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pp. 25 ss.).

Ciò significa che gli Stati membri, anche per effetto della riserva contenuta nell'art. 15, c. 2, sono sempre e comunque tenuti, all'interno del proprio territorio, a garantirne una protezione concreta ed effettiva (Corte EDU, sent. 20-12-2004, *Makaratzis c. Grecia*, ric. n. 50385/99, par. 56; Corte EDU, sent. 9-11-2006, *Luluyev c. Russia*, ric. n. 69480/01, par. 76).

Nell'evoluzione dell'interpretazione del sistema Cedu, il diritto alla vita ha assunto storicamente il significato di “limite” e di “vincolo” (ovvero la forma dell'obbligo negativo) all'azione dei pubblici poteri, dovendo gli stessi astenersi da condotte (in particolare estrinsecantesi nell'uso della violenza) che possano determinare il decesso di persone comunque soggette alla loro giurisdizione.

Tuttavia, negli ultimi vent'anni, l'art. 2 della Convenzione europea ha subito un processo espansivo, ed, a partire dal caso *McCann e al. c. Regno Unito*, la Corte ha sviluppato un'interpretazione evolutiva della disposizione che l'ha portata in particolare ad ampliare il versante «positivo» degli obblighi che tale articolo impone agli Stati membri (così Corte EDU, sent. 9-6-1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, ric. n. 26550/10, par. 36; Corte EDU, sent. 28-10-1998, *Osman c. Regno Unito*, ric. n. 23452/94, par. 115). Così si è rilevato come la prima proposizione dell'art. 2 imponga allo Stato non solo di astenersi dal provocare in modo intenzionale e illecito la morte, ma anche di adottare le misure idonee a proteggere le vite di coloro che rientrano nella sua giurisdizione. Tale obbligo statale va al di là del dovere primario di garantire il diritto alla vita attraverso l'introduzione di efficaci disposizioni penali atte a dissuadere dalla commissione di reati contro la persona e di un meccanismo di applicazione della legge diretto alla prevenzione e repressione delle condotte illecite, ma può implicare anche, in circostanze ben definite ed entro limiti ragionevoli, l'obbligo positivo a carico delle autorità di adottare delle misure

operative preventive dirette a proteggere l'individuo la cui vita sia messa a rischio dall'azione di organi pubblici o soggetti privati (Corte EDU, sent. 30-11-2004, *Kılıç c. Turchia*, ric. n. 22492/93, par. 62; Corte EDU, sent. 17-6-2008, *Yilmaz c. Turchia*, ric. n. 21899/02, par. 55-56; F. Bestagno, *Art. 2*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (dir. da), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 41 ss.).

Si prospettano in tal senso due diverse declinazioni del profilo materiale degli obblighi positivi posti a tutela della vita: la prima che si esplica nella previsione di garanzie generali che gli ordinamenti nazionali devono offrire, la seconda che, diversamente, si estrinseca nell'adozione di misure personali di protezione della vita di singoli individui quando sia noto che la stessa sia esposta a un rischio certo ed immediato (*Osman c. Regno Unito*, par. 115-116; Corte EDU, Grande Camera, sent. 24-10-2002, *Mastromatteo c. Italia*, ric. n. 37703/97, par. 68-69; Corte EDU, sent. 15-1-2009, *Branko Tomašić e al. c. Croazia*, ric. n. 46598/06, par. 49-51). Questa tipologia di misure specifiche – che non rilevano nel caso qui commentato – ha riguardo alla particolare vulnerabilità dei soggetti a rischio (così nel caso dei detenuti Corte EDU, sent. 14-3-2002, *Paul e Audrey Edwards*, ric. n. 46477/99, par. 56; Corte EDU, sent. 3-4-2001, *Keenan c. Regno Unito*, ric. n. 27229/95, par. 111) ed è anche per tale ragione che con riferimento ad esse, si è discusso di un'estensione orizzontale della sfera di applicabilità degli obblighi convenzionali sino alle relazioni inter-individuali nella prospettiva della garanzia piena dei diritti fondamentali, anche quando la lesione provenga dall'azione di privati (discorre di un «*effet d'irradiation*» D. Spielman, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Luxembourg, 1995, pp. 35 ss.; P. de Fontbressin, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'avenir du droit des obligations*, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Paris, 1995, pp. 157 ss., specie p. 162).

Questi principi si applicano anche nella sfera della sanità. Nel contesto specifico delle negligenze sanitarie, tale obbligo può essere adempiuto anche se, per esempio, il sistema giuridico offre agli interessati un ricorso innanzi alle giurisdizioni civili, solo o congiuntamente ad un ricorso innanzi alle giurisdizioni penali, al fine di stabilire la responsabilità dei medici in causa e, eventualmente, ottenere l'applicazione di ogni appropriata sanzione civile, quale il versamento del

risarcimento danni e la pubblicazione della sentenza. Ciò non esclude forme di intervento attraverso misure disciplinari (Corte EDU, Grande Camera, sent. 17-1-2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, ric. n. 32967/96, par. 49; Corte EDU, sent. 15-12-2009, *Maiorano e al. c. Italia*, ric. n. 28634/06, par. 104 secondo cui «l'obbligo dello Stato va al di là del suo dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita creando una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona e poggiando su di un meccanismo di applicazione concepito per prevenirne, reprimere e sanzionare le violazioni»), così come previste in appositi regolamenti che inducano gli ospedali, pubblici o privati, a prendere misure garanti della vita dei loro pazienti attraverso un efficace sistema giuridico indipendente tale che la causa di morte dei pazienti durante le cure da parte di medici professionisti, nel settore pubblico o privato, sia individuabile e che i responsabili ne rispondano (tra gli altri, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, par. 51; Corte EDU, sent. 21-2-1990, *Powell c. Regno Unito*, ric. n. 45305/99, par. 55; Corte EDU, sent. 1-12-2009, *G.N. c. Italia*, ric. n. 43134/95, par. 80; Corte EDU, sent. 9-7-2013, *De Santis e Olanda c. Italia*, ric. n. 35887/11, par. 60).

Nel caso in commento, la Corte esclude che vi sia stata una violazione sostanziale dell'art. 2 essenzialmente per due ragioni convergenti: da un lato perché l'ordinamento russo prevede una legislazione penale atta a dissuadere in concreto dal commettere lesioni, anche colpose, a danno dei pazienti, dall'altro, perché l'esame della documentazione e delle perizie (pur controverse) aveva escluso che i medici avessero violato *standard* e linee guida, avendo utilizzato metodi di trattamento scientificamente testati e impiegato farmaci ed attrezzature autorizzate.

Così se uno Stato contraente prevede misure adeguate per garantire elevati *standard* professionali tra i sanitari al fine di tutelare la vita dei pazienti, la Corte non può accettare che questioni come errori di valutazione da parte di un medico o negligenze nel coordinamento tra gli operatori sanitari riguardo il trattamento di un particolare paziente, possano di per sé essere sufficienti a chiamare in causa lo Stato sotto il profilo dei suoi obblighi positivi ai sensi dell'art. 2 della Convenzione (*Belenko c. Russia*, par. 73; Corte EDU, sent. 27-6-2006, *Byrzykowski c. Polonia*, ric. n. 11562/05, par. 104).

3. – Vi è poi il versante procedurale del diritto alla vita, ovvero gli obblighi positivi che concernono gli atti di accertamento delle eventuali responsabilità individuali e di repressione delle condotte illecite che lo Stato deve adottare per sanzionarne gli autori e per prevenire future condotte lesive di beni essenziali. L'esistenza di efficaci procedure di controllo *a posteriori* viene considerata nella giurisprudenza di Strasburgo una garanzia indispensabile di effettività del diritto alla vita, tanto da configurare tali obblighi come autonomi rispetto a quelli di natura materiale.

L'obbligo procedurale derivante dall'art. 2 della Convenzione è infatti considerato indipendente dal profilo inerente l'accertamento della responsabilità dello Stato nell'adozione di misure volte a proteggere la vita degli interessati (Corte EDU, Grande Camera, sent. 9-4-2009, *Šilibr c. Slovenia*, ric. n. 71463/01, par. 156-159), perciò la Corte ha sempre esaminato nel merito la questione degli obblighi procedurali, separatamente da quella inerente il rispetto dell'obbligo materiale, constatando, all'occorrenza, una violazione distinta dell'art. 2 nella sua parte processuale (Corte EDU, sent. 19-2-1998, *Kaya c. Turchia*, ric. n. 12673/05, par. 74-78 e 86-92; Corte EDU, sent. 4-5-2001, *McKerr c. Regno Unito*, ric. n. 28883/95, par. 116-161; Corte EDU, sent. 7-2-2006, *Scavuzzo-Hager e al. c. Svizzera*, ric. n. 41773/98, par. 53-69 e 80-86; Corte EDU, Grande Camera, sent. 15-5-2007, *Ramsahai e al. c. Olanda*, ric. n. 52391/99, par. 286-289 e 323-357). Così, in alcune cause, il rispetto dell'obbligo processuale è stato persino oggetto di un voto separato sulla ricevibilità (Corte EDU, sent. 27-10-2004, *Slimani c. Francia*, ric. n. 57671/00, par. 41-43; Corte EDU, sent. 28-4-2005, *Kanlıbas c Turchia*, ric. n. 32444/96, par. 89), mentre, in varie occasioni, la violazione dell'obbligo processuale derivante dall'art. 2 è stata addotta in assenza di motivi di ricorso relativi all'aspetto materiale di tale disposizione (*Calvelli e Ciglio c. Italia*, par. 41-57; Corte EDU, sent. 27-6-2006, *Byrzykowski c. Polonia*, ric. n. 11562/05, par. 86 e 94-118; Corte EDU, sent. 27-11-2007, *Brecknell c. Regno Unito*, ric. n. 32457/04, par. 53). In questi termini la Corte ha sancito che l'obbligo processuale di cui all'art. 2 di condurre un'inchiesta effettiva, pur derivando dagli atti riguardanti aspetti materiali, può dar luogo ad una constatazione di «ingerenza» distinta e indipendente (*Šilibr c. Slovenia*, par. 159). Tale autonomia si è rilevata in molti casi fondamentale per coloro che reclamavano giustizia innanzi all'istanza sovranazionale nell'impossibilità di fare chiarezza sulle circostanze e sulle

correlate responsabilità inerenti il decesso di una persona, sia esso avvenuto colposamente o dolosamente.

Delineato lo statuto autonomo dei profili procedurali degli obblighi positivi connessi alla tutela del diritto alla vita, si può tornare al caso esaminato nella sentenza, laddove emerge il legame (o meglio la dipendenza) tra il mancato accertamento dei fatti e le lacune e contraddizioni nello svolgimento delle indagini. È bene rammentare che la morte di Oksana Belenko ha dato origine a due distinte fasi di indagini preliminari e sette supplementi di indagine. Nei diversi provvedimenti di riapertura delle indagini, l'ufficio della pubblica accusa e i tribunali investiti del caso hanno rilevato i difetti e le omissioni nelle attività investigative. Peraltro la stessa Corte di Strasburgo, richiamando un caso analogo (Corte EDU, sent. 30-9-2010, *Korogodina c. Russia*, ric. n. 33512/04, par. 58), ha sottolineato come, di per sé, la riapertura di un'indagine penale non costituisse una prova definitiva delle carenze che l'avrebbero connotata, tuttavia il susseguirsi di archiviazioni e riaperture delle indagini dimostrava come fosse mancato un autentico tentativo di stabilire la verità (*Belenko c. Russia*, par. 79-80). Dal momento che la rimessione dei casi per il riesame è di solito ordinata a seguito di errori commessi dalle autorità inferiori, il ripetersi di tali ordini entro un unico procedimento riscontra una grave carenza nel funzionamento del sistema giudiziario (Corte EDU, sent. 25-11-2003, *Wierciszecka c. Polonia*, ric. n. 41431/98, par. 46).

In questi termini si è sottolineato come quello prescritto dall'art. 2 CEDU possa configurarsi come un «obbligo di mezzi» e non «di risultato», in quanto impone agli Stati di condurre in modo adeguato le indagini e non di conseguire il risultato di individuare e punire i responsabili (*McKerr c. Regno Unito*, par. 113; F. Bestagno, *Art. 2, cit.*, p. 51).

All'obbligo di effettività devono conformarsi l'intera procedura innanzi alle autorità nazionali, sia nella fase delle indagini che in quella propriamente processuale; ne deriva che, nell'ipotesi in cui gli organi giudiziari nazionali abbiano adottato delle decisioni sul caso concreto, la Corte europea non limita il proprio sindacato a quanto le autorità nazionali hanno compiuto nella fase delle indagini, ma – data l'importanza del diritto alla vita nel quadro della CEDU – si attiene ad un particolare rigore nell'esame delle fattispecie concrete a prescindere dalla previa

attività investigativa e giudiziaria a livello nazionale (Corte EDU, sent., 6-11-2009, *Esat Bayram c. Turchia*, ric. n. 75535/01, par. 46). La giurisprudenza europea, nell'espletare tale funzione di controllo, tende a parametrare il grado di diligenza e perizia, richiesto agli organi giudiziari e investigativi, alle circostanze e al contesto del caso concreto, evitando di delineare *standard* per le attività istruttorie e omettendo di definire procedure o specifici atti di indagine tali da essere conformati agli obblighi positivi descritti (*Belenko c. Russia*, par. 82; Corte EDU, sent. 18-5-2000, *Velikova c. Bulgaria*, ric.n. 41488/88, par. 80).

Al contempo, tuttavia, con procedimento induttivo, la Corte ha sottolineato la necessità che le funzioni inquirenti e quelle giudiziarie siano esercitate entro termini ragionevoli senza rinvii superflui, ovvero in maniera tale che la protezione riconosciuta dalla legislazione interna non si riduca ad essere solo teorica (Corte EDU, sent. 23-3-2010, *Oyal c. Turchia*, ric. n. 4864/05, par. 73; Corte EDU, sent. 7-11-2002, *Lazzarini e Ghiauci c. Italia*, ric. n. 53749/00, par. 53). Così, nel caso in commento, nonostante la corte distrettuale avesse ordinato la riapertura delle indagini, per oltre due anni e mezzo tale decisione era stata semplicemente ignorata.

L'indagine deve essere inoltre ufficiale ed approfondita, il che comporta l'onere per le autorità statali di adottare ogni provvedimento o effettuare accertamenti che siano ragionevolmente idonei a delineare un quadro probatorio tale da verificare le cause del decesso: non solo quindi la raccolta delle testimonianze e delle prove forensi, ma anche l'espletamento di accurate perizie medico-legali in grado di fornire riscontri clinici obiettivi.

In questo contesto, la Corte ha, in più occasioni, ribadito che, anche se la Convenzione non garantisce un diritto ad istruire procedimenti penali contro terzi (Corte EDU, Grande Camera, sent. 12-2-2004, *Perez c. Francia*, ric. n. 47287/99, par. 70), ai sensi dell'art. 2, un sistema giudiziario efficiente dovrebbe, e, in ragione della gravità del pregiudizio inferto al bene giuridico della vita, deve includere il ricorso al diritto penale. Tuttavia, se la violazione del diritto alla vita o all'integrità della persona non è causata intenzionalmente, l'obbligo positivo imposto dalla CEDU di costituire un sistema giuridico efficiente non richiede necessariamente la disposizione di una via di ricorso penale in ogni singolo caso. Nel caso specifico di negligenza medica, l'obbligo si ritiene soddisfatto se il sistema legale offre alle

vittime una via di ricorso davanti ai tribunali civili, da solo o congiuntamente ad una via di ricorso davanti ai tribunali penali, permettendo di stabilire la responsabilità dei medici coinvolti e qualsiasi indennità civile, oltre che ad un ordine di risarcimento (*Calvelli e Ciglio c. Italia*, par. 51).

Come detto, non ogni lacuna od omissione nelle indagini è di per sé sufficiente ad ingenerare una violazione procedurale dell'art. 2 (*Šilibrat c. Slovenia*, par. 202-211), a meno che le carenze nel procedimento penale influenzino l'effettività degli altri rimedi disponibili (civilistico, amministrativo o disciplinare). Così, nel caso trattato dalla Corte (*Belenko c. Russia*, par. 82), la circostanza che l'ultimo supplemento di indagini fosse stato chiuso per la perdita delle prove biologiche e delle cartelle cliniche aveva definitivamente minato qualsiasi speranza della ricorrente di avere verità e giustizia riguardo la morte della figlia, anche attraverso percorsi diversi da quello penale (Corte EDU, sent. 24-1-2008, *Maslova e Nalbandov c. Russia*, ric. n. 839/02, par. 94).

Nella giurisprudenza della Corte europea si precisa infatti l'esigenza che lo Stato non lasci i familiari delle vittime senza rimedi, dovendo predisporre idonee procedure atte ad accertare le cause e le responsabilità dei decessi in modo da consentire la riparazione – sul piano morale o patrimoniale – dell'offesa patita dalle vittime e, dall'altro, da dissuadere altre persone dalla commissione di atti analoghi. La conoscenza dei fatti e di errori possibili commessi nel corso di cure mediche è essenziale per permettere alle istituzioni e allo *staff* medico coinvolto di rimediare alle possibili lacune e prevenire simili errori. Il rapido esame di casi simili è dunque fondamentale alla sicurezza dei fruitori di tutti i servizi sanitari (*Šilibrat c. Slovenia*, par. 196).

4. – Due ultime notazioni. Nella vicenda *Belenko* emerge chiaramente un'ipotesi di violazione dell'art. 5, par. 4, Cedu, non considerata dalla Corte in quanto contestata oltre il termine di decadenza *ex art.* 35, c. 1, nella misura in cui sia la paziente che la sua famiglia non furono notiziate, né ebbero modo di prendere parte all'udienza in cui si decise sull'ospedalizzazione coatta. È bene rammentare che, per giurisprudenza consolidata, l'organo giurisdizionale, specie in ipotesi in cui siano in gioco i diritti di “soggetti deboli”, deve seguire una procedura di carattere

giurisdizionale per offrire all'individuo le garanzie fondamentali che sono proprie della giurisdizione *ex art.* 5, par. 4. Da ciò consegue che il paziente deve avere l'opportunità di presentare il suo caso, o personalmente o tramite un procuratore, e di contestare le prove mediche e legali addotte a supporto dell'internamento (Corte EDU, sent. 30-5-2013, *Malofeyeva c. Russia*, ric. n. 40075/03, par. 78-79). Sebbene i disturbi afferenti alla salute mentale possano comportare restrizioni o deroghe alle procedure e alle forme di accesso alla giurisdizione, essi non possono giustificare una lesione all'essenza dei diritti fondamentali riconosciuti in generale (Corte EDU, 20-2-2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito*, ric. n. 50272/99, par. 70).

Con riguardo, infine, alla seconda notazione, potrebbe sembrare contraddittorio che, da un lato, la Corte affermi l'autonomia degli obblighi procedurali e, dall'altro, che la sola violazione di tale profilo porti i giudici di Strasburgo ad accordare ai ricorrenti un indennizzo inferiore a quello richiesto. Tale scelta viene giustificata, oltre che dalla mancanza di una violazione degli obblighi positivi materiali, anche sulla base dell'assenza di un nesso causale tra il verificarsi della morte e la lacunosità delle indagini svolte successivamente, il che tuttavia sembra non tenere in debito conto le sofferenze subite dalle "vittime di riflesso" dell'azione criminosa.



ISSN 2037-6677

2015/3

I giudici di Strasburgo di fronte al conflitto del Nagorno-Karabakh: il difficile rapporto della Corte Edu con le questioni di diritto internazionale

The Strasbourg judges before the Nagorno-Karabakh conflict: the difficult relationship of the ECHR with International Law issues

Maria Chiara Locchi

Tag: ECHR, Nagorno, Armenia



I giudici di Strasburgo di fronte al conflitto del Nagorno-Karabakh: il difficile rapporto della Corte Edu con le questioni di diritto internazionale – Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Case of Chiragov and Others v. Armenia, 16.6.2015, Application no. 13216/05.

di Maria Chiara Locchi

1. – La sentenza in commento è senza dubbio da annoverarsi tra le decisioni controverse della Corte EDU, destinata ad alimentare critiche e scontri di vedute in relazione tanto al contesto geopolitico di riferimento (il «conflitto dimenticato» del Nagorno-Karabakh, per usare la formula di N. Ronzitti, *Il conflitto del Nagorno-Karabakh e il diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2014, XI) quanto ai caratteri e ai limiti della funzione giurisdizionale della Corte di Strasburgo di fronte a questioni, particolarmente complesse, già oggetto di valutazioni da parte di altre organizzazioni e corti internazionali.

I ricorrenti, sei cittadini dell'Azerbaigian di etnia curda, contestavano all'Armenia la violazione degli artt. 1 Prot. 1 (protezione della proprietà) e 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), in quanto era stato loro impedito di fare ritorno alle proprie abitazioni e ai propri terreni siti nel distretto di Lachin – una porzione di territorio internazionalmente riconosciuto come azerbaigiano ma di fatto controllato dalla Repubblica, autoproclamatasi indipendente, del Nagorno-Karabakh (NK), appoggiata dall'Armenia – dal quale erano fuggiti nel 1992 a causa

del conflitto. I ricorrenti lamentavano inoltre la violazione degli artt. 13 e 14 CEDU, in relazione, rispettivamente, all'assenza di ricorsi effettivi e all'intento discriminatorio, per motivi etnici e religiosi, alla base della condotta delle autorità armene.

La difficoltà dello scrutinio della Corte emerge già a partire dalla ricostruzione delle circostanze del caso, con riferimento sia alle vicende politiche e militari che hanno portato alla nascita della nuova entità statale e alle relazioni tra Azerbaigian e Armenia che alla considerazione, in termini fattuali e giuridici, delle rivendicazioni dei ricorrenti.

In relazione al primo aspetto, la Corte ripercorre i drammatici accadimenti che, fin dal 1988, hanno visto contrapporsi l'allora Repubblica sovietica dell'Azerbaigian, da un lato, e l'*oblast* autonomo del NK e la Repubblica socialista sovietica armena, dall'altro, con scontri armati e flussi di migliaia di sfollati e rifugiati tra Armenia e Azerbaigian. L'atto di secessione del NK dall'Azerbaigian, il 2 settembre 1991, aveva provocato l'esplosione di un conflitto su larga scala, con ulteriori vittime, in termini sia di morti e feriti che di rifugiati, nel biennio 1992-1994. Il conflitto è ad oggi soltanto "congelato": in assenza di un riconoscimento internazionale, la situazione del NK continua ad essere caratterizzata da tensioni, ripetute violazioni del cessate il fuoco e precarie condizioni di vita degli abitanti della regione.

In relazione al secondo aspetto, i punti di maggiore problematicità sono relativi non tanto alla qualificazione giuridica, sul piano del diritto interno e internazionale, delle pretese dei ricorrenti, quanto alla produzione di una documentazione idonea a dimostrare il diritto di proprietà su abitazioni nel frattempo andate distrutte e il diritto d'uso su terreni, attualmente nella disponibilità di altri occupanti, rispetto ai quali le prove documentali e testimoniali sono risultate scarse e, in alcuni casi, incongruenti.

2. – Prima di passare alla considerazione dei profili di merito, la Corte si trova a dirimere tre questioni di ammissibilità, che la stessa Grande Camera aveva accorpato alle questioni di merito in sede di decisione, nel 2011, sull'ammissibilità dei casi *Chiragov v. Armenia* e *Sargsyan v. Azerbaijan* (sulla quale cfr. S. Forlati, *The Echr and the*

Nagorno-Karabakh Conflict - Applications Concerning "Historical Situations" and the Difficult Quest For Legal Certainty, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2012, pp. 402-408).

Un primo problema riguarda l'esaurimento delle vie di ricorso interne, stante il mancato esperimento, da parte dei ricorrenti, di quei rimedi giuridici pur previsti, secondo la ricostruzione del Governo rispondente, negli ordinamenti del NK e dell'Armenia. Se i ricorrenti spiegavano tale mancanza con argomentazioni relative alla loro condizione di sfollati, membri di una minoranza etnica e religiosa sgradita in entrambi gli Stati, la Corte non considera adempiuto, da parte dell'Armenia, l'onere di dimostrare l'esistenza di vie di ricorso interne effettive, specificando che tale condizione – per quanto fondamentale a garantire il carattere sussidiario della protezione della Corte Edu – debba essere applicata in modo flessibile e senza formalismi, avendo riguardo alle circostanze particolari di ciascun caso concreto.

Il secondo aspetto, relativo allo *status* di “vittima” in capo ai ricorrenti, è direttamente connesso ai già citati problemi nella dimostrazione della fondatezza delle pretese su case e terreni. La necessaria elasticità nell'accertamento dei titoli di proprietà delle persone sfollate – che emerge sia dai precedenti della Corte (ad es., cfr. *Loizidou v. Turkey*, 18.12.1996, e sentenze successive sulla situazione cipriota; *Dogān and Others v. Turkey*, 29.6.2004; *Öneryıldız v. Turkey*, 30.11.2004; *Kerimova and Others v. Russia*, 3.5.2011) che da altre fonti internazionali (es. art. 15 § 7 dei *Pinheiro Principles* dell'ONU del 2005, in materia di restituzione delle proprietà alle persone sfollate e rifugiate) – consente ai giudici di considerare le planimetrie presentate dai ricorrenti come una prova *prima facie* dei titoli su terre e abitazioni, riconducibili alle nozioni di “proprietà” ex art. 1 Prot. 1 e di “domicilio” nei termini dell'art. 8 CEDU. Ai ricorrenti può quindi essere riconosciuto lo *status* di “vittima”.

Il terzo e ultimo punto, indubbiamente il più controverso, fa riferimento alla possibilità di ricondurre le violazioni contestate alla giurisdizione dell'Armenia, rendendosi quindi necessario accettare il grado di “integrazione” tra la Repubblica del NK e la Repubblica armena. Di fronte alle confliggenti ricostruzioni prospettate, la Corte si concentra sul concetto di “giurisdizione extra-territoriale”, una situazione dal carattere indubbiamente eccezionale che può tuttavia venire in rilievo nell'ambito della, di per sé generica, formulazione dell'art. 1 Prot. 1. Sulla base della giurisprudenza della stessa Corte (cfr. *Ilaşcu a. o. v. Moldova and Russia*, 8.7.2004; *Al-*

Skeini a. o. v. The United Kingdom, 7.7.2011; *Catan a. o. v. Moldova and Russia*, 19.10.2012), si può parlare di giurisdizione extra-territoriale quando uno stato – per mezzo del controllo effettivo di un territorio estero, e dei suoi abitanti, a seguito di occupazione militare o in presenza di approvazione, invito o acquiescenza del governo di quel territorio – esercita tutti o alcuni poteri pubblici che normalmente spetterebbero a quel governo; inoltre, quando sia accertata tale dominazione su un territorio, non è necessario verificare se lo Stato rispondente eserciti un controllo capillare sulle politiche e sulle condotte poste in essere dall'amministrazione locale ad esso subordinata, risultando decisivo, ai fini della determinazione della responsabilità dello Stato “dominante”, il fatto che quell'amministrazione sopravviva in virtù del supporto da questo fornito.

Gli elementi utili all'accertamento di tale “controllo effettivo” da parte dell'Armenia sul NK sono identificati dalla Corte nel coinvolgimento militare delle forze armene a sostegno delle rivendicazioni di autonomia della regione dall'Azerbaigian, nelle connessioni sul piano politico, legislativo e giudiziario tra le due entità e nel supporto di tipo economico-finanziario. Alla luce di questi indicatori, attraverso la selezione e la valutazione dei numerosi documenti e *report* di organizzazioni e istituzioni internazionali presentati dalle parti, i giudici concludono nel senso dell'esistenza di un “alto grado di integrazione” tra Armenia e NK fin dall'inizio degli anni novanta, e indubbiamente anche dopo il 2002 (anno della ratifica della Cedu da parte dell'Armenia e, di conseguenza, data di riferimento per stabilire la giurisdizione della Corte Edu).

Una volta sciolto il nodo della giurisdizione dell'Armenia, la Corte passa a valutare i profili di merito, dichiarando la violazione dell'art. 1 Prot. 1 – per mancato adempimento da parte dell'Armenia dell'obbligo di adottare specifiche misure di protezione, anche di tipo compensativo, dei diritti di proprietà degli sfollati di nazionalità azerbaigiana – e degli artt. 8 e 13 Cedu, in quanto i ricorrenti avevano dovuto forzatamente stabilire la propria residenza lontano da Lachin, da sempre il centro della propria vita e dei propri affetti, senza la possibilità di contestare tali violazioni per mezzo di vie di ricorso interno effettive.

3. – La decisione assunta dalla maggioranza dei giudici si presta a sollevare una serie di critiche e perplessità, come dimostrano le cinque opinioni separate annesse alla sentenza.

La causa prima del carattere controverso del caso che si commenta è da rintracciarsi nella difficoltà di mantenere il ruolo di giudice terzo di fronte a contestazioni implicanti precise opzioni di carattere geopolitico: i giudici di Strasburgo sembrano “prendere parte” al conflitto, dando «l’impressione, sicuramente infondata, ma in ogni caso deplorevole, che la Corte è un giocatore con le proprie posizioni politiche ...» (cfr. l’opinione dissidente del giudice Pinto de Albuquerque, § 11).

La posizione assunta dalla Corte in merito all’acquisizione delle prove è da più parti segnalata come un punto debole della sentenza. Il massimo rigore nell’accertamento dei fatti si rendeva tanto più necessario in ragione dell’approccio empirico che informa la decisione, comprensibilmente adottato dalla Corte in un caso che difficilmente avrebbe consentito il trattamento esaustivo di tutte le complesse questioni implicate. I due aspetti su cui si concentrano le critiche di infondatezza dell’apparato probatorio sono relativi al grado di coinvolgimento dell’Armenia, sia in relazione alla giurisdizione che alla specifica responsabilità rispetto ai fatti contestati dai ricorrenti. Come rimarcato dai due critici più aspri della decisione della maggioranza (Gyulumyan e Pinto de Albuquerque), l’assenza di una preventiva determinazione dei fatti rilevanti nei precedenti gradi di giudizio avrebbe dovuto condurre la Corte ad un accertamento autonomo; il richiamo alla flessibilità nell’acquisizione delle prove, infatti, non può portare a sottovalutare i rischi di un abbassamento eccessivo degli *standard* di prova in vicende così complesse, anche in considerazione dei numerosi casi di rivendicazioni infondate in situazioni di conflitto rese caotiche da espulsioni e sgomberi di massa.

Le oggettive difficoltà metodologiche sono state gestite con eccessiva disinvoltura dalla Corte: è questa la contestazione più dura, relativa alla mancanza di rigore nell’evocare concetti e istituti già utilizzati nel diritto internazionale, quali “controllo effettivo” e “alto grado di integrazione”, “giurisdizione”, “responsabilità”, “attribuzione”; la maggioranza è accusata di essersi isolata rispetto al sistema degli operatori del diritto internazionale, che di quelle nozioni e di quegli

istituti hanno già fornito diverse interpretazioni alla luce di molteplici parametri. La consapevolezza dell'importanza del proprio ruolo di interprete nel contrasto alla frammentazione del diritto internazionale, d'altra parte, è emersa più volte nella giurisprudenza della Corte Edu, che ha esplicitamente escluso di poter interpretare e applicare i principi sottesi alla Convenzione come se operasse in un *vacuum* giuridico (cfr. *Banković a. o. v. Belgium a. o.*, 12.12.2001, e *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, 2.5.2007), pur oscillando tra i due opposti paradigmi dell'"apertura" e della "chiusura" rispetto alla penetrazione di fonti internazionali nelle proprie decisioni (cfr. M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 4 e s.).

In relazione alla determinazione della "giurisdizione extra-territoriale" dell'Armenia un primo ordine di problemi è legato al mancato coordinamento con le diverse interpretazioni e ricostruzioni di quel concetto esistenti a livello internazionale generale (*in primis* nei *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adottati dalla International Law Commission delle Nazioni Unite), e in particolare nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia (*Nicaragua*, 27-6-1986, e *Bosnia and Herzegovina*, 11-7-1996). Ciò che i giudici dissensienti obiettano alla Corte Edu, in sostanza, è di aver ignorato l'articolazione delle regole di attribuzione e degli *standard* di responsabilità previsti dal diritto internazionale – che, ad esempio, fanno la differenza tra controllo di un territorio esercitato attraverso le forze armate e controllo del territorio per mezzo di un'amministrazione locale subordinata – limitandosi ad invocare genericamente il parametro del "controllo effettivo" sull'ente secessionista senza ritenere necessario ricollegare la responsabilità dello Stato ad un esame circostanziato del caso concreto.

Un'interpretazione della nozione di "giurisdizione" alla luce dei principi fissati dal diritto internazionale avrebbe dovuto implicare una valutazione specifica e più articolata della reale posizione dell'Armenia (e, in particolare, dell'esistenza di specifici obblighi di protezione derivanti dalla Convenzione in relazione ai fatti contestati) e della commissione di un illecito internazionale. Poiché, dalla prospettiva del giudice Gyulumyan, senza prove di un coinvolgimento diretto dell'Armenia nella privazione dei diritti di proprietà a danno dei ricorrenti o della presenza massiccia

delle forze armate armene sul territorio del NK, l'ipotesi da considerare è quella del controllo per mezzo dell'amministrazione locale subordinata; e poiché tale ipotesi è da ricondurre alla fattispecie disciplinata dall'art. 8 dei *Draft Articles* (“condotta diretta o controllata da uno Stato”); ciò che la Corte avrebbe dovuto accertare per sostenere che l'Armenia avesse esercitato una giurisdizione extra-territoriale è la subordinazione del NK in qualità di amministrazione locale subordinata. Secondo il giudice dissidente è proprio tale subordinazione – da intendersi anche alla luce degli orientamenti della Corte internazionale di giustizia – a non essere stata sufficientemente dimostrata dalla Corte EDU.

Un secondo ordine di contestazioni ha a che fare con lo scostamento – infondato, dal punto di vista dei giudici Motoc, Ziemele, Gyulumyan e Pinto de Albuquerque – dai precedenti orientamenti della stessa Corte di Strasburgo sul tema della giurisdizione extra-territoriale, che risultavano maggiormente in linea con gli *standard* codificati a livello internazionale, distinguendo con più attenzione le diverse situazioni di controllo ipotizzabili (cfr. i casi *Banković and Others* e *Jaloud v. The Netherlands*, 20.11.2014) e identificando nella forza della presenza militare l'elemento principe al fine di accettare il controllo effettivo di uno Stato su un'area posta al di fuori del proprio territorio nazionale (*Al-Skeini and Others*). La situazione di controllo indiretto di uno Stato su un territorio esercitato esclusivamente per mezzo di un'amministrazione locale subordinata rendono, peraltro, il caso *Chiragov* solo parzialmente riconducibile ai precedenti della Corte (e, in particolare, ai casi relativi a Cipro e alla Transnistria).

Da ultimo, ma non per importanza, il tema della secessione rappresenta un'ulteriore aspetto problematico della decisione della maggioranza. La qualificazione dello *status* del NK, infatti, sarebbe stata di primaria importanza per la decisione del caso, in quanto idonea ad incidere sull'individuazione delle regole di attribuzione e dei diversi *standard* di responsabilità degli Stati. Il giudice armeno Gyulumyan, ad esempio, ritiene possibile considerare il NK uno “Stato” alla luce della Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli Stati, anche in considerazione dell'assenza di una pronuncia di segno negativo da parte del Consiglio di Sicurezza; una simile posizione implica, evidentemente, il convincimento che l'eventuale assistenza fornita dal Governo armeno non sarebbe,

di per sé, sufficiente a far venire in rilievo la “giurisdizione” dell’Armenia per i fatti accaduti nella regione, a meno che si dimostri che quei fatti siano avvenuti sotto il “dominio” e la “direzione operativa” delle forze armene.

Il profilo del diritto all’auto-determinazione del NK è di grande importanza altresì in riferimento al concetto di “*remedial secession*”, in via di crescente riconoscimento da parte della dottrina internazionalistica e della stessa prassi degli Stati. Il principio sotteso a tale nozione è che «la secessione andrebbe configurata non già come l’oggetto in sé di una fondata pretesa del popolo, ma come *last resort*, come estremo rimedio, quasi come una forma di riparazione, di cui disporrebbe il gruppo infrastituale (popolo minoranza) nel caso in cui gli fosse sistematicamente preclusa la partecipazione alle scelte politiche, economiche e sociali dello Stato» (cfr. A. Fabbricotti, *Legittima difesa e autodeterminazione dei popoli*, in A. Lanciotti e A. Tanzi (a cura di), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2012, p. 258. Tra i sostenitori del diritto dei popoli a una “*remedial secession*” cfr., di recente, C. Tomuschat, *Secession and self-determination*, in M.G. Kohen (ed.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 41-45; J. Dugard, *The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Leiden, Brill, 2013, pp. 116-117; B. Saul et al., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Commentary. Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 25-52. D’altra parte, c’è anche chi sottolinea il carattere controverso della dottrina della “secessione rimediale”, che avrebbe tuttora una consistenza più teorica che pratica, cfr. G. Fox, *Eritrea*, in C. Walter et al. (eds.), *Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 288).

Dopo una scrupolosa ricostruzione dei fondamenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali della *remedial secession*, il giudice Pinto de Albuquerque rende esplicito il punto critico che la Corte avrebbe dovuto affrontare e che invece è rimasto nell’ombra: se alla popolazione armena dell’Azerbaijan fosse stato negato il diritto all’auto-determinazione e se l’Azerbaijan si fosse reso responsabile, o avesse giustificato la commissione da parte di privati, di attacchi sistematici contro i diritti umani della popolazione armena sul territorio nazionale prima della data critica del 2 settembre 1991 (data della secessione), il successivo intervento militare dell’Armenia

in favore della popolazione armena del NK, inclusa l'operazione del corridoio di Lachin, avrebbe dovuto essere inquadrato alla luce degli obblighi umanitari e di protezione sanciti a livello internazionale. Il quesito “scomodo” che il giudice dissensiente solleva nella sua opinione – e sul quale la Corte EDU non potrà non continuare ad interrogarsi – è in sostanza il seguente: in che misura il diritto di secessione degli Stati e il diritto internazionale umanitario possono restringere il godimento dei diritti sanciti dalla CEDU e dal Prot. 1?



ISSN 2037-6677

2015/3

Controllo di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: la Corte torna sul tema, più decisa che mai

Constitutional review and preliminary ruling: The Court returns to the subject, more determined than ever

Marcello Salerno

Tag: preliminary ruling, Germany, Constitutional review



Controllo di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: la Corte torna sul tema, più decisa che mai – Corte di Giustizia dell’Unione europea (Terza sezione). Sentenza 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*.

di Marcello Salerno

1. – Non è la prima volta che la Corte di giustizia si esprime sulla facoltà del giudice nazionale di procedere ad un rinvio pregiudiziale, quando la norma nazionale di cui si intende valutare la compatibilità rispetto al diritto europeo è contemporaneamente oggetto di un giudizio interno di costituzionalità. La sentenza in commento, infatti, si colloca nel solco di un percorso giurisprudenziale piuttosto consolidato che ad ogni occasione, tuttavia, si arricchisce di qualche elemento di interesse.

La questione pregiudiziale ha origine nel 2011, quando la Kernkraftwerke Lippe Ems GmbH (in breve: KLE), società che gestisce la centrale nucleare Emsland in Germania, ricorre all’utilizzo di elementi di combustibile nucleare per provocare una reazione a catena autosostenuta. Secondo quanto stabilisce la legge tedesca dell’8 dicembre 2010 (Kernbrennstoffsteuergesetz, in breve KernbrStG), l’utilizzo di combustibili nucleari comporta il pagamento di una imposta che è alla base della controversia del procedimento principale. La KLE, infatti, ritiene che tale imposta presenti non solo profili di incostituzionalità ma anche elementi di incompatibilità

con alcune direttive europee: la direttiva 2003/96 che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità e la direttiva 2008/118 relativa al regime generale delle accise. Inoltre, vengono sollevati ulteriori profili di incompatibilità con i Trattati nella misura in cui l'imposta potrebbe costituire un aiuto di stato e pregiudicare la concorrenza tra i vari produttori di elettricità o compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla CEEA.

Prima di affrontare il tema che appare maggiormente rilevante, ossia il rapporto tra rinvio pregiudiziale e controllo interno di costituzionalità, è opportuno anticipare sin d'ora che su nessuno dei profili sollevati nel rinvio pregiudiziale la Corte ha ritenuto vi fossero elementi di incompatibilità tra il diritto europeo e la disciplina tedesca relativa all'imposta sull'utilizzo di combustibile nucleare. In particolare, per quel che concerne la compatibilità con le direttive, la Corte ha evidenziato che l'articolo 14 della direttiva 2003/96 enuncia in maniera tassativa le esenzioni obbligatorie che gli Stati membri sono tenuti a riconoscere nell'ambito delle imposte sui prodotti energetici e dell'elettricità (cfr. Corte giust., sent. 5.7.2007, *Fendt Italiana*, C-145/06 e C-146/06, in *Racc.*, 2007, 411, p.to 36) e pertanto il combustibile oggetto della causa principale non può rientrare, neppure in via analogica, nell'esenzione prevista dalla direttiva.

L'imposta tedesca sui combustibili nucleari, secondo i giudici di Lussemburgo, non è neppure riconducibile all'art. 1 della direttiva 2008/118, in quanto non grava né direttamente né indirettamente sul consumo dell'elettricità, né sul consumo di un altro prodotto assoggettato ad accisa, ma sul combustibile nucleare utilizzato. La quantità di elettricità prodotta da un reattore di centrale nucleare, ha evidenziato la Corte, non dipende dalla quantità di combustibile utilizzato, ma può variare a seconda della natura e delle proprietà del combustibile utilizzato, nonché in base al livello di rendimento del reattore in questione. D'altronde, l'imposta istituita dal KernbrStG potrebbe essere riscossa in ragione dell'innesto di una reazione a catena autosostenuta addirittura senza che un quantitativo di elettricità venga necessariamente prodotto e, di conseguenza, consumato.

Per ragioni analoghe, la Corte ha affermato che l'imposta tedesca non presenta le caratteristiche di una misura selettiva, ai sensi dell'articolo 107, par. 1, TFUE, e, dunque, non costituisce un aiuto di Stato. Inoltre, l'imposta non possiede neppure le

caratteristiche di una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale e, pertanto, non pregiudica la concorrenza tra i vari produttori di elettricità, in quanto essa si applica non in ragione del fatto che il combustibile nucleare attraversi una frontiera, bensì a motivo del suo utilizzo per la produzione commerciale di elettricità, senza distinzione riguardo all'origine del combustibile.

Nessun rischio, infine, per gli obiettivi fissati nella CEEA: l'imposta istituita dal KernbrStG, sebbene abbia l'effetto di rendere più costosa l'uso di combustibile nucleare per la produzione commerciale di elettricità, non costituisce alcuna violazione degli obblighi degli Stati membri e non pregiudica l'approvvigionamento di combustibile dei gestori di centrali nucleari.

2. – Dal punto di vista della compatibilità con il diritto europeo, dunque, l'imposta tedesca sui combustibili nucleari non presenta alcun profilo problematico. Tuttavia, come si anticipava in premessa, la questione più rilevante su cui si sviluppa la sentenza, nasce dalla circostanza che, oltre al ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, il giudice del rinvio aveva sollevato parallela questione di legittimità costituzionale dinanzi al giudice costituzionale tedesco. Per tale ragione, la prima domanda oggetto di rinvio pregiudiziale aveva lo scopo di chiarire se l'art. 267 TFUE autorizzasse il giudice a proporre questioni vertenti l'interpretazione del diritto dell'Unione in relazione alla legittimità di una legge nazionale nei confronti della quale lo stesso giudice ha già adito la Corte costituzionale per profili di illegittimità costituzionale interna.

La Corte di giustizia aveva già affrontato un problema analogo nella nota sentenza Mecanarte (Corte giust., sent. 27.06.1991, causa C-348/89, *Mecanarte*, in *Racc.*, 1991, I-3277). In tale occasione i giudici comunitari avevano spiegato che «l'efficacia del diritto comunitario rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, al quale è stata sottoposta una controversia regolata dal diritto comunitario, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'art. 177 del Trattato, di sottoporre alla Corte di giustizia le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto comunitario, al fine di consentirgli di giudicare se una norma nazionale sia o no compatibile con quest'ultimo». Da tale argomentazione la Corte

deduceva che, anche in tale situazione, il giudice nazionale non è privato della facoltà né dispensato dall'obbligo, di cui all'art. 177 del Trattato CEE. Il principio, peraltro, ben si inseriva all'interno di un più generale orientamento giurisprudenziale che da sempre aveva riconosciuto ai giudici nazionali «la più ampia facoltà» di adire alla Corte per questioni che implicano un'interpretazione o un apprezzamento sulla validità delle disposizioni del diritto comunitario (v. ad esempio: Corte giust., sent. 16.1.1974, causa C-166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, in *Racc.*, 1974, 33 ss.).

Le argomentazioni contenute nella sentenza Mecanarte furono successivamente riprese nella sentenza Melki (Corte giust., sent. 22.06.2010, cause riunite C-188/10 E C-189/10, *Melki e Abdeli*, sulla quale v. i commenti di C. Drigo, *La Corte di giustizia riafferma il proprio primato: la questione prioritaria di costituzionalità al vaglio dei giudici di Lussemburgo*, in questa Rivista, 2010, 1484 ss.; A. Pliakos, *Le contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne: la réaffirmation du principe de primauté* in *Cahier de dr. eur.*, 2011, 489 ss.; V. Sciarabba, *La manutenzione della giustizia costituzionale in Italia e in Europa: spunti dalla Francia e dal Lussemburgo (caso Melki)*, in C. De Caro, N. Lupo, G. Rivosecchi (cur.), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Giappichelli, Torino, 2012, 117 ss.). La sentenza aveva ad oggetto la *loi organique* francese che introduceva la questione prioritaria di costituzionalità (v. in dottrina P. Costanzo, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la cassazione tenta di sparigliare le carte, ma il consiglio costituzionale tiene la partita in mano*, in www.giurcost.org). In tale occasione, la Corte aveva precisato che «nei limiti in cui il diritto nazionale preveda l'obbligo di avviare un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, che impedirebbe al giudice nazionale di disapplicare immediatamente una disposizione legislativa nazionale che ritenga contraria al diritto dell'Unione, il funzionamento del sistema instaurato dall'art. 267 TFUE esige nondimeno che siffatto giudice sia libero, da un lato, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, dall'altro, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale contraria al diritto dell'Unione» (v. il commento di F. R. Trabucco, *Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria, dopo la riforma francese del 2009*, in www.forumcostituzionale.it; per una analisi di contesto: A. Rovagnati, *Quale ruolo per*

le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa vicenda giudiziaria francese, in Rivista AIC, 2010).

Sebbene gli effetti della sentenza Melki appaiano in larga parte sovrapponibili a quelli prodotti dalla sentenza Mecanarte, è possibile individuare, tra le argomentazioni della Corte, qualche elemento distintivo. Nella sentenza Mecanarte i giudici europei non escludono categoricamente che la legge nazionale possa condizionare il rinvio pregiudiziale al precedente esperimento della questione di costituzionalità, ma rinviano alle autorità nazionali il compito di praticare un'interpretazione adeguatrice della propria legge ai principi comunitari indicando, in particolare, le condizioni specifiche rispettando le quali può essere ammessa una procedura incidentale di controllo di costituzionalità con carattere di priorità.

A dire il vero, la Corte di giustizia ha semplicemente giocato “di sponda” con la decisione del *Conseil constitutionnel* di poche settimane prima, con la quale era stata già servita l'interpretazione adeguatrice richiesta dal giudice europeo (lo rileva efficacemente R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 363 ss., secondo il quale si tratta di «un bell'esempio di saggezza giurisprudenziale, anche se forse non di ortogonalità argomentativa»). Sta di fatto che la *loi organique* francese consentiva agevolmente una interpretazione conforme alle prescrizioni del diritto europeo che non impedisse né un rinvio pregiudiziale da parte del giudice comune né una eventuale decisione di inapplicabilità della legge nazionale (D. Simon, A. Rigaux, *Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionalité: Drôle de drame, Quai de brumes, Le jour se lève?*, in *Europe*, 2010, Répere n. 6, in www.lexisnexis.com).

Nel 2013 la Corte di giustizia torna ancora una volta sul tema, sempre con riferimento agli ordinamenti nazionali che prevedono l'obbligo di avviare un procedimento incidentale di controllo costituzionale generalizzato delle leggi (Corte giust., sent. 11.09.2014, *A. c. B.*, causa C-112/13). Anche in questo i giudici affermano che «il funzionamento del sistema instaurato dall'articolo 267 TFUE esige che il giudice nazionale sia libero, da un lato, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, dall'altro, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, una disposizione legislativa nazionale che esso

ritenga contraria al diritto dell'Unione». La giurisprudenza europea, quindi, torna con decisione sul solco già tracciato nelle prime pronunce, ritenendo incompatibile con il diritto dell'Unione qualsiasi normativa nazionale che “congeli” temporaneamente la possibilità per i giudici nazionali di adire la Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale e di disapplicare una norma potenzialmente in contrasto con l'ordinamento europeo (cfr. P. Faraguna, *Rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale (nota a Corte di giustizia UE, c-112/13)*, in www.formucostituzionale.it, 2014.).

3. – In tutta evidenza, l'argomento cardine attorno al quale ruota l'intera giurisprudenza sinora sinteticamente ricordata, è senz'altro l'istituto della disapplicazione. Non è un caso se nei precedenti che la Corte richiama, non manca mai l'ormai storica sentenza Simmenthal (Corte giust., sent. 9.3.1978, causa 106/77, in *Racc.*, 629 ss.). In effetti, sul delicato rapporto tra rinvio pregiudiziale e ricorso alla corte costituzionale si gioca il principio stesso del primato del diritto dell'Unione, «il quale esige che il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria» (p.to 35 sent. in commento). La primazia del diritto europeo, come più volte ribadito dai giudici europei, risulta incompatibile con qualsiasi norma di un ordinamento giuridico nazionale o qualsiasi prassi legislativa, amministrativa o giudiziaria, che neghi al giudice interno il potere di fare tutto quanto è necessario per disattendere le disposizioni legislative nazionali eventualmente in conflitto con il diritto dell'Unione.

Resta sullo sfondo l'obiezione che la questione pregiudiziale avrebbe natura soltanto “ipotetica” fintanto che è in corso un procedimento parallelo di controllo di legittimità costituzionale. Tuttavia, come opportunamente annota l'Avvocato generale Szpunar nelle Conclusioni alla sentenza in epigrafe, sono tanti e vari gli eventi che possono comportare l'estinzione del procedimento principale prima che la Corte statuisca sul rinvio pregiudiziale. E fra tali eventi figura anche l'invalidazione, da parte del giudice costituzionale, delle disposizioni nazionali su cui si fonda l'oggetto della controversia. In un caso del genere, incombe al giudice del rinvio trarre le conseguenze da un siffatto evento e, in particolare, concludere per la

necessità di ritirare la domanda di pronuncia pregiudiziale, di modificarla, o anche di mantenerla ferma. Infatti, la dichiarazione di incostituzionalità potrebbe anche non risultare dirimente. L'eliminazione della norma interna dichiarata incostituzionale può avvenire con effetti *ex nunc* o a partire da un momento specificato dal giudice costituzionale stesso. In altre parole, la disposizione potrebbe ugualmente produrre effetti in un determinato periodo temporale e, se risultasse in conflitto con il diritto europeo, dovrebbe essere comunque disapplicata. Ciò dimostra che lo strumento del rinvio pregiudiziale, proprio in quanto funzionale alla disapplicazione di una norma nazionale in contrasto con l'ordinamento europeo, resta uno strumento essenziale in ogni momento per il giudice nazionale, il quale non può mai restarne privo, neppure temporaneamente.



ISSN 2037-6677

2015/3

**I custodi dei diritti umani e la tutela della dignità:
contrastî di vedute sul diritto a vivere (e a morire)**

**The human rights guardians and the protection of
dignity: diverging positions on the right to life (and to
die)**

Paola Santone

Tag: France, right, die



I custodi dei diritti umani e la tutela della dignità: contrasti di vedute sul diritto a vivere (e a morire) – Corte europea dei diritti dell'uomo (Grand Chamber). Sentenza 5 giugno 2015, ric. 46043/2014. *Lambert and Others v. France* (opinione congiunta parzialmente dissidente di cinque giudici)

di Paola Santone

1. – Con la sentenza del 5 giugno 2015 la *Grand Chamber*, con opinione congiunta parzialmente dissidente di cinque giudici, ha affermato che non sussiste la violazione dell'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e quindi del diritto alla vita in riferimento all'attuazione della decisione del *Conseil d'État* francese resa il 24 giugno 2014, con la quale era stata autorizzata l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale a Vincent Lambert, infermiere francese che, dal 2008, a seguito di un grave incidente stradale, versa in stato vegetativo. La pronuncia rappresenta l'epilogo di una lunga vicenda processuale che ha visto contrapposte le posizioni dei parenti di Vincent Lambert: da una parte la moglie favorevole all'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione, dall'altra i genitori ed i fratelli dello sfortunato infermiere alla difesa accanita del diritto alla vita al fine di prolungarla il più possibile, nella speranza di un risveglio delle funzioni cognitive. A distanza di cinque anni dall'incidente il medico curante di Lambert decide di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiali, ai sensi della legge 22 aprile 2005 sui diritti dei pazienti e fine vita (legge Leonetti),

dopo che un collegio medico aveva accertato l'irreversibilità dello stato vegetativo in cui versava, decisione, questa, impugnata dinanzi al Tribunale amministrativo che la dichiara illegittima e contestualmente obbliga la struttura sanitaria a riprendere la somministrazione dell'alimentazione e dell'idratazione. La moglie e la stessa struttura sanitaria propongono ricorso incidentale al Consiglio di Stato il quale, prima di esprimersi con provvedimento giudiziario, pone in essere una approfondita istruttoria che vede la consultazione di numerosi esperti, tra i quali lo stesso Leonetti, al fine di chiarire se l'alimentazione e l'idratazione rappresentano un'ostinazione irragionevole.

Al termine del complesso *iter* giudiziario, il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza del tribunale amministrativo, accoglie la richiesta dei ricorrenti e sancisce la legittimità della decisione di porre fine all'alimentazione e idratazione dell'uomo; contro tale pronuncia, i genitori ed i fratelli di Lambert si rivolgono alla Corte di Strasburgo e, nel chiedere l'adozione di una *interim measure* stante il pericolo imminente di subire un danno irreparabile, lamentano la violazione degli artt. 2, 3 e 8 della Convenzione. L'esame scrupoloso dei giudici di Strasburgo attiene soprattutto alla valutazione di un aspetto ben preciso: the risk that the direct victim will be deprived of effective protection of his or her rights, and the absence of a conflict of interests between the victim and the applicant (p.to 102) e, nel caso di specie, è evidente che sussista un conflitto d'interessi tra le parti che conduce la Corte a ritenere ammissibile unicamente la doglianza relativa all'art. 2, in quanto la decisione assunta dal personale medico avrebbe determinato un potenziale attentato alla vita di Lambert.

Essenzialmente tre sono i nuclei argomentativi sui quali la Corte fonda la propria decisione e motiva la scelta effettuata: l'accurata disamina del quadro legislativo nazionale e la sua conformità all'art. 2 della Convenzione; la puntuale verifica dell'assenza di violazione della vita privata e familiare dei congiunti ricorrenti, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione e, infine, la valutazione approfondita dell'istruttoria effettuata nel corso dei giudizi precedenti e l'accertamento dell'imparzialità del giudizio dei medici. In merito al primo punto la Corte osserva come la legge Leonetti disciplini i diritti di coloro che versano in una situazione di fine vita prevedendo, per tali situazioni, procedure volte ad evitare l'accanimento

terapeutico; in questa prospettiva la legislazione francese, ad avviso della Corte, si presenta chiara, esaustiva, caratterizzata da puntuale tecnicismo ed è, pertanto, compatibile con l'art. 2 della Convenzione. Nell'affermazione di tale concetto, la Corte non solo ricorda come lo Stato possa imporre tanto obblighi di *non facere* quanto obblighi positivi di *fare* (*L.C.B. c. Regno Unito*, sent. 09-06-1998) ma, nel contempo, accerta che il convincimento del medico sulla “*unreasonable obstinacy*” del trattamento sanitario riguardante Lambert sia il risultato di procedure indicate dalla disciplina, correttamente applicate e rispettate e non, invece, frutto di valutazioni arbitrarie ed irregolari. In merito allo sviluppo del secondo nucleo argomentativo, i giudici dell'alta Corte osservano la compatibilità della disciplina statale con la Convenzione in quanto, nell'ambito della lunga e meticolosa procedura svolta, hanno partecipato ben sei medici, di cui alcuni designati dalla famiglia del soggetto interessato; c'è stata, inoltre, la partecipazione attiva anche della famiglia del ricorrente ed in particolare della moglie, dei genitori e dei fratelli, le cui richieste – unitamente alle evidenze scientifiche - sono cristallizzate nella relazione di tredici pagine depositata in atti.

Infine, *nulla questio* sulla completezza dell'istruttoria espletata e sulla imparzialità dei giudizi medici: la Corte avalla le indagini mediche effettuate e ne esalta la precisione; le procedure sono state scrupolosamente rispettate per cui nessun rimprovero può essere mosso per la superficialità negli accertamenti di natura medica. Particolarmente approfondita appare, inoltre, la verifica della motivazione della sentenza del *Conseil d'Etat* che certamente acquisisce maggior spazio rispetto alle riflessioni aventi carattere sostanziale e che essenzialmente riguardano la prospettata lesione dell'art. 2 della Convenzione.

2. – Nel tracciare una linea guida che funga da collante tra le problematiche già affrontate dalla giurisprudenza e quelle presenti nella pronuncia Lambert, emerge subito quella – di carattere procedurale - relativa alla legittimazione attiva a proporre ricorso dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo o comunque, alla possibilità di riassunzione del giudizio ai fini della prosecuzione di quest'ultimo da parte di terzi. La questione procedurale funge da comune denominatore tra il caso *Lambert* e le pronunce *Sanles Sanles* (*Sanles Sanles c. Spagna*, sent. 26-10-2000), *Ada Rossi* (*Ada*

Rossi and Others c. Italy, sent. 16-12-2008) e *Koch* (*Koch c. Germania*, sent. 19-07-2012) in cui i soggetti che ricorrono dinanzi alla Corte non sono i titolari dei diritti che si presumono lesi. Nel caso spagnolo *Sanles Sanles*, Ramón Sampedro, tetraplegico spagnolo, promotore di movimenti per il riconoscimento del diritto ad accedere a forme legali di suicidio assistito, aveva avanzato dinanzi ai tribunali spagnoli la richiesta che gli fosse riconosciuto il diritto a morire degnamente. Dopo la dichiarazione di inammissibilità del ricorso da parte della Commissione del Consiglio d'Europa, Sampedro insisteva nella battaglia legale fino ad adire la Corte europea dei diritti umani, reclamando la violazione degli artt. 2, 3, 5, 6, 8, 9 e 14 della Convenzione, giudizio di cui non conobbe l'esito per essere sopravvenuta la morte prima della pronuncia. La cognata, subentrata nel giudizio con l'intento di portare avanti la battaglia politico-giudiziaria intrapresa dal Sampedro, affronta direttamente la questione relativa alla legittimazione ad agire dell'eredità per i diritti personalissimi del defunto.

La Corte osserva che la signora, pur essendo parte del nucleo familiare e dunque sussistendo la compartecipazione emotiva, non aveva gli elementi sufficienti affinché le si potesse attribuire lo *status* di vittima e, pertanto, dichiara inammissibile il ricorso *ex art. 35* della Convenzione per incompatibilità *ratione personae*. Non diversa è la soluzione cui si perviene nel caso italiano *Ada Rossi*, riconducibile alle tematiche più vicine all'eutanasia, in cui i ricorrenti, tra i quali persone fisiche e diverse associazioni, nella qualità di portatori di interessi collettivi facenti capo a persone in stato vegetativo, contestavano che l'esito del noto caso *Englaro* in cui sostanzialmente si autorizzava a sospendere l'alimentazione alla donna che versava in tale stato sulla scorta di una sua volontà palesata quando era in grado di intendere e volere, potesse direttamente danneggiarli qualora, per analogia, potessero essere adottate misure simili nei loro confronti. Anche in tale contesto la Corte ribadiva l'inammissibilità delle *actiones populares*; tra l'altro, nel caso sottoposto ad esame, addirittura la situazione non si profilava come una diretta violazione bensì come una ipotetica violazione futura. Anche in *Koch*, caso in cui un marito prosegue la battaglia giudiziaria per la consorte, nel frattempo deceduta, è palese l'assenza della qualifica di vittima per poter stare in giudizio e poter legittimamente lamentare una violazione dei diritti umani.

Tra le questioni più strettamente attinenti i profili di merito, la Corte affronta alcuni snodi argomentativi piuttosto velocemente per i motivi in precedenza illustrati; giova ricordare il caso *Pretty*, in cui la ricorrente tra i diritti umani lesi indicava il diritto alla vita *ex art. 2* della Convenzione, inteso dalla stessa anche come l'opposto diritto a non vivere. La Corte, in quella circostanza, non condividendo la lettura proposta in tal senso, chiarisce come il dettato dell'*art. 2* della Convenzione non possa intendersi come un'obbligazione negativa in capo allo Stato, consistente nel diritto di scegliere per l'individuo tra la vita e la morte. Nel caso *Lambert* le affermazioni della Corte appaiono contrastanti rispetto al caso innanzi citato che sancisce la protezione del diritto a vivere inteso nella sua assolutezza; più volte i giudici pongono l'accento sulle condizioni irreversibili in cui versa l'uomo, non suscettibili di alcun miglioramento e, nel fare riferimento ad argomenti quali "dignità umana" e "fine dignitosa" offrono spunti di riflessione sull'immagine di una vita, come quella di *Lambert*, che, dal punto di vista qualitativo, suggerisce di interrompere i trattamenti che lo tengono in vita artificialmente (sulla problematica relativa alla qualità della vita, in relazione anche alla quantità, si veda P. Veronesi, *Il diritto di morire*, Milano, 2005, p.100).

Probabilmente, nel caso di specie, la piena tutela della dignità umana per la Corte si può attuare solo in assenza di gravissime condizioni ostative alle funzioni vitali, *dictum*, questo, non condiviso dall'opinione dissidente in quanto, secondo questi cinque giudici che si sono dissociati dalla maggioranza, l'alimentazione artificiale costituisce il supporto vitale per il paziente e rappresenta un mezzo ordinario di sostentamento (sul tema della dignità si veda G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in www.forumcostituzionale.it).

3. – Sul tema della protezione della vita e del suicidio assistito resta un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati membri, radicato nello stesso principio di sussidiarietà. Prima di elaborare qualche riflessione sull'argomento del margine di apprezzamento statale anche in relazione al richiamo di quest'ultimo nel caso *Lambert*, sarà opportuno fornirne una definizione; tra le tante presenti in dottrina quella che racchiude il più completo significato dell'espressione, è fornita da Araí-

Takahashi laddove chiarisce che può essere intesa «as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular National circumstances and conditions» (cfr. Y. Arai-Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, 1162 ss.). Occorre osservare che, di sovente, il richiamo al margine di apprezzamento statale viene utilizzato per concedere e giustificare deroghe ad un diritto garantito dalla Convenzione; inizialmente applicata dalla Corte di Giustizia in materia di sicurezza ed ordine pubblico e successivamente estesa dalla stessa all'ambito dei rapporti tra libertà comunitarie e diritti fondamentali, si appropria della tecnica giudiziaria in parola anche la Corte di Strasburgo per tenere conto della sovranità nazionale degli Stati e della competenza di questi ultimi nel determinare il livello di tutela accordato ai diritti considerati fondamentali all'interno dell'ordinamento.

Dunque la Convenzione – non potendosi sostituire alle scelte delle carte fondamentali di ciascuno Stato aderente che, specie in alcune delicate materie, resta autonomo nella decisione delle discipline da applicare mantenendo una certa identità e sovranità nazionale – funge semplicemente da regolatore tra universalità e pluralismo dei diversi sistemi (sul punto si veda P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 150 ss). Fondamentale rilievo assume, quindi, la problematica – rimessa ai legislatori nazionali - del *living will*, ovvero l'espressione della volontà da parte di un soggetto, fornita in condizioni di lucidità mentale, in merito ai trattamenti sanitari che intenda accettare o meno nel futuro, in una situazione di eventuale incapacità ad indicarle. Nel caso oggetto di annotazione, in merito allo strumento giudiziale del margine di apprezzamento, la Corte osserva la compatibilità della normativa interna con la Convenzione in quanto stabilisce che siano i medici a decidere sulla sospensione del trattamento, utilizzando una procedura costituita da specifici protocolli che una volta posti in essere sfocino in un'ultima valutazione collegiale di natura tecnica che, nell'esprimere l'ultima parola, tenga conto anche e comunque della volontà del paziente la cui ricostruzione deve essere effettuata dai familiari, parte attiva durante il processo decisionale.

La Corte chiarisce altresì che il margine di apprezzamento in capo agli Stati, nella materia riguardante i momenti estremi dell'esistenza, non è tanto ravvisabile nella possibilità che questi hanno sull'introdurre nel proprio ordinamento legislazioni favorevoli all'eutanasia o al fine vita, quanto, invece, nel bilanciamento che deve effettuare tra il diritto alla vita *ex art.* 2, di chi versa in determinate delicatissime situazioni ed il loro stesso diritto al rispetto per la vita privata *ex art.* 8 della Convenzione (p.to 148). Questo è il punto che desta maggiore perplessità in quanto configura una contraddizione che si ravvisa nel dettato della Convenzione, laddove al secondo comma dell'art. 15 definisce inderogabile solo l'art. 2; con tale posizione, si sgretola quel modello per il quale tale assunto veniva considerato il «nocciolo duro» della Convenzione, si frantuma la certezza che esistano ancora degli articoli la cui tutela è assoluta e per i quali non è possibile nessuna deroga in nessuna circostanza.

E chi non è miope, ben comprende che l'utilizzo che la Corte fa del margine di apprezzamento appare funzionale e, lascia spazio ad un epilogo che vede trionfante la decisione di convalidare l'atto di interruzione della nutrizione e dell'idratazione che favorisce la prevalenza della morte sulla vita, ovvero quella presa di posizione che gran parte dell'opinione pubblica - sebbene la pronuncia si affanni a negarlo - configura come un caso di eutanasia, al pari di quanto hanno affermato quei cinque giudici dissidenti che hanno riflettuto a lungo sulla necessità di condividere, forse, un approccio più ponderato.



ISSN 2037-6677

2015/3

Ancora due interventi della ECJ a garanzia dell'unitarietà (politica) del brevetto europeo

Two new interventions of ECJ in order to protect the
(political) uniformity of the European patents

Marta Ferrara

Tag: Spain, patent, regulation



Ancora due interventi della ECJ a garanzia dell'unitarietà (politica) del brevetto europeo – Corte di Giustizia dell'Unione europea (grande sez.), *Regno di Spagna c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, 5 maggio 2015 (causa C-146/13); *Regno di Spagna c Consiglio dell'Unione europea*, 5 maggio 2015 (causa C-147/13)

di Marta Ferrara

1. – Con due autonome pronunce, la Corte di giustizia europea ha respinto i ricorsi presentati dal Regno di Spagna per chiedere l'annullamento ex art. 263 TFUE dei regolamenti UE nn. 1257/2012, adottato da Parlamento europeo e Consiglio (GUE del 31 dicembre 2012), in materia di protezione brevettuale unitaria (causa C-146/2013, *Spagna c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea*), e 1260/2012 del Consiglio (GUE del 31 dicembre 2012), inerente al regime linguistico applicabile ai brevetti (causa C-147/2013, *Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*).

Le azioni rappresentano la prosecuzione, non solo temporale, dei ricorsi presentati dall'Italia (C-295) e dalla stessa Spagna nel 2011 (C-274), avverso la decisione con cui il Consiglio UE ha autorizzato gli Stati membri ad istituire una cooperazione rafforzata per la creazione di un sistema unitario di tutela della proprietà intellettuale (2011/167/UE); tali giudizi, poi riuniti, si sono conclusi con il rigetto della Corte di giustizia (E. Pistoia, *Rimettere in discussione la cooperazione*

rafforzata? Spunti dalla sentenza della Corte di giustizia contro Spagna e Italia, 2013, www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=328).

A distanza di quattro anni, dunque, la Spagna impugna dapprima la cornice normativa della disciplina, quindi i regolamenti nn.1257 e 1260/2012 che ne costituiscono attuazione, con il medesimo scopo: far dichiarare l'illegittimità del titolo europeo di protezione unitaria nell'ambito di un settore economicamente strategico, come quello delle invenzioni. Secondo la ricorrente, la contrarietà alla cornice comunitaria cadrebbe, in particolare, sugli aspetti procedurali del brevetto unitario, più che su quelli di merito; sul *modus* con cui si è proceduto ad introdurre “*nell'Unione*” la disciplina (art. 118,I TFUE), più che sulle esigenze di omogeneità normativa, da tempo note ad istituzioni e paesi dell'UE (*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - Enhancing the patent system in Europe* (COM(2007) 165 final).

La questione, tuttavia, è più complessa, poiché le vicende giudiziali richiamate rappresentano solo gli ultimi episodi dell’“*affaire brevetto*”, su cui da ormai un decennio si registra il fallimento tanto dei negoziati politici, quanto delle proposte regolamentari adottate dalla Commissione. Su queste ultime, in particolare, Italia e Spagna hanno mostrato sin dalla fase propositiva posizioni critiche: riguardo all’adottando metodo della cooperazione rafforzata (COM(2011)215 def.), in primo luogo, che, con l’obiettivo di armonizzare il settore, avrebbe invece comportato, secondo l’asse italo-spagnolo, la discriminazione (anche) economica tra Stati aderenti e Stati non aderenti all’accordo; quindi, riguardo all’opzione per un sistema di traduzione trilingue dei brevetti (COM(2011)216 def.) anziché per uno monolingue-inglese, che avrebbe, invece, impedito la formazione di rendite di vantaggio in capo ai depositari francesi e tedeschi. A fronte di tali resistenze, che hanno reso impossibile la coagulazione del consenso unanime richiesto dal II paragrafo dell’art. 118 TFUE attorno alla protezione brevettuale unitaria, la decisione di costituire una cooperazione rafforzata a 25 Stati – con le sole eccezioni di Italia e Spagna - ha rappresentato per il Consiglio UE una scelta obbligata. Si tratta della seconda cooperazione da quando l’istituto è stato introdotto, nel 1997, con il Trattato di Amsterdam, (G. Gaja, *La cooperazione rafforzata*, ne *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, 61 ss.), dopo quella in materia di legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale (reg. UE n. 1259/2010).

2. – Dal livello politico a quello più strettamente normativo, il sistema delle fonti rispecchia il complicato quadro ad integrazione differenziata: unitamente all'accordo internazionale sul Tribunale unificato dei brevetti del febbraio 2013 (*Agreement on a Unified Patent Court* (UPC), d'ora in poi TUB), gli impugnati regolamenti UE nn.1257/2012 e 1260/2012 costituiscono parte integrante del cd. *patent package*, il complesso di tutele predisposte da Parlamento e Consiglio dell'Unione europea per il riconoscimento uniforme dei titoli di proprietà intellettuale su tutti i territori degli Stati aderenti (artt. 5 e 7 reg. n. 1257). L'interdipendenza “concettuale” con cui è stata concepita la struttura normativa – effetti uniformi discendenti dal brevetto/regime di traduzione/giurisdizione di un'istituzione *ad hoc*, il Tribunale unificato - condiziona l'entrata in vigore dell'intera disciplina, al momento sospesa (art.18,II reg. n. 1257/2012) sino alla ratifica dell'accordo TUB da parte di almeno tredici dei venticinque Stati firmatari (art. 89 TUB; sinora solo otto di essi vi hanno provveduto, come consultabile all'indirizzo www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2013001).

La normativa introdotta non semplifica, né esaurisce il sistema regolativo dei brevetti; concorre anzi con ulteriori fonti internazionali, prima fra tutte la *Convenzione sul brevetto europeo* firmata a Monaco nel 1973 (d'ora in poi CBE) – ma anche la Convenzione di Strasburgo *sull'unificazione di taluni elementi del diritto dei brevetti d'invenzione* del 1963 e l'*Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio* (TRIPS) del 1994 -, e nazionali, alla definizione dello *ius excludendi alios* nell'ambito della proprietà intellettuale. L'*Unitary patent* ha però il pregio, almeno nelle intenzioni del legislatore europeo, di garantire all'inventore l'ottenimento di un titolo brevettuale unitario, valido sui paesi aderenti alla cooperazione, in forza della sola pubblicazione di avvenuta concessione sul bollettino europeo (a cura dell'UEB, l'Ufficio brevetti europeo, ex art. 4,I reg. n. 1257), peraltro con minore aggravio economico. Sembrerebbe così superato il meccanismo di riconoscimento previsto dal CBE per il *brevetto europeo*, consistente nella necessaria convalida amministrativa da parte di ciascuno Stato ricevente la domanda di brevetto (art. 2,II CBE), se non fosse che non tutti i paesi europei hanno aderito integralmente al descritto sistema di protezione, come oltre si chiarirà.

Alla base di questa architettura a più livelli i trattati istitutivi, che non esplicitano se la protezione brevettuale sia da annoverare fra le materie concorrenti tra Unione e SM, nell'ambito dell’“instaurazione” e del “funzionamento del mercato interno” (art. 4,II TFUE), o tra quelle di esclusiva competenza UE, *sub specie* di “tutela della concorrenza”, (art. 3,I, lett. *b*) TFUE): è la Corte a sciogliere il nodo interpretativo nei giudizi riuniti del 2011 (C-274, C-295, pp. 16-26), in cui la statuizione definitiva sulla natura concorrente della disciplina è peraltro funzionale al riconoscimento della legittimità della cooperazione rafforzata per il brevetto unitario (p.25), sulla scorta dei presupposti ex artt. 20 TUE e 326 ss. TFUE - primo fra tutti la non esclusività della materia nel cui ambito la cooperazione è istituita, appunto (art. 20,I TUE) -.

È evidente, dunque, che il postulato di unitarietà che dovrebbe accompagnare la tutela comunitaria delle invenzioni si risolve allo stato attuale in una frammentazione in quattro modelli: oltre ai già ricordati *brevetti europei* e *brevetti europei ad effetto unitario*, si rintracciano, infatti, i *brevetti nazionali*, che, come quelli cc.dd. europei, rientrano sotto la giurisdizione interna, e quelli *europei sottoposti all'accordo TUB*, giustiziabili dinanzi al Tribunale unificato dei brevetti (V. Di Cataldo, *Concorrenza (o confusione?) di modelli e concorrenza di discipline di fonte diversa nel brevetto europeo. Esiste un'alternativa ragionevole?*, *Riv. dir. ind.*, 6, 2013. Rispetto a questo panorama per nulla lineare, la Corte di giustizia ha avuto il ruolo di garantire l'effettività politica, prima che giuridica, della disciplina sull'*unitary patent* (G. Floridia, *Il brevetto unitario: cui prodest?*, *Il dir. ind.*, 3, 2013, 205-08), addirittura in anticipo rispetto alla sua entrata in vigore: le decisioni del 2011, come del resto quelle in commento, sembrano tradire questo intento, lasciando tuttavia ancora incerti alcuni nodi giuridicamente problematici, come si tenterà di spiegare. Anche sulla scorta di questa sensazione, che pare avvalorata dall'esito negativo di entrambi i giudizi sulla legittimità del pacchetto brevetti, sarà opportuno effettuare riferimenti incrociati alle due coppie di decisioni, frutto della lettura parallela delle stesse.

3. – Il ricorso presentato dalla Spagna (C-146/13) per l'annullamento del reg. UE n. 1257 («relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria»), strutturato in sette doglianze, pone tre macro-questioni: la compatibilità dell'intero regolamento con il quadro normativo comunitario (motivi I, II, III); il rispetto dei requisiti entro cui possa

aversi la delega dei poteri di sorveglianza e gestione del sistema brevetti ad organismi esterni all'UE (ex art. 9, par. I e II reg.; motivi IV e V); la coesistenza tra l'accordo TUB ed il principio di autonomia dell'ordinamento dell'Unione (ex art. 18,II reg.; motivi VI e VII).

La violazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva (art. 2 TUE) con cui si apre l'azione demolitoria, benché respinta come inconferente, offre alla Corte occasione per cristallizzare il valore giuridico del regolamento impugnato di «accordo particolare ai sensi dell'articolo 142 della CBE», che «si limita a stabilire le condizioni alle quali un brevetto europeo precedentemente concesso dall'UEB ... può, su richiesta del titolare, ottenere il conferimento di un effetto unitario ... definire tale effetto unitario» (p. 31).

Il secondo motivo di ricorso, incentrato sulla carenza di una base legale a fondamento del regolamento, entra più nel merito della questione, ma finisce per duplicare in parte l'argomentazione già rigettata dai giudici europei nel 2011 (pp. 16-26), ovvero l'impossibilità di rintracciare nell'art. 118 TFUE («il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'UE e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo generalizzati a livello di UE», par. I) una copertura adeguata a quella disciplina brevettuale uniforme stabilita con la decisione di una cooperazione rafforzata, quindi attuata dal regolamento n. 1257; più specificamente, il ragionamento con cui la Spagna chiede alla Corte di dichiarare l'inesistenza del regolamento *de qua* (o, in subordine, l'annullamento/nullità) si fonda sulla mancata corrispondenza tra la finalità perseguita dal trattato, ovvero la predisposizione di una disciplina uniforme del sistema brevettuale (art. 118,I, TFUE), e la sua attuazione mediante regolamento. Quest'ultimo sarebbe, infatti, *formalmente e sostanzialmente* inidoneo a realizzare i fini di uniformità dai trattati richiesti nel campo dei diritti di proprietà intellettuale: sul versante formale, infatti, l'atto risulterebbe strutturalmente concepito come un complesso di norme di rinvio ad altre fonti internazionali (come il CBE) o ad altre autorità giudicanti (il TUB); un guscio vuoto, in definitiva, che, a dispetto della portata soggettiva *erga omnes* propria della fonte utilizzata, è destinato a rivolgersi ai soli Stati partecipanti agli accordi sul brevetto unico, così disattendendo la vocazione della fonte regolamentare ad una

protezione generalizzata del settore (art. 288,II TFUE). Quanto invece agli aspetti sostanziali, coincidenti con la carenza di un contenuto precettivo conforme agli obiettivi del mercato interno, la Corte ritiene che l'armonizzazione del settore brevettuale non debba per forza implicare la copertura totale della disciplina da parte del legislatore europeo; in altri termini, per i giudici europei l'“esternalizzazione” normativa posta in essere dal regolamento verso i livelli internazionale e nazionale (seppure in via residuale, come previsto al p.26 del *considerando*) non è in grado di scalfire il carattere di uniformità proprio del brevetto, giacché questo è comunque soddisfatto dai requisiti di unicità della tutela applicabile, equipollenza effettuale e libertà di modificazioni soggettive ed oggettive del titolo in tutti gli Stati partecipanti alla cooperazione (p. 45).

In modo del tutto consequenziale rispetto a quanto esposto dalla ricorrente, il terzo motivo aggiunge lo svilimento di potere ai motivi di presunta illegittimità del reg. n. 1257/2012, ma si tratta di una tesi di nuovo non inedita (cause riunite C-274 e C-295/2011, p.27-30), oltre che scarsamente approfondita, poiché non riesce a dimostrare in modo oggettivo l'esistenza dei fini *diversi da quelli dichiarati* – consistenti, verosimilmente, nel ricorso alla cooperazione rafforzata a 25 Stati per escludere i paesi contrari alla sua istituzione, attraverso l'elusione del requisito di unanimità richiesto dall'art. 118,II TFUE - dal Consiglio, come invece ferma giurisprudenza della ECJ imporrebbe (*Commissione c. Consiglio dell'Unione europea, grande sez.*, sent. C-118/10, p.87).

Più convincenti, ma in ogni caso insufficienti ad un accoglimento, gli argomenti sulla illegittimità della delega conferita dagli Stati partecipanti alla cooperazione al Comitato ristretto del consiglio di amministrazione dell'Organizzazione europea dei brevetti (art. 9,II reg.), in materia di fissazione e distribuzione delle tasse di rinnovo. Al riguardo, la violazione lamentata è composita: a) il contrasto tra il conferimento di poteri ed il disposto dell'art. 291,II TFUE, che affida a Commissione e Consiglio la competenza a definire le condizioni uniformi di esecuzione degli atti normativi vincolanti adottati dall'Unione; b) in subordine, la lesione dei principi contenuti nella pronuncia Meroni/Alta Autorità (C- 9/56), sotto i profili di incompetenza degli atti delegati all'UEB e carenza di un rimedio giustiziale degli stessi.

L'affidamento ad un organismo internazionale esterno all'UE della gestione della tassazione nell'ambito brevettuale, dunque, sottrarrebbe all'Unione una competenza che, per l'omogeneità di tutela cui è finalizzata, nonché per la discrezionalità che ne dovrebbe caratterizzare i processi decisionali, sarebbe di sua esclusiva spettanza (pp. 60-62); a sostegno, il Governo spagnolo utilizza il II paragrafo dell'art. 291 TFUE, che lega l'azione di Commissione e Consiglio proprio all'esigenza di assicurare uniformità all'esecuzione di atti vincolanti dell'UE.

È questo un passaggio centrale della pronuncia, non tanto per i contenuti con cui la Corte dichiara infondata la posizione della ricorrente, quanto per il raccordo tra fonti utilizzato: per la grande sezione, infatti, il rapporto di derivazione che lega la Convenzione di Monaco - nella parte in cui prevede la possibilità per gli Stati firmatari di istituire accordi particolari (art. 142) -, al regolamento impugnato – cui è riconosciuta espressamente tale natura giuridica (art. 1,II reg. 1257) – esclude ogni violazione dell'art. 291 TFUE. Altrimenti detto, la sola fonte che legittima l'azione dell'Ufficio europeo brevetti è la volontà degli Stati che hanno firmato il CBE: a questi ultimi, e non alla Commissione, né tantomeno al Consiglio, va riconosciuta la competenza nell'adozione delle misure necessarie, non solo perché l'Unione è estranea all'accordo di Monaco, ma anche perché l'«uniformità negli atti di esecuzione» (R. Baratta, *Commento art. 291 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, II ed., Milano, 2014, spec. 2280 s.) prescritta dall'art. 9,II reg. non presuppone necessariamente un'omogeneità della tassazione (p.81), tale da legittimare la centralizzazione decisionale a livello delle istituzioni europee prescritta dall'art. 291,II TFUE. Così definita la questione, perde di consistenza giuridica l'ulteriore motivo sollevato, inerente ai requisiti che devono sussistere in caso di delega UE ad agenzie private (caso Meroni/Alta Autorità), giacché, in modo del tutto evidente, manca il presupposto soggettivo della tutela, ovvero l'individuazione della qualità di delegante nella stessa Unione.

Autonomia ed uniformità del diritto euro-unitario sono i principi che informano le ultime doglianze sollevate dalla ricorrente; tra tutte, la Corte considera ricevibili solo quelle vertenti sulla violazione dell'art. 288, II TFUE, e sull'art. 18,II reg. n. 1257, rispettivamente inerenti alla parziale non auto-applicatività del regolamento impugnato ed alla facoltà per gli Stati parte alla cooperazione di sospendere l'efficacia delle disposizioni regolamentari in via unilaterale,

ancorandone la vigenza alla concreta applicazione del TUB. La Corte respinge entrambi i rilievi, ritenendo che la primazia del diritto comunitario non risulta intaccata da un restringimento del carattere *self executing* proprio dei regolamenti, in quanto ciò è ammesso dalla sua stessa giurisprudenza (sentt. 11 gennaio 2001, C-403/98, *Monte Arcosu*, p.26; 30 novembre 1978, C-31/78, *Bussone*, p.26-36) oltre che limitato, nel caso di specie, ad alcuni spazi amministrativi rimessi alla competenza degli Stati membri; né d'altra parte il principio risulta compreso dalla prevista sospensione temporanea degli effetti regolamentari nelle more della ratifica dell'accordo TUB, che è proprio della disponibilità delle parti regolare.

Risultano, infine, di maggiore interesse le censure relative all'istituzione del Tribunale unificato dei brevetti (motivo VI, prima e seconda parte) pure sollevate dalla ricorrente, non foss'altro perché la “cortina” di irricevibilità con cui la Corte ne preclude l'esame lascia scoperti alcuni connettori logico-giuridici della tutela brevettuale, ovvero: a) lo slittamento della disciplina brevettuale verso il livello internazionale e la possibile lesione al principio di autonomia del diritto comunitario ed alla competenza esclusiva dell'Unione nella conclusione dei trattati internazionali (art. 216 TFUE); b) l'armonizzazione tra l'accordo TUB e l'ordinamento euro-unitario, competenza giurisdizionale della ECJ, compresa.

Così, se la scelta di non affrontare i suindicati rilievi trova una giustificazione prevedibile nella non sottoponibilità della materia internazionale allo scrutinio della Corte di giustizia (art. 263 TFUE), essa non risolve tuttavia quello che appare come un vero e proprio cortocircuito delle fonti in materia di *Unitary patent*: la difficoltà di conciliare metodo comunitario e metodo intergovernativo senza una preventiva comunitarizzazione della materia. È quanto già emerso, del resto, nel parere n. 1/2009 (8 marzo 2011), relativo alla (in)compatibilità del progetto di accordo sul Tribunale dei brevetti europeo – richiamato peraltro, dallo stesso Governo spagnolo, a supporto delle proprie argomentazioni –, in cui la Corte pone in rilievo l'esigenza di evitare che il suddetto tribunale a competenza speciale possa trovarsi ad interpretare ed applicare il diritto UE, sovrapponendosi, così facendo, alla giurisdizione della ECJ (S. Peers, *The Constitutional Implications of the EU Patents, Eu. Const. Law Review*, 7, 2011, 229-266, spec.245-47).

4. – Con la pronuncia C-147/13, la Corte di giustizia respinge integralmente la richiesta avanzata dall’Esecutivo spagnolo di annullare il regolamento del Consiglio n. 1260/12, riguardante il regime linguistico di traduzione applicabile in sede di deposito della domanda di brevetto, anch’esso attuativo della decisione sulla cooperazione rafforzata. Le doglianze sollevate ricalcano in misura parziale quelle esaminate a proposito del regolamento n. 1257, ed è proprio in ragione di tale sovrappponibilità – relativa, in particolare, alla asserita violazione dei principi della sentenza *Meroni/Alta Autorità* nella gestione della compensazione per il rimborso dei costi di traduzione ex artt. 5 e 6,II reg., pp.49-53; alla carenza di base giuridica dell’art. 4 reg., relativo alla “traduzione in caso di controversia”, p.65; nonché alla lesione dell’autonomia dell’Unione, laddove l’art. 7 ancora l’entrata in vigore del regolamento alla vigenza del TUB, p.90 -, si è ritenuto opportuno soffermarsi unicamente sui motivi inediti sottoposti allo scrutinio della Corte.

Assume rilievo centrale nel ricorso la presunta discriminazione generata dall’adozione regolamentare di un sistema di traduzione brevettuale a base trilingue (anglo-franco-tedesco, art. 3,I reg. n. 1260) in luogo di uno inglese di tipo unitario, che forse la natura commerciale del settore brevetti avrebbe reso consigliabile. Nello specifico, le censure spagnole lamentano la carenza dei presupposti di *necessarietà* e *legittimità di scopo* da rispettarsi in caso di compressione del principio di egualianza di cui all’art. 2 TUE («secondo la giurisprudenza della Corte, al fine di stabilire se una norma di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità, si deve accettare se i mezzi da essa contemplati siano idonei a conseguire lo scopo perseguito e non eccedano quanto necessario a raggiungere il detto scopo», sent. 9 settembre 2003, causa C-236/01, *Monsanto*, p.134); per la ricorrente, l’imposizione di un obbligo di traduzione della domanda brevettuale in una delle tre lingue ufficiali dell’UEB avrebbe infatti alterato la parità tra gli operatori economici nell’accesso alla tutela, finendo per avvantaggiare taluni, onerando gli altri (pp. 21-25). Non secondo i giudici europei, per i quali, invece, la finalizzazione della misura, consistente nella esemplificazione del meccanismo di traduzione rispetto al sistema “plurimo” previsto dal CBE (ossia tante traduzioni linguistiche quanti gli Stati di deposito, ex art. 65), e la semplificazione dell’accesso alla tutela brevettuale (pp. 33-39) sono obiettivi legittimi di tutela. Quanto al requisito di *necessarietà*, invece, le argomentazioni delle Corte paiono più diluite: ciò non stupisce, giacché al di là dei

meccanismi di compensazione per il rimborso dei costi linguistici e dei servizi temporanei di traduzione automatica già previsti dal regolamento rispettivamente agli artt. 5 e 6, è difficile per la ECJ valutare l'impatto economico del brevetto unitario, di cui un sindacato rigoroso sulla necessarietà della misura avrebbe forse bisogno. Ciò equivarrebbe a chiedere alla Corte una prognosi economica non solo incerta, ma anche esorbitante rispetto alle sue funzioni.

L'alterazione delle condizioni di accesso alla tutela brevettuale generata dal sistema di traduzione è ripresa ulteriormente nel IV motivo di ricorso, relativo alla violazione del principio di certezza del diritto (p.76).

5. – Per esigenze di celerità, non possono qui approfondirsi taluni profili critici che la trama normativo-giurisprudenziale brevemente ricostruita lascia scoperti. Ci si limiterà, pertanto, a formulare una considerazione di massima, cennando poi solo ad alcune delle conseguenze giuridiche che da questa paiono discendere.

Emerge da entrambe pronunce esaminate un disallineamento delle matrici giuridiche usate da ricorrente e Corte europea: se il Governo spagnolo si rivolge all'organo competente a giudicare di diritto euro-unitario, ponendo questioni relative alla presunta contrarietà con i Trattati della disciplina brevettuale - in modo ineccepibile, dato che il *thema decidedum* è incardinato in tutte e due i casi su altrettanti atti regolamentari -, i giudici, dall'altra parte, rigettano le censure proposte traendo appoggi argomentativi ora dal CBE, ora dalla volontà degli Stati di aderire ad uno specifico trattato, in definitiva, da fonti non giustiziables in sede europea. Ciò è sintomatico del fatto che, nonostante gli sforzi della ECJ, il nodo irrisolto dell'intera vicenda del brevetto unitario ruota attorno alla quasi totale abdicazione normativa del piano euro-unitario in favore di quello internazionale. Ciò vuol dire che, a titolo esemplificativo, un'eventuale modifica della disciplina dovrebbe comunque transitare dal piano inter-statale e quello europeo, ripresentando non pochi problemi di adattamento (A. Strowel, *L'Unione non può essere privata dei suoi poteri da parte degli Stati membri: il pericoloso precedente del pacchetto brevetti*, *Il dir. ind.*, 3, 2015, 221 s.).

Appare come improcrastinabile, pertanto, la ricerca di una soluzione giuridica ai continui problemi di compatibilità posti dalla normativa brevettuale. Sia consentito, a tal fine, avanzare due ipotesi: quella dell'incorporazione della intera disciplina entro il quadro del diritto euro-unitario; o quella alternativa, dell'adesione dell'Unione ai

trattati internazionali che disciplinano la materia, in forza della competenza esclusiva riconosciuta dal Trattato di Lisbona all'Unione nella conclusione di accordi internazionali. Entrambe le opzioni prospettate non sarebbero tuttavia prive di implicazioni ulteriori, poiché nel primo caso resterebbe il problema della coesistenza tra le autorità previste nel pacchetto brevetti, prima tra tutte il Tribunale unificato, ed il quadro istituzionale dell'Unione, a partire dalla stessa Corte di giustizia; dubbio corroborato anche dal richiamato parere n. 1/2009 reso dalla ECJ proprio sulla (in)compatibilità comunitaria dell'istituendo Tribunale dei brevetti. Nella seconda, invece, si creerebbe una situazione non dissimile da quella prefigurata nella futura adesione dell'Unione alla Cedu, che pure ha incontrato il parere preclusivo della Corte di giustizia (n. 2/2013; 18 dicembre 2014), ovvero la possibilità che l'Unione o gli Stati membri sottopongano al Tribunale unificato una domanda avente ad oggetto la violazione dei accordi internazionali in materia di brevetto correlata con il diritto euro-unitario (nel merito, p.2, *Sulla compatibilità dell'accordo previsto con il diritto primario dell'Unione, sub a)*).

Postilla – In esito alle decisioni che hanno rigettato i ricorsi spagnoli del 2013, il Governo italiano ha comunicato ufficialmente la volontà di aderire al pacchetto brevetti, pur ritenendo ancora aperte le questioni legate ai sistemi di tassazione in sede di rinnovo del titolo, di traduzione linguistica e, infine, all'eventuale istituzione di una sede italiana del Tribunale unificato dei brevetti, che andrebbe ad aggiungersi alle quelle di Monaco, Parigi e Londra (*Comitato Interministeriale per gli affari europei* (CIAE), riunione del 13 maggio 2015).



ISSN 2037-6677

2015/3

**Mission impossible? Three-dimensional shape trademarks and the
requisite distinctiveness for registration in the European common market.
The CJEU's Appeal Judgement in Voss of Norway ASA v. OHIM**

Flavia Zorzi Giustiniani

Tag: trademarks common, market



Mission impossible? Three-dimensional shape trademarks and the requisite distinctiveness for registration in the European common market. The CJEU's Appeal Judgement in Voss of Norway ASA v OHIM.

di Flavia Zorzi Giustiniani

1. – In *Voss of Norway ASA v OHIM* (Case C-445/13P), the Sixth Chamber of the Court of Justice of the European Union (CJEU) has held that the appellant's three-dimensional (3D) trade mark was registered invalidly because it did not possess enough distinctiveness to warrant registered protection. This decision, while confirming the difficulty in assessing the distinctive character of product shapes, highlights some ambiguities and inconsistencies which still feature the EU institutions' approach vis-à-vis three-dimensional trade marks.

2. – In December 2004 *Voss of Norway ASA* (*Voss*) obtained a Community trade mark (CTM) registration for a transparent cylindrical bottle with a silver cap of the same diameter as the bottle, covering goods in Classes 32 (Beers; non-alcoholic drinks, water) and 33 (Alcoholic beverages (except beers)) of the Nice Agreement concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks of 15 June 1957. Some years later, in 2008, *Voss* was

the object of an invalidity action by the competitor Nordic Spirit AB, which markets vodka in a similarly shaped bottle.

On 10 March 2010 the Cancellation Division of the Office of Harmonization of the Internal Market (OHIM) rejected in its entirety the request for invalidity on the ground that the shape of the contested sign, because of the contrast between the transparent body and the cap, was significantly different from existing bottles in the relevant market at the date of the application of the trade mark.

By Decision of 12 January 2011 (Case R 785/2010-1) the First Board of Appeal (BoA) of OHIM annulled the Cancellation Division's ruling, holding the shape mark registration to be invalid for not meeting the requirements of Article 7(1)(b) CTM Regulation No. 207/2009 (CTMR). The BoA considered that the distinctiveness criteria of a mark which is the very appearance of a product or its packaging should be assessed with reference to prevailing branding practices in the relevant market, consisting of bottles or other forms of packaging that are marked with «a label or a verbal or graphic sign». As a consequence of such practice, and as also acknowledged in previous European case-law (T-129/04, *Develey v OHIM*, 15 March 2006, para. 47), the average consumers first look at the label of the product to identify the origin and to distinguish it from others. Moreover, the Board observed that the shape of the contested bottle did not deviate significantly from that of other beverage containers used within the European Union and is a mere variant thereof, and that accordingly it does not depart significantly from the norms and customs of the sector. Rejecting Voss' argument that the cylindrical shape in question is distinctive, it remarked that according to the evidence in the file the latter had already made its appearance on the market – in a single case - even if it was subsequently abandoned.

Voss brought an appeal to the EU General Court seeking annulment of the BoA's decision. While rejecting the appeal, the General Court acknowledged that the first pillar of reasoning of the decision appealed, where the Board held that beverages are almost always sold in bottles displaying a label or a verbal or graphic sign in order to enable consumers to distinguish between the different products, was incorrect (as already affirmed in previous jurisprudence, cf. C-344/10 P & C-345/10 P, *Freixenet SA v OHIM*, 20 October 2011, paras. 50-52). Nonetheless, such errors

did not affect the ruling's operative part, whose reasoning was not vitiated by any error. In this regard the General Court agreed, *inter alia*, with the BoA that despite the particular characteristics of the bottle at issue – the contrast between the transparent body and the cap, the lack of a narrow neck and the height/width ratio – its shape did not depart significantly from the norms and customs of the relevant sector. Consequently, it confirmed the Board's ruling by arguing that « even if the applicant's bottle is one of a kind, that does not by itself mean that it departs significantly from the norms and customs of the sector and that it therefore has distinctive character » (T-178/11, *Voss of Norway ASA v OHIM*, 28 March 2013, para. 72).

3. – On 6 August 2013 Voss has then lodged a final appeal to the CJEU, putting forward six pleas in law. It bears noting that the International Trademark Association (INTA), a non-profit association of more than 6000 undertakings worldwide, was granted leave to intervene in support not just of the appellant's interests but of all its members with respect to « the assessment of the validity of three-dimensional marks » (cf. Order of the President of the Court, 25 March 2014).

Among the six pleas of law raised by Voss, the third and fourth ones concern precisely one of the most crucial issue for CTMs in general, and for three-dimensional trademarks in particular: their required distinctive character. According to the Appellant, the General Court had doubly infringed Art. 7 (1) (b) of the CTMR, firstly because it erroneously defined the norms and customs of the sector; and secondly because it erred in law in assessing the distinctive character of the Voss bottle trademark, as it did not consider the bottle's overall impression.

4. – Article 4 of the CTMR establishes that «[a] Community trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings». While for a long time marks have been represented essentially by words, logos or other graphical designs, more recently manufacturers have tried to register also so-called «non-

traditional» trademarks, such as scent marks, sound marks and three-dimensional shape marks, which earlier were not considered eligible for registration (C. Saez, *Some See Rise in Non-Traditional Trademarks; National Registries Not Yet*, in *Intellectual Property Watch*, 20 June 2008, <http://www.ipwatch.org/weblog/2008/06/20/some-see-rise-in-non-traditional-trademarks-national-registriesnot-yet/>; on non traditional three-dimensional marks see generally K. Li, *Where is the right balance? Exploring the current regulations on non-traditional three-dimensional trademark registration in the United States, the European Union, Japan and China*, in 30 *Wisconsin International Law Journal* 2, 428-475 (2012)).

Non-traditional marks, like traditional ones, are registrable under European Union law provided that they satisfy the requirements established by Article 7 of the CTMR, which lists absolute and relative grounds for refusal of CTM registration. Concerning shapes of products, Article 7 (1) (e) envisages three specific absolute grounds for refusal, precluding registration of «signs which consist exclusively of (i) the shape which results from the nature of the goods themselves; or (ii) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result; or (iii) the shape which gives substantial value to the goods». If a sign cannot satisfy these requirements, which relate to the intrinsic qualities of the mark, it will be permanently excluded of protection.

The first ground of refusal is applicable when the trade mark applied for consists exclusively of the true-to-life shape of goods (manufactured or existing in nature) (cf. Guidelines for examination in the Office for Harmonization in the Internal Market (trade marks and designs) on Community trade marks. Part B. Examination, Section 4, para. 2.5.2). Its purpose is indeed to ensure that basic shapes are kept available for use by any trader.

The second indent instead concerns so-called technical functionality, excluding from trademark protection those shapes whose essential characteristics all perform a technical function (C-48/09 P, *Lego Juris A/S v OHIM*, 14 September 2010, para. 17). An illustrative example in this respect is offered by the most famous Lego eight-studded building brick, which was refused registration because its shape was deemed necessary to obtain a technical result (*ibid.*).

Finally, the third ground of refusal is concerned with shapes whose aesthetic

characteristics constitute one of the principal elements determining the market value of the goods concerned (C-205/13, *Hauck GmbH & Co. KG v Stokke A/S, Stokke Nederland BV, Peter Opsvik, Peter Opsvik A/S*, 18 September 2014, para. 36). An example of application of aesthetic functionality can be found in the *Bang & Olufsen* case, where the Court held that the specific design of Bang & Olufsen's loudspeaker increased the appeal of the product and with that its value (T-508/08, *Bang & Olufsen v OHIM*, 6 October 2011, paras. 73-76), and accordingly refused registration.

Conversely, relative grounds of refusal do not preclude a later registration if it can be demonstrated that the trade mark has acquired distinctiveness through use on the market (cf. Art. 7 (3) CTMR). Among the latter ones, particularly challenging for three-dimensional shape marks is the one established by Article 7 (1) (b), which precludes registration of «trade marks which are devoid of any distinctive character».

According to established case law, distinctiveness ex Art. 7 (1) (b) CTMR means that the sign serves to identify the product and/or the services in respect of which registration is applied for as originating from a particular undertaking, and thus to distinguish that product from those of other undertakings (C-468/01 P & C-472/01 P, *Procter & Gamble Company v OHIM*, 29 April 2001, para. 32; C-304/06 P, *Eurohyp AG v OHIM*, 8 May 2008, para. 66; and C-398/08 P, *Audi v OHIM*, 21 January 2010, para. 33). A mark's distinctiveness must be assessed by reference first to those goods or services in respect of which registration has been applied for and, second, to the perception of the «relevant public» (C-473/01 P & C-474/01 P, *Procter & Gamble v OHIM*, 29 April 2004, para. 51; C-304/06 P, *Eurohyp AG v OHIM*, 8 May 2008, para. 67).

A common feature of the distinctiveness requirement and the criteria ex art. 7 (1) (ii) and (iii) is that they cannot be assessed in a objective manner since they require a subjective evaluation of the consumers' perception, making them «a moving target» (as was aptly remarked by A. Kur, *Too Pretty to Protect, Trade mark law and the enigma of aesthetic functionality*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11-16, 17-18).

In principle, the standard for assessing the distinctive character of 3D marks is

the same as that applied to other trademarks, as it is routinely repeated by the OHIM, the CJEU and the GC (C-136/02 P, *Mag Instrument Inc. v OHIM*, 7 October 2004, para. 32; C-456/01 P & C-457/01 P, *Henkel KGaA v OHIM*, 29 April 2004, para. 38; T-399/02, *Eurocermex SA v OHIM*, 29 April 2004, para. 22). In practice, though, three-dimensional signs have less than a quarter of chances of being registered in the European common market than figurative marks (see D. Friedmann, *The bottle is the message: only the distinctive survive as 3D Community trade marks*, in 10 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 1, 42 (2015)).

This is a consequence of the particularly strict approach applied by EU examining authorities towards registration requests of products' shapes, which points out the continuing distrust towards such signs (on this reality see among others A. Folliard-Monguiral, D. Rogers, *The protection of shapes by the Community Trade Mark*, in 25 *European Intellectual Property Law Review* 4, 169-179 (2003) and L. Donnellan, *Three Dimensional Trade Marks: the Mars and Lindt cases*, 32 *European Intellectual Property Law Review* 3, 132-137 (2010)). The CJEU has indeed affirmed that the perception of the relevant consumers is not the same in relation to 3D marks as it is in relation to a word or a figurative mark. In its opinion consumers do not usually make assumptions about the origin of products on the basis of their shape or the shape of their packaging, if there is not any graphic or word element on them (C-136/02 P, *Mag Instrument Inc. v OHIM*, 7 October 2004, para. 30; for a criticism of this assertion see D. Friedmann, *The bottle is the message* cit., 5, who remarks that «[i]n each category [of marks] there might be big differences in the perception of distinctiveness by consumers»). Three-dimensional signs are thus not devoid of any distinctive character only if they depart *significantly* from the norms or customs of the sector in question and therefore fulfill their essential function (C-173/04 P, *Deutsche SISI-Werke GmbH & Co. Betriebs KG v OHIM*, 12 January 2006, para. 17).

5. – In the third ground of appeal, Voss has argued that the indications identified by the GC with respect to the norms of the sectors are first of all factually wrong, referring in particular to the assertion that «it is well known that the vast majority of bottles available on the market have a cylindrical section» (cf. T-

178/11, *Voss of Norway ASA v OHIM*, 28 March 2013, para. 51). Moreover, such indications are so vague and general that their application would automatically exclude *any* bottle from trade mark protection, even the most distinctive ones such as the world famous Coca Cola bottle (cf. 2013/C 344/70, Appeal brought on 6 August 2013 by Voss of Norway ASA against the judgment of the General Court (First Chamber) delivered on 28 May 2013 in Case T-178/11: *Voss of Norway ASA v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)* (OHIM) (Case C-445/13 P), 23 November 2013; International Trademark Association, Statement of Intervention in Case C-445/13P, 25 April 2014, para. 19).

The arguments put forward by the Appellant have been dismissed by the CJEU, which has established that the General Court correctly defined the norms and customs of the beverages sector. Interestingly, the CJEU has not given any weight to the circumstance, correctly stressed by Voss as well as by the third intervenor INTA, that the GC had failed to identify concrete examples of the norms of the sector in order to substantiate its assertions. This failure, moreover, is quite remarkable considering that neither the cancellation applicant had provided any such example. In partial reversal of its previous case-law, the CJEU has indeed affirmed for the first time that the analysis of the distinctiveness requirement can be based *just* on «well-known facts» (cf. C-445/13 P, *Voss of Norway ASA v OHIM*, 7 May 2015, para. 86).

6. – With the fourth ground of appeal Voss has also claimed another infringement of Art. 7 (1) (b) of the CTMR, alleging that the GC evaluated each component of the contested bottle individually rather than assessing it as a whole.

According to settled case-law, as exemplified by the *Eurocermex* case, the assessment of the distinctiveness of composite signs – like undisputedly is the Voss bottle – has to be made considering their overall appearance, since it cannot be expected from the average consumer to engage in an analysis of a mark's various details (C-286/04 P, *Eurocermex v OHIM*, 30 June 2005, paras. 22-23 and the case-law cited therein). Nonetheless, such an assessment is not incompatible with a previous, separate evaluation of the sign's different components (*ibid.*). Moreover, a composite sign whose elements are individually devoid of any distinctive character,

can be distinctive provided that concrete evidence, such as, for example, the way in which the various elements are combined, indicates that the sign is greater than the mere sum of its constituent parts (T-323/00, *SAT.1 v OHIM*, para. 49).

This jurisprudence was also recalled in the first place by the GC, and subsequently by the CJEU to confirm the correctness of the former's reasoning. The CJEU has indeed argued that, in conformity with the mentioned jurisprudence, the General Court drew the right conclusions asserting that the mark was nothing more than the sum of its elements «and that, *consequently*, 'the manner in which the components of the composite trade mark at issue here are combined [is also not] capable of giving it distinctive character » (C-445/13 P, para. 108, emphasis added).

The foregoing conclusions, however, are not self-evident. In the *Eurocermex* case the mark applied for, consisting of a quite ordinary beer bottle characterised by a piece of lemon at the top, was considered not distinctive in all of its parts. On the contrary, in the present case the GC acknowledged that two elements of the contested trademark – the «perfect cylinder» shape of the bottle and the diameter of its cap – are «somewhat original» (cf. T-178/11, paras. 51, 53). It is thus arguable that, in such a circumstance, the overall impression of the composite sign could well be considered as having a distinctive character, since *inter alia* it had initially been accepted for registration by OHIM. All the more so given the substantial lack of evidence submitted by the cancellation applicant to demonstrate the alleged lack of distinctiveness. Additionally, contrary to what both the GC and the CJEU implied, there is no perfectly matching precedent on which to found the invalidity of the Voss trademark.

7. – EU trademark law explicitly envisions the possibility to register shapes as trademarks. As shown, this is also confirmed by the specific criteria posed by the CTMR to applications for shape marks. On the other hand, a complete exclusion of shapes of products or their packaging would run counter to Article 15 of the TRIPS Agreement, according to which *any* sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings shall be eligible for registration as trade marks. Nonetheless, since their first introduction very few shape marks have been registered in the

European common market, where they discount the prejudice of being inherently less distinctive than traditional signs. Additionally, during the last years the rate of registration of shapes has been progressively lower.

The case under review is a most recent manifestation of the said regressive trend of refusing protection to three-dimensional marks. In particular, by asserting for the first time that the evaluation of distinctiveness can be based on well known facts instead of being substantiated by concrete examples, the CJEU has significantly widened the discretion of examining authorities. Moreover, the employment of such a reasoning to a mark which had obtained registration could encourage third parties to challenge the validity of any registered mark without producing evidence in support of their allegations. The risk is that, in the future, the outcome of shape marks application proceedings will be increasingly negative or at least unpredictable.



ISSN 2037-6677

2015/3

**Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione),
sentenza del 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inerzia
del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto
della Corte di Strasburgo**

**ECHR, decision of 21 July 2015, Oliari v. Italy. The inactivity
of Parliament in the field of civil unions under the scrutiny
of the Strasbourg court**

Luca Paladini

Tag: Oliari, civil, unions



Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza del 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia. L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*

di Luca Paladini

1. – Nella recente sentenza *Oliari e altri c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato che il vuoto legislativo italiano sulle unioni civili costituisce una violazione dell'art. 8 CEDU, poiché impedisce il godimento del diritto alla vita familiare delle coppie omosessuali (cfr. la nota redazionale di F. Staiano, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e diritto al rispetto della vita privata e familiare: il caso Oliari c. Italia*, in corso di pubblicazione in *Giur. It.*).

Secondo la Corte, il nostro Paese ha ecceduto il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati partì nel garantire il rispetto della norma convenzionale, considerate la crescente tendenza a riconoscere le coppie dello stesso sesso e le peculiarità della situazione italiana.

2. – Nell'individuare i principi applicabili al caso, la Corte di Strasburgo richiama la propria giurisprudenza sull'art. 8 CEDU.

Non assume quindi carattere innovativo l'affermazione secondo cui le relazioni omosessuali, come quelle eterosessuali, rientrano nella nozione di vita familiare ed esprimono un bisogno di protezione giuridica. Lo aveva già detto – allora sì, in termini innovativi – nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 (CO.D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, par. 99. In dottrina, per tutti, cfr. P. Pustorino, 2014, *Same-Sex Couples Before the ECtHR: The Right to Marriage*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer/TMC Asser Press, Berlin/The Hague, 2014, 399 ss. e F. Crisafulli, *Same-Sex Couples' Rights (Other than the Right to Marry) Before the ECtHR*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer/TMC Asser Press, Berlin/The Hague, 2014, 409 ss.) e ribadito nella giurisprudenza successiva (CO.D.U., Grande Camera, sent. 7-11-2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, parr. 78 e 81; sulla sentenza, cfr. L. Conte, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, 5 dicembre 2013, www.articolo29.it). Si tratta quindi di uno sviluppo giurisprudenziale acquisito, corroborato dalle raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, puntualmente richiamate nella sentenza in commento (parr. 56 ss. e 166), e concretamente testimoniato, sul piano della prassi nazionale di vari Paesi, dal crescente *consensus* sul riconoscimento di tali convivenze in ambito europeo e oltre (par. 178).

Nemmeno è innovativo quanto la Corte rammenta circa gli obblighi discendenti dall'art. 8 CEDU, che non si limita a richiedere che lo Stato si astenga dall'interferire nella vita privata e familiare, ma comporta anche l'adozione di azioni positive atte a garantire l'effettività di tali diritti (par. 159, ma soprattutto CO.D.U., Plenaria, sent. 13-6-1979, *Markx c. Belgio*, par. 31. Sugli obblighi positivi *ex art.* 8 CEDU, cfr. C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights. A Commentary*, Beck-Hart Publishing, 2014, 219 ss.). Peraltro, ad azioni positive si erano riferiti anche i giudici Rozakis, Spielmann e Jebens nella *dissenting opinion* alla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, nella quale affermavano che dopo aver esteso la nozione di "famiglia" alle coppie gay, la Corte avrebbe dovuto sanzionare il vuoto normativo austriaco precedente all'introduzione delle unioni civili – strategicamente avvenuta in corso di giudizio – individuando un obbligo positivo di tutelare tali famiglie (par. 4).

Meno scontata è, invece, la definizione delle misure positive e delle condizioni che fondano l'obbligo di adottarle, tenuto conto del margine di apprezzamento di cui gli Stati parti beneficiano nell'attuare l'art. 8 CEDU.

Sul punto, la Corte fornisce i dovuti chiarimenti. In primo luogo, nel caso di specie il contenuto delle misure positive va valutato in relazione allo scollamento tra realtà sociale e diritto vigente, che si traduce in un vuoto normativo che reca pregiudizio ai ricorrenti (par. 161). Secondariamente, nel considerare l'obbligo di assumere misure positive si deve tenere conto del bilanciamento tra l'interesse dei ricorrenti a beneficiare della tutela giuridica ed eventuali interessi collettivi rilevanti (par. 162). In proposito, si può anticipare che in giudizio l'Italia non ha argomentato alcun prevalente interesse della comunità (par. 185). Infine, il margine di apprezzamento si riduce di fronte ad aspetti della vita privata e familiare fondamentali per l'esistenza e/o l'identità di un individuo; ebbene, la protezione giuridica della coppia è un aspetto essenziale (*core right*), e non accessorio (*supplementary right*), del diritto di vivere una relazione sentimentale (par. 177, ma cfr. anche par. 174).

3. – La Corte tiene altresì conto del crescente *consensus* sul riconoscimento giuridico delle coppie gay, sia in ambito CEDU, nel quale il numero degli Stati parti che hanno legiferato in materia è aumentato dal caso *Schalk e Kopf c. Austria* (24 Stati parti su 47, contro i 19 del 2010), sia in diversi Stati terzi, come, ad esempio gli USA, l'Argentina e il Sud Africa (par. 178).

Consensus che sembra assumere un carattere ancillare nel ragionamento della Corte di Strasburgo. Ridotto a una «thin majority of CoE States», ma *medio tempore* cresciuto (ad esempio, dopo la pronuncia nel caso Oliari, San Marino ha adottato la legge che riconosce lo *status* di coppia di fatto ai fini del permesso di soggiorno del *partner* straniero), esso corrobora le considerazioni sull'obbligo positivo e sul superamento del margine di accertamento. La circostanza è da sottolineare poiché in altri casi il *consensus* ha assunto invece un carattere decisivo ai fini dell'accertamento della violazione della CEDU. Ad esempio, nel caso sull'obiezione di coscienza al servizio militare, la Grande Camera ha tenuto in ampia considerazione la tendenza degli Stati parti a riconoscere il diritto all'obiezione, al fine di accettare la violazione

dell'art. 9 CEDU sulla libertà di religione (CO.D.U., Grande Camera, sent. 7-7-2011, *Bayatyan c. Armenia*).

Ciò pone nuovamente in luce le criticità connesse al *consensus*, con particolare riguardo alla questione della sua natura e alla rilevanza che può assumere ai fini della decisione dei casi, che certamente non giovano all'autorevolezza della giurisprudenza CEDU. Infatti, la Corte non ha mai chiarito "cosa sia" il *consensus* e se esso si configuri come un metodo ermeneutico tradizionale, riconducibile ai criteri *ex artt. 31-33* della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati tra Stati, o piuttosto come un criterio interpretativo specifico per la CEDU (in proposito, cfr. G. Raimondi, *La controversa nozione di consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 – 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Relazione tenuta al Palazzo di Giustizia di Milano, 11 gennaio 2013, punti 32 e 35). Inoltre, rispetto al contenuto, non è chiaro se il *consensus* risponda a criteri quantitativi, qualitativi o a una loro combinazione, laddove la giurisprudenza della Corte mostra una tendenza a ricostruirlo secondo un approccio "caso per caso" (cfr. P. Pustorino, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, 27 luglio 2014, www.articolo29.it e A. M. Lecis Cocco-Ortu, *Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d'apprezzamento*, 28 novembre 2011, www.diritticomparati.it). C'è poi la questione della rilevanza ai fini della decisione dei casi, che pare seguire un andamento ondivago, dato che il *consensus* può assumere, a seconda dalla fattispecie all'esame della Corte, un carattere dirimente, come nel caso dell'obiezione di coscienza, oppure un'importanza accessoria, come nel caso Oliari.

Va infine sottolineato un altro elemento relativo alla rilevazione del *consensus*, che è al contempo interessante e anomalo. Il richiamo ad altri *standard* di protezione dei diritti fondamentali è infatti interessante in un'ottica di *cross-fertilization* giurisprudenziale, poiché riflette la tendenza della Corte, di recente sviluppo, a richiamare livelli di protezione estranei al sistema CEDU, laddove invece, tradizionalmente, è la giurisprudenza di Strasburgo a essere richiamata, come riferimento interpretativo, da altre corti, nazionali e internazionali. Ma è anche anomalo, poiché mentre il richiamo a detti *standard* riguarda prevalentemente altri

sistemi internazionali di protezione dei diritti umani (cfr. T. Groppi, A. M. Lecis Coccu-Ortu, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, CEDAM, Padova, 2015, 439 ss., sul “dialogo” con la Corte interamericana dei diritti umani), oltre che quelli “interni” maturati negli ordinamenti degli Stati parti, il riferimento, ad esempio, alla giurisprudenza della Corte Suprema USA o di altri Stati terzi, per quanto interessante e indicativo di un *trend* in affermazione, appare decontestualizzato rispetto al sistema CEDU.

4. – Ai fini della decisione, sembra invece assumere un’importanza principale la peculiarità della situazione italiana, quale combinazione fatidica di diversi elementi.

La Corte rammenta che in Italia sussiste un bisogno sociale delle coppie gay di essere riconosciute dalla legge, che è stato acclarato e attestato, oltre che da ricerche ed elaborazioni statistiche, dalla giurisprudenza delle nostre alte Corti, più volte chiamate a garantire la tutela di situazioni specifiche (come anche i giudici di merito, cfr. parr. 37 e 38). In proposito, vengono richiamate le note sentenze della Consulta n. 138/2010 sul “matrimonio gay” e n. 170/2014 sul “divorzio imposto”, oltre che alcune pronunce della Cassazione, nelle quali, oltre a decidere i casi sottopostigli, i giudici italiani hanno ripetutamente invitato il nostro Legislatore, in modo più e meno incisivo, a colmare il vuoto normativo sulle unioni omoaffettive, cui è invece corrisposta la sua perdurante inerzia e, di conseguenza, il permanere delle coppie gay in una condizione di incertezza giuridica (su tali richiami quale forma di “dialogo verticale tra corti”, cfr. D. Gallo, M. Winkler, *The Construction of Same-Sex Families in Western Europe through Legislative and Judicial Dialogues: The Role of National Legislatures and Supranational Courts*, in E. Kjos, A. Müller (eds), *Transnational Judicial Dialogue: Concept, Method, Extent, Effects*, in corso di pubblicazione, Cambridge, Cambridge UP, 2015,).

La Corte stigmatizza tale omissione del Parlamento italiano, che, per volontà o mancanza di determinazione, non ha legiferato nonostante le sollecitazioni giurisprudenziali indirizzategli. Inerzia che equivale a ignorare una sentenza definitiva e che pone a rischio la credibilità, l’autorità e l’effettività del Potere giudiziario, che, come affermano i giudici di Strasburgo, «(are) factors which are of

the utmost importance from the point of view of the fundamental principles underlying the Convention» (par. 184). In proposito, viene richiamata la nota sentenza *Broniowski* (CO.D.U., Grande Camera, sent. 22-6-2004, *Broniowski c. Polonia*. Cfr. il commento di M. P. Carazo, *Broniowski Case*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, June 2013), primo caso di “sentenza pilota” della Corte di Strasburgo, non per gli aspetti di merito – quel caso riguardava i danni individuali sofferti nel corso della II guerra mondiale – ma come “precedente” nel quale l’inoservanza di una sentenza della Corte suprema da parte di organi dello Stato (in particolare, di alcuni enti amministrativi, nel silenzio del Potere legislativo e dell’Esecutivo) ha portato la Corte ad accettare la violazione della CEDU.

È alla luce di queste considerazioni, raccordate ai principi applicabili al caso di specie e al *consensus* emergente, che i giudici di Strasburgo stabiliscono che l’Italia ha ecceduto il margine di apprezzamento di cui gli Stati godono nel garantire il rispetto dell’art. 8 CEDU. L’inerzia del Parlamento sembra quindi aver costituito l’elemento dirimente ai fini dell’accertamento della violazione del diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti (par. 185). In un certo senso, è come se al banco degli imputati stesse, più che lo Stato italiano, il suo pigro o poco volenteroso Parlamento, dato che la sentenza dà conto dei diversi tentativi del Potere giudiziario e degli enti locali di offrire, nei limiti delle loro competenze, delle forme di tutela alle coppie gay (ad esempio, i registri comunali delle unioni civili, richiamati al par. 168). La centralità e la rilevanza di tale omissione legislativa è peraltro testimoniata dalla *concurring opinion* dei giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabović, i quali, se da una parte contestano la sussistenza dell’obbligo positivo individuato dalla Corte (par. 10), dall’altra non mancano di evidenziare l’inerzia del nostro Legislatore per accettare, stavolta congiuntamente al Collegio cui appartengono, la violazione dell’art. 8 CEDU.

5. – La pronuncia “chiude il cerchio” delle sentenze delle nostre Alte Corti in tema di diritti delle coppie gay, aggiungendo la violazione di un obbligo internazionale all’elenco degli inviti rivolti al Parlamento italiano a legiferare sulle unioni civili. Poiché la sentenza è divenuta definitiva (dopo 3 mesi dalla pronuncia,

cioè il 20 ottobre 2015), l'adozione di una legge sulle unioni civili si impone come azione positiva atta a rimediare alla violazione dell'art. 8 CEDU.

Legge che è nel programma del Presidente del Consiglio dei ministri, il quale ha sostenuto, con parte del Governo, il testo base Cirinnà (“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, testo unificato proposto dalla relatrice per i disegni di legge nn. 14, 197, 239, 314, 909, 1211, 1231, 1316, 1360, 1745 e 1763, disponibile su www.senato.it), di recente affiancato, a causa delle vicende ostruzionistiche occorse in Commissione Giustizia del Senato, da un nuovo disegno di legge (“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, n. 2081, disponibile su www.senato.it), che ha già suscitato delle perplessità (ad esempio, con riguardo al riferimento, privo di contenuto giuridico, alle “specifiche formazioni sociali”, come osserva M. Gattuso, *Le Unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in Aula in Senato*, 8 ottobre 2015, www.articolo29.it).

Al momento sia il testo base Cirinnà, sia il disegno di legge n. 2081 sono iscritti all'ordine del giorno dell'Aula del Senato, anche se, di fatto, la discussione riguarderà il nuovo testo (cfr. il resoconto stenografico della seduta n. 523 del 14 ottobre 2015, disponibile su www.senato.it), il quale, come si legge nella relazione dei firmatari, «deve ... ritenersi il punto di approdo più avanzato del lungo e proficuo lavoro legislativo di sintesi condotto dalla Commissione giustizia del Senato, a recepimento delle reiterate sollecitazioni giunte negli ultimi anni dalla società civile e dalla giurisprudenza costituzionale italiana ed europea». Va però segnalato c'è molta incertezza sulla sua sorte, sia perché è approdato in Aula senza relatore (cfr. art. 44, co. 3, del regolamento del Senato), sia perché, considerate le scadenze di fine anno (ad esempio, dev'essere approvata la legge di stabilità), non c'è certezza sui tempi di avvio del dibattito.

6. – Non è poi del tutto chiaro se la sentenza Oliari riguardi solo il peculiare caso italiano o se, invece, si possa ipotizzare la produzione di effetti anche negli altri Stati CEDU che non hanno ancora legiferato sulle coppie gay. Naturalmente, non ci si riferisce agli effetti della sentenza, indubbiamente limitati alle parti in causa *ex art.* 46 CEDU, ma alla combinazione straordinaria di elementi che caratterizza la

situazione italiana e che ha portato la Corte di Strasburgo ad accertare la violazione dell'art. 8 CEDU.

Qualora l'accertata violazione sia conseguenza all'irripetibile combinazione di elementi che caratterizza il caso italiano, siamo di fronte a una sentenza i cui effetti non sono esportabili negli altri Stati parti che non hanno ancora disciplinato le coppie gay. Si tratta di un'ipotesi percorribile, ma non completamente condivisa, come evidenziano i giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabović nella loro *concurring opinion*: «Our colleagues are careful to limit their finding of the existence of a positive obligation to Italy and to ground their conclusion on a combination of factors not necessarily found in other Contracting States. To begin with, we are not sure that such a limitation of a positive obligation under the Convention to local conditions is conceptually possible» (par. 10).

Oppure siamo di fronte a una sentenza che indica un concorso di fattori in presenza dei quali, alla luce del crescente *consensus* sulla tutela delle coppie gay, si configura un obbligo positivo ai sensi dell'art. 8 CEDU? Se così fosse, tentando di distillare tali fattori, si potrebbe affermare che a fronte di un bisogno sociale acclarato (ma andrebbe chiarito con quali modalità, ad esempio se sia necessario un intervento giurisprudenziale), della sussistenza di un vuoto normativo e dell'assenza di un interesse collettivo prevalente sussistano, in caso di altri ricorsi, le condizioni per individuare un obbligo positivo a legiferare in tema di unioni civili. Se così fosse, ci si potrebbe ad esempio domandare se sia il caso di Cipro (sulla condizione delle coppie gay in tale Paese, cfr. S. Drosos, A. Constantinides, *The Legal Situation of Same-Sex Couples Before in Greece and Cyprus*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer/TMC Asser Press, Berlin/The Hague, 2014, 139 ss.), la cui situazione è per certi versi simile a quella italiana. Infatti, c'è un bisogno sociale di tutela rilevato dall'*Ombudsman*, autorità contro il razzismo e le discriminazioni, adita al fine di rilevare il vuoto normativo in tema di coppie gay; tale organo ha più volte raccomandato al Parlamento cipriota di introdurre le unioni civili; si paventa una situazione di inerzia legislativa, dato che pende alla stessa assemblea legislativa la proposta di legge sulle unioni civili di iniziativa governativa, senza prospettiva di adozione a breve termine; non dovrebbero sussistere interessi collettivi prevalenti,

poiché si può ragionevolmente ritenere che il Governo li abbia considerati in sede di esercizio dell'iniziativa legislativa.

Ciò detto, si tratta comunque di ipotesi di non agevole definizione, rispetto alle quali è chiaro solo la prossima giurisprudenza di Strasburgo potrà offrire delle indicazioni.

Merita infine far cenno all'effetto "pedagogico" che la sentenza Oliari può produrre. La confermata necessità di offrire tutela giuridica alle coppie gay potrebbe infatti portare gli Stati parti privi di una legge sulle unioni civili a legiferare in materia, in ottemperanza agli obblighi generali derivanti dalla loro appartenenza alla CEDU. Infatti, gli Stati parti «devono prendere in considerazione le possibili implicazioni che sentenze pronunciate in altri casi potrebbero avere con riguardo al loro ordinamento ovvero alle loro prassi giuridiche: in breve, su tutti gli Stati parti della Convenzione incombe l'obbligo di assicurare la conformità del loro ordinamento e delle loro prassi giuridiche ai diritti ed alle libertà garantiti dalla Convenzione ed i suoi protocolli, come interpretate dalla Corte» (così A. Drzemczewski, *Art. 46 CEDU. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, 686 ss.). Trattasi però di un effetto la cui operatività potrà essere verificata solo monitorando gli sviluppi legislativi che interverranno nei 22 Stati parti della CEDU ancora privi di una legge sulle coppie gay.

7. – Resta escluso il diritto delle coppie gay a sposarsi. Nella sentenza Oliari, la Corte ribadisce che la CEDU non impone agli Stati parti di introdurre il matrimonio dello stesso sesso, confermando così l'orientamento espresso nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010.

Orientamento che, come noto, comprende l'interpretazione innovativa dell'art. 12 CEDU resa in quel caso, secondo cui, vista la formulazione neutra dell'art. 9 Carta dei diritti dell'Unione europea, che sancisce il diritto di sposarsi e di formare una famiglia senza soffermarsi sul genere dei nubendi, la Corte «would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex» (par. 61).

Ciò nonostante, pur a fronte dei significativi sviluppi legislativi ad oggi intervenuti a favore dei *same-sex marriages* in ambito CEDU (6 Stati partiti nel 2010, a fronte degli 11 del 2015, cui però andrebbero aggiunti, visto l'approccio seguito dalla Corte, gli sviluppi intervenuti negli Stati terzi), il diritto di sposarsi non è ancora sorretto dagli obblighi derivanti dall'appartenenza alla CEDU.

Se tale esito lascia insoddisfatti coloro che ritengono doverosa l'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso (cfr. C. Danisi, *Il diritto al rispetto per la vita familiare impone l'obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso*, 21 luglio 2015, www.articolo29.it, e L. Scafiddi Runchella, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, 3 agosto 2015, www.articolo29.it), vanno comunque a nostro avviso valorizzati la rottura del paradigma eterosessuale del matrimonio operata dalla Corte nel 2010 e gli sviluppi legislativi ad oggi intervenuti a favore dei matrimoni gay, quali piccoli ma ulteriori passi verso l'affermazione del diritto fondamentale di ogni individuo a sposarsi. E, dunque, quali argomenti sui quali puntare nel prosieguo della battaglia politica per l'affermazione dei diritti LGBT.



Rassegna in materia di aiuti di Stato

di Filippo Colapinto

1. – L’art. 107, n. 1, TFUE definisce gli aiuti di Stato come aiuti concessi dagli Stati o mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza, nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri. La nozione di aiuto di Stato ha carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi obiettivi, indipendentemente dalle motivazioni degli ideatori della misura. Essa non può dipendere dalla condotta o dalle dichiarazioni delle istituzioni; la natura degli obiettivi perseguiti tramite le misure statali e la loro giustificazione sono, pertanto, prive di ogni rilievo ai fini della loro qualificazione come aiuto.

La qualificazione come aiuto di Stato richiede che sussistano quattro presupposti. Innanzitutto, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve essere idoneo a incidere sugli scambi tra Stati membri. Tale intervento deve poi concedere un vantaggio al suo beneficiario. Infine, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza.

L’articolo 107, paragrafo 1, TFUE dev’essere interpretato nel senso che, per determinare se le garanzie prestate da un’impresa pubblica siano o meno imputabili

all'autorità pubblica che la controlla, assumono rilevanza, unitamente all'insieme degli indizi risultanti dalle circostanze del procedimento principale e dal contesto nel quale dette garanzie sono intervenute, le circostanze secondo cui, da un lato, l'amministratore unico della suddetta impresa, il quale ha concesso tali garanzie, ha agito irregolarmente, ha deliberatamente mantenuto segreta la loro concessione e ha violato lo statuto della sua impresa, e, dall'altro, la menzionata autorità pubblica si sarebbe opposta alla prestazione di dette garanzie se ne fosse stata informata. Tali circostanze sono di per sé sole idonee ad escludere, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, una siffatta imputabilità solamente qualora da esse risulti che le garanzie di cui trattasi sono state prestate senza il coinvolgimento della stessa autorità pubblica (Corte giust., 17 settembre 2014, causa C-242/13, *Commerz Nederland NV c. Havenbedrijf Rotterdam NV*).

Per quel che concerne i requisiti per il ricorrere della fattispecie di aiuto, in primo luogo, occorre rilevare che solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali vanno considerati aiuti ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. Infatti, emerge dal tenore stesso di questa disposizione e dalle regole procedurali dettate dall'articolo 108 TFUE che i vantaggi concessi con mezzi diversi dalle risorse statali esulano dall'ambito di applicazione delle disposizioni in questione. La distinzione tra aiuti concessi dallo Stato e aiuti concessi mediante risorse statali è intesa a ricoprendere nella nozione di aiuto non solo gli aiuti direttamente concessi dallo Stato, ma anche quelli concessi da enti pubblici o privati designati o istituiti dallo Stato. Infatti, il diritto comunitario non può tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di aggirare le regole in materia di aiuti di Stato.

In secondo luogo, si deve ricordare che non in tutti i casi è necessario dimostrare che vi sia stato un trasferimento di risorse statali, perché il vantaggio concesso ad una o più imprese possa essere considerato come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TFUE.

In terzo luogo, si deve sottolineare che dalla giurisprudenza della Corte risulta già che l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE comprende tutti gli strumenti pecuniari che le autorità pubbliche possono realmente usare per sostenere imprese, a

prescindere dal fatto che questi strumenti appartengano o meno permanentemente al patrimonio dello Stato.

In merito al primo dei requisiti sopra esposti, ovvero, il ricorrere del vantaggio indiretto mediante la individuazione di risorse statali, la giurisprudenza comunitaria di primo grado (Tribunale di primo grado, 11 dicembre 2014, causa T-251/11, *Austria c. Commissione*) ha previsto che implichì l'utilizzo di risorse statali quella misura che stabilisce un accesso ininterrotto dell'ÖMAG ai finanziamenti necessari per l'espletamento delle funzioni di interesse pubblico ad essa assegnate nell'ambito della concessione per l'adempimento dei compiti incombenti all'agenzia di compensazione dell'energia verde, che riduce, quindi, al minimo i suddetti rischi di liquidità, se non addirittura di insolvibilità, che devono essere assunti in tale contesto.

Orbene, ciò non fa che rafforzare la conclusione secondo la quale l'ÖMAG agisca nel mercato non già come un'impresa tipica, assumendo l'insieme dei rischi e degli imprevisti ordinari, tra i quali i rischi finanziari, bensì come un'entità particolare il cui ruolo era rigorosamente delimitato dalla normativa in questione.

Poiché gli interventi statali assumono forme diverse e vanno esaminati in funzione dei loro effetti, non si può escludere che una garanzia di Stato conceda essa stessa vantaggi che possono implicare un onere supplementare per lo Stato. Un mutuatario che ottiene un prestito garantito dalla pubblica amministrazione di uno Stato membro, ricava normalmente un vantaggio nei limiti in cui l'onere finanziario che egli sopporta è inferiore a quello che avrebbe sopportato se avesse dovuto procurarsi lo stesso finanziamento e la stessa garanzia a prezzo di mercato.

Esiste una presunzione semplice secondo la quale la concessione di una garanzia implicita e illimitata dello Stato in favore di un'impresa che non è soggetta ai procedimenti di amministrazione controllata e liquidazione ordinari ha per conseguenza un miglioramento della sua situazione finanziaria dovuto all'alleggerimento degli oneri che, di norma, gravano sul suo bilancio. Di conseguenza, nell'ambito della procedura relativa ai regimi di aiuti esistenti, per dimostrare il vantaggio procurato da una siffatta garanzia all'impresa beneficiaria, è sufficiente che la Commissione stabilisca l'esistenza stessa di tale garanzia, senza dover dimostrare gli effetti concreti prodotti da quest'ultima a decorrere dal

momento della sua concessione (Corte giust., 3 aprile 2014, causa C- 559/12, *Repubblica Francese c. Commissione Europea*)

Da una giurisprudenza costante risulta, parimenti, che la nozione di aiuto non comprende soltanto prestazioni positive quali le sovvenzioni, bensì anche interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che di regola gravano sul bilancio di un'impresa e che, di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono identici effetti.

Non costituisce illegittimo aiuto di Stato la misura, consistente in una asserita discriminazione fiscale a favore di determinati casinò cui la Grecia ha dato esecuzione applicando simultaneamente una serie di disposizioni, parzialmente vincolanti, le quali:

- fissavano un prelievo uniforme dell'80 % sul prezzo dei biglietti d'ingresso, e
- fissavano prezzi imposti differenziati per i casinò statali e per quelli privati, rispettivamente a 6 EUR e a 15 EUR è stato applicato illegalmente, in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea ed è incompatibile con il mercato interno, avendo conferito ai casinò beneficiari Regency Casino Mont Parnés, Regency Casino Salonicco e al casinò di Corfù (fermo restando che il casinò di Corfù ha cessato di essere un beneficiario nell'aprile del 1999) un indebito vantaggio sotto il profilo della concorrenza.

Infatti, secondo il giudice comunitario (Tribunale di primo grado, 11 settembre 2014, causa T-425/11, *Grecia c. Commissione*), non è stata provata l'esistenza di un vantaggio contabile a favore dei casinò per i quali si applicano diritti d'ingresso di EUR 6, onere incombente sulla Commissione.

2. – L'art. 107, n. 1, TFUE vieta gli aiuti di Stato che «favoriscono talune misure o talune produzioni», vale a dire gli aiuti selettivi.

Per valutare la selettività di una misura occorre accertare se, nell'ambito di un dato regime giuridico, essa rappresenti un vantaggio per talune imprese rispetto ad altre che si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga.

La nozione di aiuto di Stato non riguarda i provvedimenti statali che stabiliscono una differenziazione tra imprese e, pertanto, selettivi a priori, qualora tale differenziazione risulti dalla natura o dalla struttura del sistema fiscale in cui tali provvedimenti si inseriscono.

Alla luce di quanto precede, una misura in deroga rispetto all'applicazione del sistema tributario generale può essere giustificata, alla luce della natura e dell'economia generale del sistema fiscale, qualora lo Stato sia in grado di dimostrare che tale misura discende direttamente dai principi informatori o basilari del proprio sistema tributario. In proposito occorre distinguere tra, da un lato, gli obiettivi che persegue un determinato regime tributario e che sono ad esso esterni e, dall'altro, i meccanismi inerenti al sistema tributario stesso, necessari per il raggiungimento di tali obiettivi (Corte giust., 9 ottobre 2014, causa C-522/13, *Min. Defensa c. Concello de Ferrol*). Nel caso in questione, non emerge che il governo spagnolo abbia addotto argomenti atti a dimostrare che l'esenzione fiscale richiesta risulterebbe direttamente dai principi informatori o basilari del sistema fiscale di tale Stato membro, né che essa sarebbe necessaria per il funzionamento e l'efficacia dello stesso. Inoltre, l'esenzione dei beni immobili dello Stato destinati alla difesa nazionale non sembra essere in rapporto diretto con gli obiettivi della stessa imposta sui beni immobili. Spetta pertanto al giudice del rinvio verificare l'esistenza di un'eventuale giustificazione alla luce di tutti gli elementi rilevanti per la controversia di cui è investito.

Per valutare il carattere selettivo del vantaggio concesso da una misura fiscale, la determinazione del contesto di riferimento assume un'importanza maggiore, dal momento che l'esistenza stessa di un vantaggio può essere accertata solo rispetto ad un livello di tassazione definito «normale». In tal senso, la qualificazione di una misura fiscale nazionale come «selettiva» presuppone in un primo momento l'identificazione e il previo esame del regime tributario comune o «normale» applicabile nello Stato membro interessato. È in rapporto a tale regime fiscale comune o «normale» che si deve in un secondo momento valutare e accettare l'eventuale selettività del vantaggio concesso dalla misura fiscale considerata, dimostrando che quest'ultima deroga a tale regime comune, in quanto introduce differenziazioni tra operatori che si trovano, sotto il profilo dell'obiettivo perseguito

dal sistema tributario di tale Stato membro, in una situazione di fatto e di diritto analoga.

In particolare (Tribunale di primo grado, 11 dicembre 2014, causa T-251/11, *Austria c. Commissione*), assimilando l'intera ÖSG modificata, come notificata, a un regime fiscale, nel cui ambito il vantaggio risulterebbe, in sostanza, da un'esenzione totale o parziale da un'imposta con funzione regolatrice, si afferma, in sostanza, che la misura in questione, in quanto vertente sul vantaggio di cui all'articolo 22 quater dell'ÖSG modificata, è selettiva per il fatto che, sebbene sia prevista a favore di qualsiasi impresa che, in conseguenza del suo contributo alla promozione dell'elettricità verde, si assuma l'onere di sostenere costi superiori alla soglia dello 0,5% del valore netto della sua produzione, rimane, de facto, riservata esclusivamente ad una determinata categoria di imprese, ossia le imprese a forte consumo di energia, che operano in via prioritaria nel settore della produzione di beni. Per questo motivo, tale misura impedirebbe ad altre imprese, situate nel territorio austriaco, di usufruirne.

Sempre in tema della selettività della misura, l'art. 107, par. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che può costituire un aiuto di Stato, vietato ai sensi di tale disposizione, l'esenzione fiscale dall'imposta sugli immobili di un lotto di terreno appartenente allo Stato e messo a disposizione di una impresa di cui quest'ultimo detiene la totalità del capitale e che produce, a partire da tale lotto, beni e servizi che possono essere oggetto di scambi tra gli Stati membri in mercati aperti alla concorrenza. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare se, alla luce dell'insieme degli elementi rilevanti per la controversia di cui è investito, valutati alla luce degli elementi interpretativi forniti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, una tale esenzione fiscale debba essere qualificata come aiuto di Stato ai sensi della medesima disposizione.

Nella fattispecie, il governo spagnolo ha sostenuto che, l'esenzione dei beni immobili dello Stato destinati alla difesa nazionale ai sensi dell'art. 62, paragrafo 1, lettera a), che disciplina le finanze locali (*Real Decreto Legislativo 2/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*) del 5 marzo 2004, dovrebbe essere considerata come una compensazione dovuta alla società in oggetto per le prestazioni da essa effettuate per adempiere ad obblighi di servizio pubblico e

quindi non comporterebbe vantaggi per tale impresa. In merito, la Corte Europea ha ritenuto che dagli atti processuali non risulterebbe provata l'esistenza di un legame tra tale esenzione e i servizi di interesse pubblico resi dalla società.

A giudizio della Corte, considerate tali circostanze e il dettato normativo delle disposizioni richiamate sopra, la società oggetto del procedimento è tenuta a versare l'imposta sui beni immobili, mentre l'esenzione dall'imposta di cui beneficia comporterebbe un vantaggio fiscale ed economico a favore della stessa.

Nel caso di specie, inoltre la Corte ritiene che sia soddisfatta anche la condizione, prevista dall'articolo 107 TFUE, relativa all'intervento dello Stato per mezzo delle proprie risorse.

La Corte, sottolinea, che l'esenzione fiscale richiesta è stata instaurata dallo Stato spagnolo ed essa costituisce pertanto un intervento di quest'ultimo rientrante nella nozione di aiuti ai sensi dell'art. 107 TFUE. Inoltre, è evidente che in questo caso il vantaggio fiscale, riconosciuto alla beneficiaria, comporterebbe come contropartita un onere supplementare per lo Stato.

Infine, i togati europei sostengono che, nel caso di specie, l'esenzione fiscale richiesta è idonea a pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri ed a falsare la concorrenza. In particolare, tale pregiudizio può verificarsi quando l'aiuto concesso da uno Stato membro rafforza la posizione di un'impresa rispetto ad altre imprese concorrenti nell'ambito degli scambi intracomunitari.

3. – Le condizioni che devono ricorrere affinché una misura possa ricadere nella nozione di aiuto non sono soddisfatte qualora l'impresa pubblica beneficiaria potrebbe ottenere lo stesso vantaggio rispetto a quello procuratole per mezzo di risorse statali e in circostanze corrispondenti alle normali condizioni del mercato, ove tale valutazione dev'essere effettuata, per le imprese pubbliche, applicando, in linea di principio, il criterio dell'investitore privato.

Un beneficio economico, ancorché concesso con strumenti di natura fiscale, dev'essere valutato con riguardo al criterio dell'investitore privato, qualora, in esito ad una valutazione globale, emerga che lo Stato membro interessato abbia nondimeno concesso detto beneficio, malgrado l'impiego di mezzi attinenti ai poteri

pubblici, nella sua qualità di azionista dell'impresa ad esso appartenente. Ne consegue che l'applicabilità del criterio dell'investitore privato ad un intervento pubblico dipende non dalla forma in cui il beneficio è stato concesso, ma dalla qualificazione di detto intervento in quanto decisione adottata da un azionista dell'impresa di cui trattasi (Corte giust., 3 aprile 2014, causa C-224/12, *Commissione europea c Regno dei Paesi Bassi e ING Groep NV*).

Per la qualificazione della misura statale come aiuto è determinante stabilire se la modifica delle condizioni di rimborso dell'apporto di capitale della società in questione abbia obbedito ad un criterio di razionalità economica, in modo che un investitore privato potrebbe anche essere in grado di accettare siffatta modifica, in particolare aumentando le prospettive di ottenere il rimborso di tale apporto. In tal contesto, il Tribunale ha correttamente ritenuto che non era possibile per la Commissione sottrarsi al proprio obbligo di esaminare la razionalità economica della modifica delle condizioni di rimborso alla luce del criterio dell'investitore privato, adducendo come unico motivo che l'apporto di capitale, oggetto del rimborso, costituirebbe già di per sé un aiuto di Stato.

Il criterio dell'investitore privato è tra gli elementi che la Commissione è tenuta a prendere in considerazione per dimostrare l'esistenza di un aiuto e non costituisce pertanto un'eccezione che si applica unicamente su richiesta di uno Stato membro qualora sia stato constatato che ricorrono gli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune, contenuta all'articolo 87, paragrafo 1, CE. Di conseguenza, se emerge che il criterio dell'investitore privato può risultare applicabile, spetta alla Commissione chiedere allo Stato membro interessato di fornirle tutte le informazioni pertinenti idonee a consentirle di verificare se le condizioni di applicabilità e di applicazione di detto criterio siano soddisfatte.

4. – Ai fini dell'applicazione dell'articolo 107, paragrafo 3, TFUE, la Commissione gode di un ampio potere discrezionale il cui esercizio comporta complesse valutazioni di ordine economico e sociale da effettuarsi nel contesto dell'Unione.

Dal dettato dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera b), CE emerge che la Commissione, quando constata che un aiuto di Stato è inteso a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, non è, per questo semplice fatto, obbligata a ritenere che tale aiuto sia compatibile con il mercato comune (Tribunale primo grado, 17 luglio 2014, causa T-457/09, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commissione europea*).

Infatti, a differenza degli aiuti rientranti nelle deroghe al divieto generale degli aiuti di Stato di cui all'articolo 87, paragrafo 2, CE, i quali, ai sensi di tale disposizione, «sono» considerati compatibili con il mercato comune, l'articolo 87, paragrafo 3, CE stabilisce che talune categorie di aiuti, tra cui quelle intese a porre rimedio al turbamento dell'economia di uno Stato membro, «possono» essere considerate compatibili con tale mercato.

Al fine di esercitare tale potere, la Commissione può darsi norme di massima per mezzo di atti quali le comunicazioni, purché tali norme non si discostino dalle disposizioni del Trattato.

A tal riguardo, adottando norme di comportamento per l'applicazione di misure di aiuti di Stato ed annunciando, con la loro pubblicazione, che esse verranno da quel momento in avanti applicate ai casi a cui esse si riferiscono, la Commissione si autolimita nell'esercizio di detto potere discrezionale e non può discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento. In tal senso, nel settore specifico degli aiuti di Stato, la Commissione è vincolata dagli inquadramenti e dalle comunicazioni che adotta, sempre che questi non deroghino alle norme del Trattato e siano accettati dagli Stati membri.

Spetta poi, al giudice dell'Unione accertare se la Commissione abbia rispettato le norme che si è autoimposta.

4.1. – Il potere discrezionale della Commissione riguarda anche le condizioni che devono sussistere per poter dichiarare compatibile con il mercato interno un aiuto volto a porre rimedio ad un grave inconveniente per l'economia di uno Stato

membro (Tribunale primo grado, 8 aprile 2014, causa T- 319/11, *ABN Amro Group NV c. Commissione europea*).

Il Tribunale conferma la tesi della Commissione secondo cui le acquisizioni devono essere volte a garantire la redditività del soggetto beneficiario dell'aiuto, il che implica che qualsiasi acquisizione finanziata per mezzo di un aiuto di Stato che non sia strettamente necessaria per garantire il ripristino della redditività della società beneficiaria viola il principio in virtù del quale l'aiuto dev'essere limitato al minimo necessario. Infatti, l'obiettivo è di fare in modo che i fondi della banca beneficiaria vengano utilizzati ai fini del rimborso dell'aiuto prima di qualsiasi nuova acquisizione.

Conseguentemente, il Tribunale conclude che, nelle circostanze della specie, il divieto di procedere ad acquisizione sotto forma di assunzione di partecipazioni del 5% o oltre in imprese di qualsivoglia settore risulta conforme ai principi contenuti nelle varie comunicazioni della Commissione, segnatamente quella sulle ristrutturazioni.

4.2. – Sempre in materia di compatibilità della misura con il mercato interno, le disposizioni della direttiva CE 92/50 e, in particolare, i principi generali di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità, non ostano a una normativa nazionale che consenta a un'azienda ospedaliera pubblica, partecipante a una gara d'appalto, di presentare un'offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia. Tuttavia, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta sul fondamento dell'articolo 37 di tale direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione l'esistenza di un finanziamento pubblico di cui detta azienda beneficia, alla luce della facoltà di respingere tale offerta (Corte giust., 18 dicembre 2014, causa C-568/2013, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl*).

L'articolo 1, lettera c), della richiamata direttiva comunitaria osta a una normativa nazionale che escluda un'azienda ospedaliera pubblica dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a causa della sua

natura di ente pubblico economico, se e nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari.

Le aziende ospedaliere universitarie pubbliche italiane, in quanto “enti pubblici economici”, secondo la loro qualificazione a livello nazionale, sono autorizzate a operare contro corrispettivo sul mercato, in settori compatibili con la loro finalità istituzionale e statutaria.

Come emerge dalla lettera dell'articolo 26, paragrafo 2, della direttiva 92/50, gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori economici a fornire certi tipi di prestazioni. Essi possono disciplinare le attività dei soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, essi possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti a operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi contro corrispettivo sul mercato, anche a titolo occasionale, gli Stati membri non possono vietare loro di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi. Un simile divieto contrasterebbe infatti con l'articolo 1, lettere a) e c), della direttiva 92/50. Dalle norme dell'Unione e dalla giurisprudenza risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale. Uno degli obiettivi della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile; apertura che è anche nell'interesse della stessa amministrazione aggiudicatrice, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata. Un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come «appalti pubblici» e potrebbero quindi essere aggiudicati in modo informale, sottraendosi

alle norme dell'Unione in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

4.3. – In tale contesto, occorre rammentare che il Trattato di Lisbona prevede una precisa delimitazione tra, da un lato, le norme concernenti gli aiuti di Stato, di cui agli articoli da 107 TFUE a 109 TFUE, e, dall'altro, le norme concernenti le distorsioni risultanti dalle disparità tra le disposizioni legislative, regolamentari od amministrative degli Stati membri e, segnatamente, le loro disposizioni in materia fiscale, previste agli articoli 116 TFUE e 117 TFUE. Ne consegue che, in linea di principio, le misure fiscali che servono a finanziare un aiuto non rientrano nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato FUE concernenti gli aiuti di Stato. Tuttavia, qualora le misure fiscali costituiscano la modalità di finanziamento di un aiuto, formandone così parte integrante, la Commissione non può separare l'esame di un aiuto dagli effetti della sua modalità di finanziamento, in quanto, in una situazione del genere, l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della modalità di finanziamento può incidere sulla compatibilità del regime di aiuti con il mercato comune (Tribunale primo grado, 11 luglio 2014, causa T- 533/10, *DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA c/ Commissione europea*).

Quanto ai criteri sulla scorta dei quali deve essere risolta la questione se la modalità di finanziamento dell'aiuto sia parte integrante di quest'ultimo, si evince dalla giurisprudenza della Corte che deve sussistere un vincolo di destinazione cogente tra il tributo e l'aiuto di cui trattasi in forza della normativa nazionale pertinente, nel senso che il gettito del tributo viene necessariamente destinato al finanziamento dell'aiuto e incide direttamente sulla sua entità e, conseguentemente, sulla valutazione della compatibilità dell'aiuto medesimo con il mercato comune.

Risulta pertanto, da un lato, che, affinché un'imposta possa essere considerata parte integrante di una misura di aiuto, deve necessariamente esistere una disposizione vincolante di diritto nazionale che imponga la destinazione dell'imposta al finanziamento dell'aiuto. Ne consegue che, in assenza di una siffatta disposizione, non può ritenersi che un'imposta sia destinata ad una misura di aiuto e non costituisce, quindi, una delle sue modalità. Dall'altro, la mera circostanza dell'esistenza di una tale disposizione non può, da sola, configurare una condizione

sufficiente per dimostrare che un'imposta costituisca parte integrante di una misura di aiuto. Qualora una siffatta disposizione di diritto nazionale esista, occorre esaminare, inoltre, se il gettito fiscale generato dall'imposta incida direttamente sull'ammontare dell'aiuto.

Contrariamente a quanto dedotto da *Telefónica de España* e da *Telefónica Móviles España*, per poter ritenere che un'imposta costituisca parte integrante di una misura di aiuto, non è dunque sufficiente che il gettito fiscale da essa generato sia necessariamente destinato al finanziamento di tale misura.

5. – Gli interessati sono qualsiasi Stato membro e qualsiasi persona, impresa o associazione d'imprese sui cui interessi può incidere la concessione di un aiuto, in particolare il beneficiario di quest'ultimo, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali. Gli interessati diversi dallo Stato membro interessato hanno, nel procedimento di controllo sugli aiuti di Stato, unicamente la facoltà di rivolgere alla commissione tutte le informazioni atte ad illuminare quest'ultima circa il suo successivo comportamento e non possono pretendere direttamente un dibattito in contraddittorio con la commissione, quale quello previsto in favore del detto Stato membro (Tribunale primo grado, 5 novembre 2014, causa T- 362/10, *Vtesse Networks Ltd c. Commissione europea*).

Infatti, il procedimento di controllo degli aiuti di Stato è, tenuto conto della sua economia generale, un procedimento avviato nei confronti dello Stato membro responsabile, alla luce dei suoi obblighi in materia di diritto dell'Unione, della concessione dell'aiuto. In tale procedimento, gli interessati diversi dallo Stato membro considerato hanno essenzialmente il ruolo di fonti di informazioni per la Commissione e, a tale riguardo, non possono essi stessi pretendere un dibattito in contraddittorio con la Commissione, come quello previsto in favore di detto Stato membro. Le parti interessate diverse dallo Stato membro in questione dispongono soltanto del diritto di essere associate al procedimento amministrativo in misura adeguata, tenuto conto delle circostanze del caso di specie.

Per quanto riguarda la nozione di interesse ad agire, il Trattato di Lisbona opera una netta distinzione tra il diritto di proporre un ricorso di annullamento delle istituzioni e degli Stati membri, da un lato, e quello delle persone fisiche e giuridiche,

dall'altro. Infatti, il diritto di contestare, con un ricorso di annullamento, la legittimità delle decisioni della Commissione è attribuito ad ogni Stato membro, senza che l'esercizio di tale diritto sia subordinato alla prova di un interesse ad agire. Uno Stato membro non è quindi tenuto a dimostrare, affinché il suo ricorso sia ricevibile, che un atto della Commissione da esso impugnato produca effetti giuridici nei propri confronti.

Nel caso all'attenzione del giudice comunitario di primo grado (Tribunale di primo grado, 11 settembre 2014, causa T-425/11, *Grecia c. Commissione*), in considerazione delle disposizioni del Trattato e alla luce della giurisprudenza, la Repubblica ellenica, nella sua sola qualità di Stato membro, è legittimata a presentare un ricorso di annullamento senza dover dimostrare un interesse ad agire a tal riguardo.

L'articolo 263, quarto comma, TFUE, ha, poi, attenuato i presupposti di ricevibilità dei ricorsi di annullamento proposti dalle persone fisiche e giuridiche contro gli atti dell'Unione aggiungendo al medesimo articolo una terza parte di frase. Tale parte di frase, infatti, senza subordinare la ricevibilità dei ricorsi di annullamento proposti dalle persone fisiche e giuridiche al presupposto dell'incidenza individuale, rende altresì esperibile tale mezzo di ricorso nei confronti degli atti regolamentari che non comportino alcuna misura di esecuzione e che riguardino il ricorrente direttamente.

L'articolo 263, quarto comma, TFUE, infatti, prevede due ipotesi in cui ad una persona fisica o giuridica è riconosciuta legittimazione ad agire per proporre ricorso contro un atto di cui essa non sia destinataria. Da un lato, tale ricorso può essere proposto a condizione che l'atto la riguardi direttamente ed individualmente. Dall'altro, questa persona può proporre ricorso contro un atto regolamentare che non comporti misure di esecuzione, se esso la riguarda direttamente.

In tale contesto, occorre ricordare che il criterio che subordina la ricevibilità di un ricorso d'annullamento proposto da una persona fisica o giuridica avverso una decisione di cui non è destinataria ai presupposti fissati all'articolo 263, quarto comma, TFUE costituisce un motivo di irricevibilità di ordine pubblico che i giudici dell'Unione sono tenuti ad esaminare in qualsiasi momento, anche d'ufficio.

Ai sensi della summenzionata disposizione, il ricorso di annullamento è segnatamente esperibile nei confronti degli atti regolamentari che non comportino alcuna misura di esecuzione e che riguardino il ricorrente direttamente.

A tale proposito, la Corte ha già dichiarato che, nel valutare se un atto regolamentare comporti misure di esecuzione, si deve far riferimento alla posizione della persona che invoca il diritto di ricorso ex articolo 263, quarto comma, terza parte, TFUE. Inoltre, per verificare se l'atto impugnato comporti misure d'esecuzione, occorre riferirsi esclusivamente all'oggetto del ricorso.

Nella fattispecie (Corte giust., 27 febbraio 2014, causa C -132/12, *Stichting Woonpunt, Stichting Havensteder, già Stichting Com.wonen, Woningstichting Haag Wonen, Stichting Woonbedrijf SWS.Hvvl c. Commissione Europea*), da un lato, le ricorrenti mirano, con il loro ricorso, all'annullamento della decisione controversa con cui la Commissione conferma la compatibilità dell'aiuto E 2/2005 con il mercato comune, a seguito degli impegni assunti dalle autorità olandesi che modificano il regime di aiuti di cui beneficiavano le ricorrenti. Dal punto 41 della decisione controversa emerge che tali impegni saranno attuati con un nuovo decreto ministeriale e con una nuova legge sull'edilizia residenziale.

Dall'altro lato, la decisione controversa non definisce le conseguenze specifiche e concrete che l'applicazione degli impegni delle autorità olandesi nell'ambito dell'aiuto E 2/2005 produrrà sulle attività delle ricorrenti. Tali conseguenze si materializzeranno attraverso atti adottati in esecuzione del decreto ministeriale e della nuova legge sull'edilizia residenziale, che costituiscono in quanto tali misure d'esecuzione che la decisione controversa comporta, ai sensi dell'articolo 263, quarto comma, terza parte di frase, TFUE.

Per tale ragione, indipendentemente dal fatto che la decisione costituisca o meno un «atto regolamentare» ai sensi della summenzionata disposizione, dal momento che il ricorso delle ricorrenti non soddisfa i presupposti di ricevibilità previsti all'articolo 263, quarto comma, terza parte di frase, TFUE, l'errore di diritto che il Tribunale ha commesso nell'ordinanza impugnata, omettendo di esaminare la ricevibilità di tale ricorso anche alla luce di tali altri presupposti, è irrilevante.

6. – Secondo costante giurisprudenza della corte, la logica conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità di un aiuto è la sua soppressione mediante recupero al fine di ripristinare la situazione precedente (Corte giust., 11 settembre 2014, causa C-527/12, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*).

Il giudice domestico si rivolge alla Corte di Giustizia per stabilire se, al fine di garantire l'esecuzione di una decisione della Commissione che dichiara un regime di aiuti illegittimo e incompatibile con il mercato interno, ma che non identifica i singoli beneficiari e non determina con precisione gli importi da restituire, lo stesso si trovi vincolato dalle prese di posizione ulteriori dell'istituzione, relative all'importo esatto da recuperare presso un beneficiario determinato (Corte giust., 13 febbraio 2014, causa C-69/13, *Mediaset c. Min. sviluppo econ.*).

Infatti, in sede di esecuzione di una decisione della Commissione che dichiara un regime di aiuti illegittimo e incompatibile con il mercato interno, il giudice nazionale nell'ambito della leale cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione, deve adottare tutte le misure idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, ovvero - nel caso di specie - il recupero dell'aiuto da parte dei beneficiari.

L'istituzione del sistema di controllo degli aiuti di Stato spetta, da un lato, alla Commissione, e, dall'altro, ai giudici nazionali, fermo restando che i loro rispettivi ruoli sono complementari ma distinti. La Commissione dispone, dunque, di una competenza esclusiva, sotto il controllo dei giudici dell'Unione, nel valutare la compatibilità di un aiuto con il mercato interno. Essa non è, invece, tenuta, all'atto di ordinare la restituzione di un aiuto dichiarato incompatibile con il mercato interno, a determinarne l'importo esatto. È sufficiente che la decisione contenga elementi che permettano al suo destinatario di determinare esso stesso, senza difficoltà eccessive, tale importo.

Tuttavia, la Corte sottolinea che, nell'ambito della leale cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione, i primi devono adottare tutte le misure idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. Se il giudice nazionale nutre dei dubbi o riscontra delle difficoltà nella quantificazione dell'importo da recuperare, può rivolgersi alla Commissione.

Nella misura in cui gli elementi contenuti nelle prese di posizione della Commissione mirano a facilitare la realizzazione del compito delle autorità nazionali nell'ambito dell'esecuzione della decisione di recupero, il giudice nazionale deve tenerne conto ai fini della valutazione della controversia e motivare la propria decisione alla luce dell'insieme degli atti contenuti nel fascicolo che è stato sottoposto alla sua attenzione.

La Corte stabilisce, inoltre, che, in mancanza di disposizioni di diritto dell'Unione in materia, gli aiuti dichiarati incompatibili con il mercato interno devono essere recuperati secondo le modalità previste dal diritto nazionale, purché queste ultime non si risolvano nel rendere praticamente impossibile il recupero e non violino il principio di equivalenza rispetto ai procedimenti volti a dirimere controversie esclusivamente nazionali dello stesso tipo.

Qualora la Commissione, nella sua decisione, non abbia identificato i beneficiari né determinato con precisione gli importi da restituire, il giudice nazionale può, dunque, concludere, senza rimettere in discussione la validità della decisione né l'obbligo di restituzione degli aiuti, che l'importo da restituire è pari a zero, quando una simile conclusione derivi dai calcoli effettuati sulla base dell'insieme degli elementi rilevanti portati a sua conoscenza.

Per quel che concerne il termine entro il quale adempiere, poiché il TFUE ha abrogato, nell'ambito della procedura per inadempimento ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 2, TFUE, la fase relativa alla formulazione di un parere motivato, la data di riferimento per valutare l'esistenza di un inadempimento diviene quella della scadenza del termine stabilito nella lettera di diffida redatta in forza di tale disposizione. Tuttavia, quando la procedura per inadempimento viene avviata in base all'articolo 228, paragrafo 2, CE, e un parere motivato è stato emesso prima della data di entrata in vigore del trattato di Lisbona (1º dicembre 2009) il *dies ad quem* è quello della scadenza del termine stabilito in detto parere motivato.

Inadempimento tanto più grave, in quanto realizzato nel settore degli aiuti di Stato, finalizzato a garantire il corretto operare del mercato comune in regime di libera concorrenza. La Corte di giustizia, nel condannare la Spagna al pagamento di una somma forfettaria, ha stabilito che il termine ultimo per il recupero su base volontaria dell'aiuto di Stato illegittimo è perentorio, seppur "mobile". Esso, infatti,

può coincidere o con la data di emissione del parere della Commissione oppure, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con la data della diffida. A ogni modo, la somma forfettaria prevista a titolo di penalità di mora per l'inadempimento decorre da tale data (Corte giust., 13 maggio 2014, causa C- 184/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*).

6.1. – Per quanto attiene alle ipotesi nelle quali gli aiuti devono essere recuperati presso imprese in stato di fallimento o soggette a procedura fallimentare diretta alla realizzazione dell'attivo e all'accertamento del passivo, il fatto che un'impresa sia in difficoltà o in stato di fallimento non ha alcuna incidenza sull'obbligo di recupero.

Infatti, e in primo luogo, si deve ricordare che è giurisprudenza constante che il solo mezzo di difesa che uno Stato membro può legittimamente invocare per liberarsi dall'obbligo, ad esso incombente, di recuperare gli aiuti che ha erogato in violazione del diritto dell'Unione è quello dell'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione che gli ingiunge di procedere al recupero di detti aiuti.

Si deve ugualmente ricordare che è stato altresì dichiarato che il fatto che un beneficiario sia insolvente o soggetto a una procedura fallimentare non ha alcuna incidenza sul suo obbligo di rimborsare gli aiuti illegittimi e incompatibili.

Inoltre l'insolvenza dell'impresa alla quale è stato erogato un aiuto illegittimo o incompatibile non può liberare lo Stato membro interessato dal suo obbligo di recuperarlo.

Certamente, dalla giurisprudenza relativa alle imprese beneficiarie di aiuti dichiarati incompatibili con il mercato comune e sottoposte a procedura fallimentare si ricava che il ripristino della situazione anteriore e l'eliminazione della distorsione della concorrenza, risultante dagli aiuti illegittimamente erogati, possono essere conseguiti, in linea di principio, con l'iscrizione al passivo fallimentare del credito relativo alla restituzione degli aiuti in questione.

Tuttavia, l'iscrizione al passivo del credito relativo alla restituzione degli aiuti in questione consente di porsi in regola con l'obbligo di recupero solo qualora, nel caso in cui le autorità statali non possano recuperare integralmente l'importo degli aiuti, la

procedura concorsuale giunga alla liquidazione dell'impresa, ossia alla cessazione definitiva della sua attività, che le autorità statali possono provocare in qualità di azionisti o creditori.

In tal senso, la Corte ha altresì già dichiarato che il fatto che, a causa della situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria dell'aiuto di cui trattasi, le autorità dello Stato membro interessato non avevano potuto recuperare la somma versata non costituisce impossibilità di esecuzione, poiché lo scopo perseguito dalla Commissione è la soppressione dell'aiuto, scopo che può essere raggiunto mediante la liquidazione dell'impresa (Tribunale primo grado, 21 ottobre 2014, T-268/13, *Repubblica Italiana c. Commissione Europea*).

Corte di giustizia CE, 18 dicembre 2014, causa C-568/2013

Corte di giustizia CE, 9 ottobre 2014, causa C-522/13

Corte di giustizia CE, 17 settembre 2014, causa C-242/13

Corte di giustizia CE, 11 settembre 2014, causa C-527/12

Corte di giustizia CE, 13 maggio 2014, causa C- 184/11

Corte di giustizia CE, 3 aprile 2014, causa C- 559/12

Corte di giustizia CE, 3 aprile 2014, causa C-224/12

Corte di giustizia CE, 27 febbraio 2014, causa C -132/12

Corte di giustizia CE, 13 febbraio 2014, causa C-69/13

Tribunale di primo grado UE, 11 dicembre 2014, causa T-251/11

Tribunale di primo grado UE, 5 novembre 2014, causa T- 362/10

Tribunale di primo grado UE, 21 ottobre 2014, T-268/13

Tribunale di primo grado UE, 11 settembre 2014, causa T-425/11

Tribunale di primo grado UE, 17 luglio 2014, causa T-457/09

Tribunale di primo grado UE, 11 luglio 2014, causa T- 533/10

Tribunale di primo grado UE, 8 aprile 2014, causa T- 319/11



Rassegna in materia di imposte indirette – Problemi attuali di diritto tributario delle società nei recenti approdi della corte di giustizia in materia di fiscalità diretta

di Carlo Garbarino e Alessandro Turina

1. – L’arco temporale compreso tra la seconda metà del 2014 e la prima metà del 2015 ha visto la Corte di Giustizia dell’Unione europea (*infra*, la Corte) impegnata a proseguire l’analisi dell’individuazione di regimi fiscali adottati dagli Stati membri che possano dare luogo ad ipotesi di discriminazione ovvero di restrizione dell’esercizio delle libertà fondamentali. La presente rassegna si concentra sui profili di diritto tributario delle società, l’ambito dove forse la portata innovativa della giurisprudenza della Corte si è mantenuta più marcata e che consente di concentrarsi sulla relazione fra misure fiscali degli Stati membri e un più ampio ventaglio di libertà fondamentali, in particolare, la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali. Il tema forse più dibattuto nell’ambito della fiscalità delle società nel corso degli ultimi anni può rinvenirsi nelle implicazioni fiscali della mobilità societaria e, più in particolare, nei prelievi applicati dai vari ordinamenti in occasione di trasferimenti definitivi della sede o degli attivi di una società da uno Stato membro all’altro. In tale frangente, si può affermare come la tematica delle *exit tax* sia stata seminale per la giurisprudenza della Corte in materia di imposizione diretta, dal momento che la stessa veniva affrontata proprio dal primo caso vertente

sulla compatibilità di talune misure nell'ambito della fiscalità diretta con le libertà fondamentali recate dal Trattato (si confronti, Corte giust., Sent. 27-9-1988, causa C-81/87, *Daily Mail*, Racc. I-05483) tuttavia il *leading case* in materia può ritenersi la pronuncia relativa al caso *National Grid Indus* (Corte giust., Sent. 29-11-2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*, Racc. pag. I-12273). La conclusione più significativa della Corte in tale pronunzia riguarda l'imposizione dei plusvalori latenti al momento del trasferimento. A tal proposito, le conclusioni della Corte possono essere riassunte come segue, gli Stati membri possono applicare un prelievo fiscale in uscita al momento del trasferimento all'estero senza tenere in considerazione eventuali svalutazioni future ma al contempo debbono porre i contribuenti in condizione di scegliere fra la possibilità di liquidare immediatamente le imposte così dovute ovvero differire il pagamento di tali imposte al momento della realizzazione delle plusvalenze.

In tale frangente, il caso *Verder LabTec* affronta la tematica dell'imposizione in uscita nell'ipotesi non di un trasferimento di sede bensì di un trasferimento di attivi da una società situata in uno Stato membro ad una propria stabile organizzazione situata in un altro Stato membro. Su tema analogo, ancorché affrontato in maniera indiretta, verte il caso *Commissione c. Germania* (C-591/13 del 16-4-2015), scaturente da una procedura di infrazione avviata dalla Commissione nei confronti della Germania con riferimento alle disparità di trattamento fiscale delle plusvalenze derivanti dal trasferimento di attivi di stabili organizzazioni a seconda della destinazione dei proventi scaturenti da tali plusvalenze.

Il caso *Commissione c. Regno Unito* (caso C-112/14 del 13-11-2014) affronta invece un tema altrettanto attuale, quale le misure di contrasto all'evasione fiscale e i relativi controlimiti alla luce del rispetto delle libertà fondamentali sancite dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (nel prosieguo anche TFUE). Il caso prendeva in particolare spunto dal regime fiscale dei redditi di società estere partecipate a ristretta base azionaria, più penalizzante rispetto a quello previsto per le società partecipate a ristretta base azionaria ubicate nel Regno Unito. Il caso *Kronos* (C-47-12 dell'11-9-2014) affronta la problematica, classica nell'ambito della giurisprudenza europea nell'ambito delle imposte dirette, dei meccanismi di prevenzione della doppia imposizione economica con riferimento ai dividendi; tali

tematiche tradizionali vengono tuttavia affrontate alla luce di alcune prospettive meno convenzionali, quali, in particolare, la tematica della doppia non imposizione derivante dall'interazione fra diritto interno e convenzioni contro le doppie imposizioni. Infine, l'ultimo e più risalente caso in rassegna, il caso *Nordea Bank* (Caso C-48/13 del 17-7-2014) affronta la tematica dell'utilizzo transfrontaliero di perdite attribuibili a stabili organizzazioni a seguito di riorganizzazioni saldando quindi due filoni tematici piuttosto ricorrenti nella giurisprudenza della Corte in materia di imposizione diretta.

2.1. – Il Caso *Verder LabTec* (C-657/13 del 21-5-2015) si aggiunge alla giurisprudenza sviluppatasi in materia di *exit tax* societarie, ossia riguardante i profili di compatibilità fra l'applicazione di imposte in uscita in presenza di fenomeni di mobilità societaria e fruizione delle libertà fondamentali previste dai Trattati, in particolare, della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 49 TFUE. Negli anni più recenti, la Corte ha sviluppato una giurisprudenza piuttosto copiosa in materia, che vede nel caso *National Grid Indus* (Corte giust., Sent. 29-11-2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*, Racc. pag. I-12273) un *leading case*. Il caso *Verder LabTec* presenta un particolare interesse in quanto espande la giurisprudenza della Corte in tema di *exit tax* relativamente a situazioni non configuranti ipotesi di trasferimento di sede bensì di trasferimento di attivi da una società ad una stabile organizzazione della stessa in un altro Stato membro. In particolare, le vicende del caso *Verder LabTec*, traggono spunto dal trasferimento da parte di una società di persone tedesca di alcuni beni immateriali (brevetti e marchi) a una propria stabile organizzazione situata nei Paesi Bassi. La normativa tedesca, informata da evoluzioni giurisprudenziali del Bundesfinanzhof piuttosto risalenti aveva previsto che il trasferimento di attivi da una società con sede in Germania ad una stabile organizzazione estera dovesse avere rilevanza impositiva. In particolare, il valore dell'attivo considerato come prelevato dal patrimonio aziendale della società con sede in Germania doveva essere specificamente valutato al momento del prelevamento dell'attivo stesso. L'amministrazione finanziaria tedesca aveva stabilito che un tale attivo trasferito dovesse essere valutato, all'atto del trasferimento, al valore di mercato e, per ragioni di equità, aveva altresì consentito alla società

interessata di creare una posta di bilancio compensativa, al fine di neutralizzare il plusvalore intrinseco altrimenti scaturente. Nel caso di immobilizzazioni soggette a deprezzamento, tale posta deve essere ammortizzata in modo proporzionale alla durata di utilizzo residua dei beni interessati. A seguito di verifica, l'Amministrazione finanziaria tedesca contestava alla società maggiori imposte per i periodi d'imposta successivi al trasferimento degli attivi alla stabile organizzazione olandese. Tali maggiori imposte erano derivanti dall'inclusione nella base imponibile del valore ammortizzato del plusvalore latente sugli attivi trasferiti alla stabile organizzazione olandese, plusvalore che, secondo l'orientamento già menzionato, l'Amministrazione finanziaria tedesca aveva acconsentito ad assoggettare ad imposizione su di un arco di dieci anni.

Dall'accertamento nasce tuttavia un contenzioso, all'interno del quale, è lo stesso Giudice tedesco a sollevare dubbi circa la compatibilità della normativa sopra cennata con i recenti orientamenti della Corte di Giustizia in tema di *exit tax*. In particolare, la questione posta dal Giudice nell'elevare il rinvio pregiudiziale è se sia compatibile con la libertà di stabilimento sancita dall'articolo 49 TFUE la circostanza per la quale una normativa nazionale stabilisca che il trasferimento, nell'ambito di una medesima impresa, di un bene economico da una stabile organizzazione nazionale ad una stabile organizzazione estera costituisca un prelevamento di beni aziendali destinato a finalità estranee all'esercizio dell'impresa, tale che, a seguito dell'emersione di plusvalenze latenti, venga in essere un utile da prelevamento di beni aziendali e un'ulteriore normativa nazionale offra la possibilità di ripartire uniformemente tale plusvalore su cinque o dieci esercizi annuali. Invero la questione elevata dal giudice tedesco pone alcuni profili di problematicità in quanto spontanea e di natura quantomeno parzialmente ipotetica.

Tale ultimo aspetto viene evidenziato dalla Verder LabTec, la quale chiede che la questione venga dichiarata inammissibile. La Corte ha modo di rilevare come la questione verta sulla riscossione dell'imposta scaglionata in dieci e non in cinque annualità e come pertanto la porzione della questione relativa alla riscossione in cinque annualità risulti irricevibile in ragione del suo carattere ipotetico. Ad essere esaminata nei profili di compatibilità con l'art. 49 TFUE è quindi una normativa tributaria la quale preveda, nel caso di trasferimento di attivi da una società situata

nel territorio di tale Stato membro ad una stabile organizzazione di tale società situata nel territorio di un altro Stato membro, la dichiarazione delle plusvalenze latenti collegate a tali attivi che siano state generate sul territorio del suddetto primo Stato membro, l'imponibilità di tali plusvalenze e la riscossione dell'imposta relativa a queste ultime scaglionata in dieci annualità. Nell'individuare la libertà di stabilimento quale base giuridica della decisione, la Corte ha modo di precisare come la libertà di stabilimento sia applicabile ai trasferimenti di attività di una società dal territorio di uno Stato membro verso un altro Stato membro e questo a prescindere dalla questione se la società interessata trasferisca la propria sede statutaria e la propria direzione effettiva al di fuori di tale territorio o se trasferisca attivi di una stabile organizzazione ubicata nel medesimo territorio verso un altro Stato membro (Corte giust., Sent. 18.07.2013, causa C 261/11 Commissione/Danimarca, non ancora pubblicata in raccolta, punto 28). La legislazione tedesca in oggetto ha, a giudizio della Corte, l'effetto di far emergere e tassare le plusvalenze latenti collegate agli attivi trasferiti alla stabile organizzazione ubicata in un altro Stato membro al momento del trasferimento. Tale effetto non si produrrebbe nel caso di un trasferimento analogo all'interno del territorio nazionale tedesco.

Conseguentemente, la Corte ravvisa l'emergere di una disparità di trattamento tale da comportare uno svantaggio finanziario per una società che intenda trasferire attivi ad propria una stabile organizzazione ubicata sul territorio di un altro Stato membro e da disincentivare una società di diritto tedesco dal trasferire i propri attivi in un altro Stato membro e da costituire, in ragione della comparabilità delle due situazioni trattate in maniera difforme, una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE. Accertata la presenza di una restrizione, la Corte passa in rassegna le cause di giustificazione avanzate dal Governo tedesco, il quale giustifica la normativa in oggetto sulla base di motivi imperativi d'interesse generale connessi alla preservazione della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri. La Corte si richiama al proprio *leading case* in tema di *exit tax* societarie, il caso *National Grid Indus*, nell'affermare come uno Stato membro, in caso di trasferimento di attivi ad una stabile organizzazione ubicata in un altro Stato membro, abbia il diritto, all'atto di tale trasferimento, di assoggettare ad imposizione le plusvalenze generate sul suo territorio prima del medesimo trasferimento. Infatti, un provvedimento di questo genere mirerebbe a prevenire situazioni tali da

compromettere il diritto dello Stato membro di provenienza di esercitare la propria competenza fiscale in merito alle attività realizzate sul proprio territorio (v., in tal senso, *National Grid Indus*, cit., in particolare, punti 45 e 46). A tal proposito, la Corte osserva, sempre richiamandosi a propria antecedente giurisprudenza, che uno Stato membro possa prevedere, ai fini della tassazione, un fatto generatore diverso dall'effettiva realizzazione delle plusvalenze in questione, al fine di garantire l'imponibilità degli attivi medesimi (Corte giust., Sent. 23-1-2014, causa C-164/12, DMC, non ancora pubblicata in raccolta, punto 53). Poiché la normativa tributaria oggetto del procedimento riguarda l'ipotesi del trasferimento di attivi ad una stabile organizzazione ubicata in uno Stato membro ove i relativi utili siano esenti da imposta, l'esposizione delle plusvalenze latenti inerenti agli attivi trasferiti, generate, anteriormente al trasferimento, nella sfera di giurisdizione fiscale della Germania, nonché la loro tassazione sarebbero volte a garantire la tassazione di tali plusvalenze non realizzate, generate nella sfera di giurisdizione fiscale di questo Stato membro. Per contro, la tassazione degli utili collegati a tali attivi e realizzati successivamente al trasferimento spetterebbe allo Stato membro sul territorio del quale sia ubicata detta stabile organizzazione. Alla luce di tale ricostruzione, la Corte, in convergenza peraltro con quanto concluso dall'Avvocato Generale Jääskinen (Conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen del 23-1-2014) conclude a favore dell'idoneità della normativa tributaria in oggetto ad assicurare il mantenimento della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri interessati, causa di giustificazione avanzata dal Governo tedesco.

Per quanto riguarda la proporzionalità della normativa oggetto del procedimento principale, la Corte osserva preliminarmente che, per uno Stato membro, ai fini della salvaguardia dell'esercizio della propria giurisdizione fiscale, appare proporzionato determinare l'importo dell'imposta dovuta sulle plusvalenze latenti, generate sul proprio territorio, inerenti agli attivi trasferiti al di fuori del proprio territorio, nel momento del trasferimento di questi ultimi al di fuori del territorio di tale Stato membro (si confronti la Sentenza DMC, cit., punto 60). La Corte si volge poi a considerare la proporzionalità delle modalità di riscossione e, in particolare, se la riscossione in dieci annualità possa costituire in tale frangente una misura proporzionata. Atteso che la riscossione dell'imposta relativa alle plusvalenze latenti scaglionata in cinque annualità era stata già ritenuta dalla Corte una misura

proporzionata per conseguire tale obiettivo (si confronti la Sentenza *DMC*, cit., Par. 64), la stessa Corte conclude come, *a fortiori*, una riscossione dell’imposta sulle plusvalenze latenti scaglionata in dieci anni, quale quella della normativa in oggetto, debba essere considerata come proporzionata.

2.2. – Il caso Commissione c. Germania (C-591/13 del 16-4-2015) affronta il tema, per certi versi connesso a quello alla base del caso *Verder LabTec*, delle implicazioni fiscali delle cessioni di attivi attribuibili a stabili organizzazioni. In particolare, il caso scaturisce da una procedura di infrazione avviata dalla Commissione nel 2009 a danno della Germania proprio con riferimento all’incompatibilità fra la libertà di stabilimento e una normativa tedesca che prevede il differimento dell’imposizione delle plusvalenze realizzate dalla cessione di attivi attribuibili ad una stabile organizzazione situata in Germania a condizione che i proventi derivanti dalla cessione vengano reinvestiti nell’acquisizione di attivi sostitutivi formanti a loro volta parte di una stabile organizzazione del medesimo soggetto purché situata in Germania. Per contro, il differimento non opererebbe con riguardo ad attivi sostitutivi riconducibili ad una stabile organizzazione estera.

La Corte inquadra la questione sulla base della libertà di stabilimento e ha modo di rimarcare agevolmente come la disparità di trattamento relativo a stabili organizzazioni situate, rispettivamente, in Germania e all'estero abbia l'effetto di scoraggiare società residenti in Germania a svolgere attività economica in un altro Stato membro, così da ostare all'esercizio della libertà di stabilimento.

Secondo lo schema consueto, la Corte procede poi all'esame delle cause di giustificazione addotte dalla Governo tedesco. In particolare, la Germania adduce primariamente la necessità di preservare l'allocazione della potestà impositiva. Tale causa di giustificazione è astrattamente accolta dalla Corte, la quale tuttavia, in maniera piuttosto inusuale rispetto ai canoni di analisi consueti, si volge subito ad enunciare i profili di proporzionalità di un tale tipo di giustificazione: in particolare, la Corte rammenta come per uno Stato membro sia proporzionato allo scopo di tutelare l'esercizio della propria competenza fiscale il determinare l'imposta dovuta sulle plusvalenze latenti realizzate nel proprio territorio nel momento in cui il proprio potere impositivo nei confronti della società interessata cessi di esistere (v in

tal senso, *National Grid Indus*, cit. Par. 52). La normativa tedesca in esame, tuttavia, non supererebbe tale *test* in quanto un eventuale reinvestimento di plusvalenze rientranti nella potestà impositiva tedesca, ai fini dell'acquisto di beni sostitutivi destinati a una stabile organizzazione del soggetto passivo situata nel territorio di un altro Stato membro, non sarebbe tale da implicare che la Germania debba rinunciare alla propria potestà impositiva sulle plusvalenze realizzate prima del differimento di queste ultime al di fuori del proprio territorio. A giudizio della Corte, sebbene la tassazione delle plusvalenze in occasione del reinvestimento di queste ultime, ai fini dell'acquisto di beni sostitutivi al di fuori del territorio nazionale, possa essere giustificata da motivi legati alla necessità di preservare la ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri, una normativa come quella tedesca sarebbe sproporzionata rispetto all'obiettivo legato alla necessità di preservare la ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri in quanto avrebbe l'effetto di prevedere, in qualsiasi caso, il recupero immediato dell'imposta su tali plusvalenze in occasione del loro reinvestimento al di fuori del territorio nazionale.

L'ulteriore causa di giustificazione avanzata dalla Germania è incentrata sull'esigenza di garantire la coerenza del proprio sistema fiscale. Tale giustificazione viene in tal caso riconosciuta dalla Corte, sulla scorta dell'osservazione per la quale, nel caso considerato, non possa essere dimostrata l'esistenza di un nesso diretto tra il beneficio fiscale previsto dalla normativa tedesca e la compensazione di tale beneficio tramite un determinato prelievo fiscale, atteso che la tassazione delle plusvalenze generate dalla cessione del bene sostitutivo non costituirebbe, in sé, il corrispettivo del differimento della tassazione delle plusvalenze risultanti dalla cessione del bene sostituito. In definitiva, il differimento nell'imposizione delle plusvalenze costituirebbe il corrispettivo dell'ulteriore tassazione delle plusvalenze risultanti dalla cessione del medesimo bene e non della tassazione delle distinte plusvalenze realizzate con la cessione del bene sostitutivo, talché il nesso diretto fra beneficio fiscale e prelievo fiscale non sarebbe ravvisabile, con conseguente impossibilità di invocare una giustificazione basata sulla coerenza del sistema.

Anche l'ultima causa di giustificazione avanzata dal Governo tedesco, invero piuttosto inconsueta in quanto incentrata sull'esigenza di promuovere investimenti, viene respinta. Tale ipotetica giustificazione pare invero essere stata peraltro

avanzata dalla Germania in maniera invero poco circostanziata, dal momento che il Governo tedesco non avrebbe né sostenuto né dimostrato che tale obiettivo non possa essere raggiunto senza ricorrere a trattamenti discriminatori nei confronti di investimenti transfrontalieri.

2.3. – Il Caso Commissione c. Regno Unito (caso C-112/14 del 13-11-2014) trae spunto da una procedura di infrazione avviata dalla Commissione nei confronti del Governo Britannico nel corso del 2011 e relativa alle modalità impositive dei redditi derivanti da società partecipate a ristretta base azionaria residenti all'estero rispetto al regime applicabile ai redditi di analoghe società partecipate situate nel Regno Unito. In particolare, soggetti residenti nel Regno Unito e detenenti una partecipazione superiore al 10% in una società a ristretta base azionaria situata in altri Stati membri sarebbero stati assoggettati a prelievo fiscale immediato sulle plusvalenze da cessione degli attivi delle società partecipate estere mentre tale imposizione automatica non sarebbe stata applicata con riferimento a partecipazioni in società a ristretta base azionaria situate nel Regno Unito. La procedura di infrazione era stata avviata dopo che il Regno Unito era venuto meno all'impegno di modificare la propria legislazione in materia a seguito di una notifica formale della Commissione risalente al 2009. In particolare, la normativa britannica oggetto di contestazione viene ritenuta dalla Commissione incompatibile con la libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 63 TFUE. La decisione di incentrare l'esame su tale libertà fondamentale in luogo, piuttosto, della libertà di stabilimento, è riconducibile alla circostanza per la quale la normativa inglese in oggetto trova applicazione con riferimento a società estere in cui vi sia una partecipazione superiore al 10%. L'individuazione della base giuridica di riferimento nell'art. 63 TFUE è altresì notevole in quanto suscettibile di estendere le conclusioni della Corte anche a società partecipate estere situate in uno Stato terzo. La Corte ha modo di rilevare agevolmente come la disparità di trattamento in ordine ai profili temporali dell'imposizione dei redditi di società partecipate, con la previsione di un'imposizione immediata con riferimento ai redditi di società estere, sia tale da scoraggiare investimenti in società estere da parte di soggetti britannici, con conseguente restrizione alla libera circolazione dei capitali. Le cause di

giustificazione avanzate dal Governo britannico erano, come prevedibile, incentrate sull'esigenza di contrastare l'elusione e l'evasione fiscali. Giurisprudenza consolidata della Corte ha rilevato come tale tipo di giustificazione sia ammissibile solo nella misura in cui intenda contrastare costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato (si confronti, Corte giust. Sent. 3-10-2013, causa C-282/12, *Itelcar*, non ancora pubblicato in Raccolta, Par. 34. Nel caso considerato, la Corte reputa che la normativa inglese vada oltre il necessario per perseguire l'obiettivo statuito. In conformità a recenti orientamenti della Corte, tale circostanza non si ravvisa in quei casi nei quali il contribuente abbia la possibilità, senza essere assoggettato ad indebiti oneri amministrativi, di fornire la prova di una giustificazione economica soggiacente all'operazione in oggetto (si confronti *Itelcar*, cit., Par. 37). Per contro, la normativa britannica in esame troverebbe applicazione in maniera indiscriminata e non consente ai contribuenti interessati di dare evidenza della sostanza economica soggiacente al loro investimento. Di conseguenza la Corte ha agevolmente modo di rilevare come la normativa in oggetto sia idonea ad ostare alla libera circolazione dei capitali, conclusione rispetto alla quale il governo Britannico è risultato peraltro acquiescente.

2.4. – Il caso *Kronos* (C-47/12 dell'11-11-2014) affronta la tematica, classica nell'ambito della giurisprudenza europea in materia di imposte dirette, dei meccanismi di prevenzione della doppia imposizione economica con riferimento ai dividendi. Al contempo, la Corte affronta la tematica alla luce di alcuni elementi peculiari come l'interazione fra la normativa interna e la normativa recata dai trattati nonché relativamente alla rilevanza di vantaggi riconducibili al valore finanziario del tempo nell'applicazione di metodologie alternative di risoluzione della doppia imposizione dei dividendi. La sentenza in rassegna prende spunto dal caso di una società costituita negli Stati Uniti ma avente la propria sede di direzione effettiva in Germania. La società in oggetto svolge attività di *holding* detenendo partecipazioni di controllo in numerose società situate in altri Stati membri. Nel periodo compreso fra il 1991 e il 2002, *Kronos* ricevette dividendi da società controllate situate sia in altri Stati membri sia in Stati terzi. Sulla base del meccanismo del credito d'imposta previsto dalla normativa tedesca dell'epoca con riferimento ai dividendi e in ragione

del conseguimento di perdite da parte di *Kronos*, la stessa società aveva presentato istanza di rimborso sulle imposte societarie pagate dalle proprie controllate estere, alla quale tuttavia l'Amministrazione finanziaria tedesca opponeva un diniego alla luce della circostanza per la quale, sulla base delle convenzioni contro le doppie imposizioni fra la Germania e gli Stati in cui le società controllate da *Kronos* erano situate, i dividendi percepiti da *Kronos* sarebbero stati esenti da imposta in Germania. I dividendi non erano del pari considerati in sede di calcolo dell'importo dell'imposta della società beneficiaria. Pertanto, tali dividendi non influivano né sulla base imponibile della società *Kronos* né sulle perdite eventualmente riportabili dalla medesima. Il rinvio pregiudiziale elevato dai Giudici tedeschi alla Corte contempla sia l'esame di profili relativi alla libera circolazione dei capitali sia profili relativi alla libertà di stabilimento. La Corte propende per il considerare unicamente i profili relativi alla libera circolazione dei capitali, atteso che, con riferimento ai profili impositivi dei dividendi di fonte estera, non si rinviene una distinzione fra una situazione, come quella in esame, ove vi sia una relazione di controllo e altre ove tale relazione difetti, atteso che, nel caso considerato, analogo regime di esenzione dall'imposta societaria tedesca dei dividendi in entrata avrebbe trovato applicazione, sulla base delle convenzioni contro le doppie imposizioni rilevanti, con riferimento a soglie di partecipazione superiori al 10%. Decisivo nella qualificazione della Corte pare tuttavia il ricorso ad alcuni precedenti in base ai quali l'esame dell'oggetto di una normativa nazionale è sufficiente per stabilire se il trattamento fiscale di tali dividendi ricada sotto le disposizioni del TFUE relative alla libera circolazione dei capitali, ove una normativa nazionale relativa al trattamento fiscale di dividendi originari di paesi terzi non sia idonea a ricadere nella sfera di applicazione dell'articolo 49 TFUE (v., in tal senso, Corte giust., Sent. 12-12-2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Racc. pag. I-11753, Par. 96 e 97).

Sotto il fronte dell'esistenza di una disparità di trattamento tale da configurare una restrizione alla libera circolazione dei capitali, la Corte afferma che essa fissa un criterio distintivo basato sull'inclusione di un reddito in sede di calcolo della base imponibile, con conseguente trattamento differenziato dei dividendi in funzione del luogo di residenza della società distributrice. A tal proposito, la Corte ha modo di rilevare come la normativa tedesca applicabile alla situazione considerata fissi in effetti un criterio distintivo basato sull'inclusione di un reddito in sede di calcolo

della base imponibile, con conseguente trattamento differenziato dei dividendi in funzione del luogo di residenza della società distributrice dei dividendi. A fronte di tale circostanza, la Corte rileva come l'articolo 63 TFUE imponga ad uno Stato membro, il quale applichi un sistema di prevenzione della doppia imposizione economica nel caso di dividendi versati a società residenti da altre società residenti, l'obbligo di concedere un trattamento equivalente ai dividendi versati a società residenti da società non residenti (v. sentenze *Test Claimants in the FII Group Litigation*, cit., Par. 38). Al contempo, la Corte ha modo di osservare che uno Stato membro è, in linea di principio, libero di evitare l'imposizione a catena dei dividendi percepiti da una società residente optando per il regime dell'esenzione allorché i dividendi vengano versati da una società residente e per il regime dell'imputazione allorché essi siano corrisposti da una società non residente. Ad avviso della Corte, questi due regimi sono infatti equivalenti, a condizione peraltro che l'aliquota d'imposta sui dividendi di origine estera non sia superiore a quella applicata ai dividendi di origine nazionale e che il credito d'imposta sia perlomeno pari all'importo versato nello Stato della società distributrice, sino a concorrenza dell'importo dell'imposta applicata nello Stato membro della società beneficiaria (sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation*, cit., punto 39, e giurisprudenza ivi citata). Pertanto, ogni Stato membro sarebbe, in linea di principio, libero di evitare l'imposizione a catena dei dividendi percepiti da una società residente optando per il regime dell'imputazione allorché i dividendi vengano versati da una società residente e per il regime dell'esenzione allorché essi siano versati da una società non residente.

Ad ogni modo, la Corte del pari rileva come, qualunque sia il meccanismo adottato per prevenire o attenuare l'imposizione a catena o la doppia imposizione economica, le libertà di circolazione garantite dal Trattato ostano a che uno Stato membro riservi ai dividendi di origine estera un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato ai dividendi di origine nazionale, salvo che questa differenza di trattamento riguardi situazioni non oggettivamente comparabili ovvero giustificata da motivi imperativi di interesse generale (v., in tal senso, Corte giust., Sent. 7-9-2004, causa C-319/02, *Manninen*, Racc. pag. I 7477, punti 20 - 55, e *Test Claimants in the FII Group Litigation*, cit., punto 46). Tuttavia, nel caso in esame, la Corte ha modo di ravvisare come l'applicazione del regime di esenzione rispetto ai

dividendi percepiti dalle società non residenti non comporti, dal punto di vista dell'obiettivo della prevenzione della doppia imposizione economica, profilo rilevante in quanto obiettivo perseguito dalla normativa tedesca sotto esame, un trattamento meno favorevole di detti dividendi rispetto a quelli distribuiti dalle società residenti. Infatti, i dividendi distribuiti da una società residente in un altro Stato membro o in uno Stato terzo erano esenti da imposta in Germania e non erano considerati in sede di calcolo dell'importo dell'imposta della società beneficiaria. Pertanto, tali dividendi non influivano né sulla base imponibile della società beneficiaria né sulle perdite eventualmente riportabili di questa ultima. Peraltro, poiché i dividendi distribuiti da società non residenti non erano considerati in sede di determinazione dell'imposta dovuta dalla società beneficiaria, il regime di esenzione faceva sì che, a fronte di una situazione in cui la società beneficiaria registrasse perdite o potesse far valere, per l'esercizio fiscale considerato, perdite precedenti, i dividendi distribuiti non subissero neppure una doppia imposizione economica. In definitiva, poiché la società beneficiaria non veniva tassata in Germania sui dividendi percepiti, indipendentemente dall'aliquota d'imposta applicabile, con riguardo alla società distributrice, agli utili sottostanti e dal quantum dell'imposta da questa effettivamente assolta, il regime di esenzione consentiva, eventualmente, di salvaguardare il beneficio di un'imposizione inferiore nello Stato della società distributrice di dividendi. Inoltre, sotto il profilo amministrativo, la società Kronos non era assoggettata ad oneri accessori in ragione della provenienza estera dei dividendi percepiti.

La Corte concede che il rimborso dell'imposta versata dalla società distributrice di dividendi potrebbe essere considerato come un beneficio di cassa. A tal proposito, dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'esclusione di un vantaggio di cassa in un contesto transfrontaliero, invece concesso in una situazione equivalente nel territorio nazionale, costituisce una restrizione della libera circolazione dei capitali (si confronti, Corte giust. Sent. 12-7-2012, causa C 269/09, Commissione c. Spagna, non ancora pubblicata in Racc., punto 59). Al contempo, il diniego di rimborso e la disparità di trattamento così rilevata si spiegano con una disparità di situazione oggettiva. Infatti, rispetto al rimborso dell'imposta versata dalla società distributrice dei dividendi, come richiesto dalla Kronos, una società che percepisce dividendi provenienti dall'estero non si trova in una situazione paragonabile a quella

di una società che percepisce dividendi di provenienza nazionale. La differenza fra le due situazioni è riconducibile in particolare al fatto che la Repubblica federale di Germania ha rinunciato, in seguito alla conclusione di convenzioni contro la doppia imposizione con altri Stati membri e con Stati terzi, all'esercizio della propria giurisdizione fiscale sui dividendi distribuiti dalle società residenti di detti Stati. In una situazione in cui lo Stato membro non eserciti la propria giurisdizione fiscale sui dividendi in entrata, né tassandoli, né prendendoli in considerazione in altro modo in capo alla società beneficiaria, i suoi obblighi, in quanto Stato in cui ha sede la società beneficiaria dei dividendi, non si estendono sino a dover compensare il carico fiscale risultante dall'esercizio delle competenze fiscali di un altro Stato membro o di un altro Stato terzo. Sulla scorta dell'analisi complessivamente condotta, la Corte conclude che l'articolo 63 TFUE debba essere interpretato come nonostante all'applicazione del regime di esenzione ai dividendi distribuiti da società con sede in altri Stati membri e in Stati terzi, laddove il regime di imputazione sia applicato ai dividendi distribuiti da società con sede nello stesso Stato membro della società beneficiaria e, nell'ipotesi in cui la società beneficiaria medesima registri perdite, il regime di imputazione faccia sì che l'imposta versata dalla società distributrice residente venga in tutto o in parte rimborsata.

2.5. – Il caso *Nordea Bank* (Caso C-48/13 del 17-7-2014) affronta la tematica dell'utilizzo transfrontaliero di perdite attribuibili a stabili organizzazioni a seguito di riorganizzazioni e si inserisce pertanto in un altro filone piuttosto classico della giurisprudenza della corte. La decisione trae spunto da fatti riguardanti la riorganizzazione di una società bancaria. Originariamente Nordea Bank aveva esercitato attività di banca al dettaglio in Finlandia, in Svezia e in Norvegia tramite stabili organizzazioni dai risultati operativi deficitari e ha pertanto legalmente dedotto le relative perdite dal suo reddito imponibile in Danimarca. Nel 2000, tali stabili organizzazioni sono state chiuse e le rispettive attività assorbite da società controllate dallo stesso gruppo. Tale operazione è stata considerata come una cessione parziale di attività. Conseguentemente, nel condurre un accertamento, le Autorità fiscali danesi hanno reintegrato nell'utile imponibile della Nordea Bank le perdite in precedenza dedotte in relazione alle attività cedute, nella misura in cui non

fossero state compensate da utili successivi. L'accertamento ha generato un contenzioso in senso al quale Nordea Bank contesta l'incompatibilità della ripresa fiscale, basata, in sostanza, sul reintegro di perdite conseguite da stabili organizzazioni che risultino chiuse a seguito dell'assorbimento da parte di società controllate dalla casa madre negli Stati ove le stabili organizzazioni erano situate, con la libertà di stabilimento ai sensi del combinato degli articoli 49 e 54 TFUE. Sul punto la Corte osserva come la libertà di stabilimento venga ostacolata qualora, ai sensi della legislazione di uno Stato membro, una società residente che detiene una controllata o una stabile organizzazione in un altro Stato membro o in un altro Stato parte dell'Accordo SEE subisca una disparità di trattamento fiscale svantaggiosa rispetto a una società residente che detiene una stabile organizzazione o una controllata nel primo Stato membro (si confrontino in tal senso, in particolare, Corte giust., Sent. 27-11-2008, causa C-418/07, *Papillon*, Racc. pag. I - 8947 punti da 16 a 22, e Corte giust., Sent. 04-7-2013, causa C-350/11, *Argenta Spaarbank*, non ancora pubblicata in Racc., punti 20 - 34). Richiamandosi poi a propria precedente giurisprudenza, la Corte individua nella possibilità di considerare le perdite di una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un altro Stato parte dell'Accordo SEE ai fini della determinazione dei risultati e del calcolo del reddito imponibile della società principale un vantaggio fiscale (Corte giust., Sent. 15-5-2008, causa C-414/06, *Lidl Belgium*, Racc. pag. I-3601, punto 23).

La Corte ha modo di osservare come la normativa danese così come applicata dalle locali Autorità fiscali sortisca l'effetto di privare di un siffatto vantaggio le società danesi che detengono stabili organizzazioni all'estero rispetto a quelle che detengono stabili organizzazioni in Danimarca. Infatti, la normativa risulta prevedere la reintegrazione delle perdite legalmente dedotte in relazione alle stabili organizzazioni estere cedute mentre tale reintegrazione non è prevista in caso di cessione, a condizioni identiche, di stabili organizzazioni situate in Danimarca. La Corte conclude la propria analisi con l'osservazione che siffatto trattamento svantaggioso è idoneo a scoraggiare il ricorso alla libertà di stabilimento e si configura pertanto come una restrizione della stessa. La Corte procede poi, secondo la propria consueta metodologia, ad effettuare un *test* di comparabilità delle situazioni considerate e a prendere in considerazione le cause di giustificazione avanzate dal Governo danese. In ordine ai profili di comparabilità, la Corte ha modo

di rilevare agevolmente come, in linea di principio, le stabili organizzazioni situate in un altro Stato membro o in un altro Stato parte dell'Accordo SEE non si trovano in una situazione comparabile a quella delle stabili organizzazioni residenti in riferimento alle misure previste da uno Stato membro al fine di prevenire o di attenuare la doppia imposizione degli utili di una società residente. La Corte ha però modo di osservare che la Danimarca, esercitando la propria potestà impositiva sulle stabili organizzazioni estere interessate ha di fatto assimilato queste ultime alle stabili organizzazioni residenti per quanto riguarda la deduzione delle perdite (si confronti, Corte giust., Sent. 14-12-2006, causa C-170/05, *Denkarit Internationaal e Denkarit France*, punti 34 e 35). Accertata la situazione di comparabilità, la Corte passa poi in rassegna la necessità di garantire una ripartizione equilibrata dei poteri impositivi tra gli Stati membri in relazione alla prevenzione dell'elusione fiscale.

Tale causa di giustificazione avanzata dal Governo danese si presenta come piuttosto innovativa in quanto unisce due istanze tendenzialmente mantenute su piani distinti nella antecedente prassi degli Stati interessati da analoghi procedimenti della Corte. La Corte pone qui tuttavia l'accento sulla seconda dimensione, in quanto l'obiettivo della legislazione danese sarebbe essenzialmente quello di prevenire il rischio di elusione fiscale che può determinarsi, in particolare, nel caso in cui un gruppo organizzi le proprie attività in maniera tale da dedurre dal proprio reddito imponibile in Danimarca le perdite di una stabile organizzazione con risultati operativi deficitari situata in Finlandia, in Svezia o in Norvegia, per poi, una volta che tale stabile organizzazione è diventata redditizia, trasferirne le attività in una società da esso controllata, che sia però soggetto passivo non già in Danimarca, bensì in Finlandia, in Svezia o in Norvegia.

Ricollegandosi poi all'esigenza di garantire una ripartizione equilibrata dei poteri impositivi fra gli Stati membri, la Corte osserva come, una volta perduto il potere impositivo su eventuali utili futuri, una siffatta costruzione eroderebbe artificialmente la sua base imponibile e, pertanto, pregiudicherebbe la ripartizione del potere impositivo fra gli Stati interessati, legati da uno dei pochi esempi di convenzione contro le doppie imposizioni di matrice multilaterale (la cosiddetta Convenzione Nordica). La Corte osserva tuttavia come, una normativa la quale preveda che, in caso di cessione, da parte di una società residente, di una stabile

organizzazione situata in un altro Stato membro o in un altro Stato parte dell'Accordo SEE a una società non residente dello stesso gruppo, le perdite in precedenza dedotte in relazione alla stabile organizzazione ceduta siano reintegrate nel reddito nella misura in cui il primo Stato membro assoggetti a imposta gli utili realizzati in relazione a detta stabile organizzazione prima della cessione, compresi quelli derivanti dalla plusvalenza realizzata in occasione della cessione stessa, vada oltre quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo relativo alla necessità di salvaguardare la ripartizione equilibrata del potere impositivo.

Corte giust. (Terza Sezione), 21 maggio 2015, nella causa C-657/13, 21 Verder LabTec GmbH & Co. KG contro Finanzamt Hilden

«Rinvio pregiudiziale - Fiscalità - Libertà di stabilimento - Articolo 49 TFUE - Restrizioni - Riscossione scaglionata dell'imposta relativa alle plusvalenze latenti - Tutela della ripartizione dei poteri impositivi tra gli Stati membri - Proporzionalità», non ancora pubblicata in Racc.

Corte giust. (Terza Sezione), 16 aprile 2015, nella causa C-591/13, Commissione europea contro Repubblica federale di Germania

«Inadempimento di uno Stato - Normativa tributaria - Differimento della tassazione delle plusvalenze generate dalla cessione a titolo oneroso di alcuni beni d'investimento - Recupero dell'imposta - Libertà di stabilimento - Articolo 49 TFUE - Articolo 31 dell'accordo SEE - Disparità di trattamento tra stabili organizzazioni situate nel territorio di uno Stato membro e stabili organizzazioni situate nel territorio di un altro Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo - Proporzionalità», non ancora pubblicata in Racc.

Corte giust. (Ottava Sezione), 13 novembre 2014, nella causa C-112/14, Commissione europea c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord

«Inadempimento di uno Stato – Libertà di stabilimento – Libera circolazione dei capitali – Articoli 49 TFUE e 63 TFUE – Articoli 31 e 40 dell'accordo SEE –

Normativa fiscale nazionali – Attribuzione di plusvalenze a soggetti partecipanti in società a ristretta base azionaria – Disparità di trattamento fra società residenti e non residenti – Costruzioni di puro artificio - Proporzionalità», non ancora pubblicato in Racc.

Corte giust. (Prima Sezione), 11 settembre 2014, nella causa C-47/12, Kronos International Inc. contro Finanzamt Leverkusen.

«Rinvio pregiudiziale - Articoli 49 TFUE e 54 TFUE - Libertà di stabilimento - Articoli 63 TFUE e 65 TFUE - Libera circolazione dei capitali - Normativa tributaria - Imposta sulle società - Normativa di uno Stato membro volta all'eliminazione della doppia imposizione dei dividendi distribuiti - Regime di imputazione applicato ai dividendi distribuiti da società residenti nello stesso Stato membro della società beneficiaria - Regime di esenzione applicato ai dividendi distribuiti dalle società residenti in uno Stato membro diverso da quello della società beneficiaria o in uno Stato terzo - Differente trattamento delle perdite della società beneficiaria dei dividendi», non ancora pubblicato in Racc.

Corte giust. (Grande Sezione), 17 luglio 2014, Nordea Bank Danmark A/S contro Skatteministeriet.

«Domanda di pronuncia pregiudiziale: Østre Landsret (cour d'appel de la région Est) - Danimarca.

Normativa tributaria - Libertà di stabilimento - Imposta nazionale sugli utili - Tassazione dei gruppi societari - Tassazione dell'attività di stabili organizzazioni estere di società residenti - Prevenzione della doppia imposizione mediante imputazione dell'imposta (metodo dell'imputazione) - Reintegrazione delle perdite in precedenza dedotte in caso di cessione della stabile organizzazione a una società dello stesso gruppo sulla quale lo Stato membro considerato non esercita il suo potere impositivo», non ancora pubblicato in Racc.



SPAGNA - La Catalogna se *desconecte*, la Spagna risponde

di Anna Mastromarino

Non manca in queste ore chi si è spinto a paragonare la tensione che sta vivendo la Spagna a quella che accompagnò i giorni successivi al Golpe di Tejero nel 1981. Anche a non voler scomodare la storia, quel che è certo è che la situazione oltre i Pirenei (...effettivamente anche le istituzioni portoghesi non sembrano poter trovare pace) è divenuta negli ultimi giorni via via più calda.

Ripercorriamo i fatti.

Le elezioni dello scorso 27 settembre per il rinnovo della Generalitat catalana hanno visto affermarsi le forze indipendentiste rappresentate dalla coalizione *Junts pel si* e dalla *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP). Insieme hanno raccolto il 47,7% dei voti: un buon risultato se la proposta elettorale non fosse stata congegnata sin da principio al fine di dedurre dal voto la volontà dei cittadini di fare della Catalogna uno Stato indipendente.

Con il 47,7% dei voti, infatti, si vincono le elezioni, ma non si avvia un processo di secessione, come insegna la recente esperienza scozzese, dal momento che viene a mancare il favore di quella “chiara maggioranza” che a partire dalla sentenza del 1998 della Corte Suprema canadese, è considerata sul piano

internazionale *condicio sine qua non* per aprire un processo bilaterale che possa condurre alla dichiarazione di indipendenza di un territorio.

A ciò si aggiunga che, da un punto di vista che potremmo definire di “psicologia elettorale”, quel 47,7% di voti ottenuti dagli indipendentisti difficilmente può costituire una fedele proiezione dei consensi che un’eventuale referendum sulla secessione della Catalogna dalla Spagna potrebbe raccogliere. La natura dicotomica delle consultazioni plebiscitarie basata sulla netta distinzione fra sì e no, con le immediate conseguenze che da essa discendono, inducono nell’elettore una cautela, un timore rispetto alle conseguenze per il futuro che condizionano pesantemente i voto e che non sono altrimenti presi in considerazione nelle elezioni politiche, dove la preferenza accordata è finalizzata alla rappresentanza politica e non alla produzione di un effetto giuridico immediato.

Che il Parlamento neo-eletto non avrebbe avuto vita facile era stato subito ipotizzato da giuristi ed analisti, i quali avevano sottolineato la distanza che, al di là dell’afflato indipendentista, separa i partiti che compongono la coalizione per il sì, dalla vocazione anticapitalista di CUP.

E siccome, come spesso accade, pur essendo concordi sul “cosa” non si convergono affatto sul “come”, la strada per la Catalogna, all’indomani del 27 settembre, è apparsa tutta in salita, al punto che, trascorsi oltre quaranta giorni dalle elezioni, i parlamentari di maggioranza, ancora mentre si scrivono queste brevi note, stentano a giungere ad un accordo circa il candidato da eleggere alla presidenza della Generalitat.

Il nome di Artur Mas, protagonista nelle rivendicazioni indipendentiste degli ultimi anni, trova, infatti, la decisa opposizione di Antonio Baños e dei suoi del CUP. Si sono detti irremovibili sul punto e i risultati dei primi confronti, voti alla mano in Parlamento, sembrano confermarlo. Tutto si giocherà a partire dalle prossime votazioni quando, accantonata la maggioranza assoluta, il leader di Convergencia, per poter essere eletto, potrà puntare alla maggioranza semplice, d’altra parte ottenibile solo qualora almeno due parlamentari del CUP si astengano dal voto, il che, allo stato attuale, pare quantomeno difficile. La preclusione a Mas, infatti, parrebbe radicarsi su convinzioni profonde, piuttosto che essere giustificata da mere logiche di opportunismo politico. Giocano a sfavore della rielezione del

presidente uscente le gravi accuse di corruzione che gli sono state rivolte, la politica di tagli ai servizi sociali adottata durante il suo mandato e la personalizzazione cui ha piegato il processo di indipendenza, al punto da paventare che esso potrebbe bruscamente interrompersi se venisse meno la sua guida.

Ma non è tutto. Se fosse tutto, non si giustificherebbe l'allarmismo che attraversa le istituzioni spagnole in questi giorni: il Belgio ci ha insegnato che persino un' federazione può sopravvivere anni senza un governo, figuriamoci una comunità autonoma, per trascendente che sia la sua posizione rispetto al resto della nazione.

Infatti, mentre i parlamentari catalani si affrontano in una sfinente guerra di nervi per giungere ad un accordo che permetta l'elezione del presidente della Generalitat, scongiurando lo scioglimento anticipato e l'indizione di nuove elezioni (verosimilmente nel prossimo marzo), con un atto che denota un certo autismo politico, il 27 ottobre è stata presentata all'Assemblea legislativa della comunità una proposta d'indipendenza unilaterale della Catalogna. Una proposta immediatamente calendarizzata, votata e approvata lo scorso 9 novembre dalla maggioranza assoluta composta dagli eletti di JXSi e CUP.

Non è difficile immaginare quale terremoto politico abbia immediatamente scatenato la dichiarazione.

Pur in assenza di un Governo in grado di dare attuazione futura a quello che allo stato attuale appare più un proclama dai dubbi sviluppi politici; pur ritenendo che si tratti dell'ennesima sfida lanciata dagli indipendentisti catalani al Governo centrale, in attesa che i nervi cedano e la situazione precipiti; pur auspicando che l'ordine costituito ed il corpo sociale spagnolo trovino in sé la forza di reagire ad una simile provocazione, non di meno la dichiarazione del Parlamento catalano rappresenta, a tutti gli effetti, un *vulnus* inferto al cuore dell'ordinamento costituzionale spagnolo.

Nel proclamare l'apertura di un processo costituente che porterà alla scrittura della futura costituzione catalana, la risoluzione adottata dal Parlamento incarica il Governo di assumere, entro il limite massimo di trenta giorni, le misure necessarie per "obrir aquest procés de desconnexió democràtica, massiva sostinguda i pacífica amb l'Estat espanyol".

Aggiunge, ed il tono si fa minaccioso, che il Parlamento catalano in quanto depositario della sovranità e titolare del potere costituente per il futuro non si considererà vincolato ad alcuna decisione assunta dalle istituzioni spagnole, tantomeno a quelle del Tribunale costituzionale; che il processo di “disconnessione” è irreversibile; che il Governo della comunità è diffidato dal dare esecuzione ad altre norme che non siano quelle emesse direttamente dalle istituzioni catalane.

La reazione delle istituzioni centrali alla dichiarazione è stata istantanea. Immediatamente è stato riunito, in seduta straordinaria, il Consiglio dei ministri che, lo stesso 11 novembre, ha presentato ricorso al Tribunale costituzionale sulla base del parere emesso dal *Consejo de Estado* che aveva considerato il testo votato il 9 novembre un documento che implica la “vulneración evidente” del nucleo centrale della Costituzione spagnola, presupponendo una “declarada insumisión a las instituciones del Estado” e negando “el orden constitucional vigente en su conjunto”.

Al TC si chiedeva, innanzitutto, di deliberare la sospensione immediata della dichiarazione e di ogni suo effetto (questa volta nessuno ha dubitato dell’ammissibilità dell’oggetto, dal momento che la questione della ricevibilità di un ricorso avverso una dichiarazione parlamentare era stata superata nella pronuncia emessa il 25 marzo 2014 in merito alla legittimità costituzionale della risoluzione 5/X del 23 gennaio 2014). Si chiedeva altresì di intervenire in forza dei poteri assegnati alla Corte dall’art. 92.4 LOTC, diffidando e paventando la destituzione dall’incarico per coloro che, disobbedendo, una volta eventualmente emessa la sentenza di sospensione, non vi si fossero adeguati.

Il punto, effettivamente merita attenzione. È noto, ma vale la pena ricordarlo in questa sede, che, nonostante le critiche e le perplessità sollevate dalla proposta di legge, lo scorso 16 ottobre (L.O. 15/2015) in Spagna si è proceduto alla modifica della legge organica del Tribunal Constitucional (LOTC), attribuendo allo stesso poteri esecutivi per quel che concerne i casi in cui si ravvisino ipotesi di inadempimento delle prescrizioni contenute nelle sue decisioni. Fra le misure che possono essere assunte dal Tribunale vi è la sospensione dalle funzioni delle autorità o degli impiegati dell’amministrazione pubblica che si rendano responsabili di inadempimento. Difficile non ricondurre la *ratio* delle modifiche assunte alle vicende

catalane; ancor più difficile immaginare che il disconoscimento esplicito fatto dalla dichiarazione rispetto all'operato del TC non trovi ragione nei nuovi poteri ad esso assegnati.

A distanza di poche ore dal deposito del ricorso, riunito nel *plenum*, il Tribunale costituzionale, lo stesso 11 novembre, ha dichiarato sospesa la risoluzione adottata il 9 novembre, limitandosi, per quel che riguarda l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 92.4 LOTC, a ricordare l'obbligo di adempimento delle sentenze del Giudice delle leggi che grava su tutti i funzionari pubblici, e specialmente su quelli espressamente richiamati da Madrid nel suo ricorso.

È difficile dire allo stato attuale quali saranno le conseguenze cui condurrà la risoluzione adottata dal Parlamento. La decisione del TC sospende l'atto ed i suoi effetti giuridici, ma non lo sterilizza dal punto di vista politico. Ed è su questo piano che probabilmente possono essere svolte alcune considerazioni. Tutt'altro che definitive, visto lo stato magmatico in cui sembra evolvere la situazione spagnola. Utili, forse, a soffermarsi su alcuni aspetti della questione catalana, affinché, pur in assenza di tempo (che pare essere divenuta una risorsa scarsa negli ultimi giorni in Spagna), si possa nuovamente trovare uno spazio per una riflessione depurata dal sentimento assoluto di contrapposizione che ormai caratterizza l'agire di entrambe le parti.

Si potrebbe cominciare con il dire, ad esempio, che la *disconnessione* di cui parla la risoluzione ed a cui mirano gli indipendentisti rischia di compiersi più nei confronti della realtà che rispetto al resto della Spagna

I toni assunti dal leader Mas nel portare avanti la sua crociata indipendentista, effettivamente, sono ormai quelli usati tradizionalmente dai più smaliziati populismi, laddove si pretende esercitare sul potere un monopolio che invoca a proprio sostegno l'esistenza di un popolo mitico, omogeneo, indifferenziato. Un popolo che non corrisponde ai corpi plurali e complessi delle società contemporanee. Un popolo che sicuramente non rappresenta la consolidata società democratica catalana. Da qui le critiche di CUP che reputa inammissibile il processo di identificazione nella persona di Mas cui è stato progressivamente piegato il progetto indipendentista e ad esso si oppone.

Ma si dovrebbe anche sottolineare il fallimento cui sembrano comunque destinate, nel lungo periodo, le azioni del Governo centrale volte a inibire una volta per tutte le rivendicazioni nazionaliste in Catalogna solo ricorrendo agli istituti giuridici offerti dall'ordinamento. È sbagliato il fine. Sono sbagliati i mezzi.

I sentimenti nazionalisti non sono recettivi all'imposizione di diritto. Anzi ad essa reagiscono con orrore vivendo l'ordine costituito, che ritengono non li rappresenti, come una costrizione e uno stato di oppressione. I sentimenti nazionalisti sono piuttosto sensibili ai processi di integrazione che generano appartenenza.

Da tempo in Spagna il dialogo politico, la diplomazia politica, il confronto politico hanno ceduto il passo alle fredde dinamiche istituzionali, senza tenere conto che agli eccessi delle passioni, spesso refrattarie alla ragione, risvegliate dal discorso nazionalista (condivisibile o meno), si potrà rispondere con gli strumenti del diritto, solo dopo aver creato le basi per la loro condivisione.

Accantonato ogni tentativo reale di confronto, in Spagna la questione catalana è stata affrontata a colpi di dichiarazioni e risoluzioni parlamentari; di plurimi ricorsi dinnanzi al Tribunale costituzionale, legittimi, spesso resi necessari dalle circostanze ma pur sempre pagati a caro prezzo dallo stesso TC, che negli anni ha visto la propria autorevolezza seriamente messa in discussione; di riforme legislative *ad hoc*, come nel recente caso di modifica della LOTC; di dinieghi e di consultazioni pseudo-popolari e pseudo.giuridiche.

Fra alcuni costituzionalisti si paventa addirittura il possibile ricorso, come *extrema ratio*, all'art. 155 della Costituzione, che, pur senza giungere ad autorizzare la destituzione delle autorità autonomiche, permette al Governo di adottare ogni misura necessaria contro quell'atto assunto da una comunità autonoma che costituisca un grave attentato all'interesse generale della Spagna.

D'altra parte è chiaro a tutti che non è questo il clima politico in cui il dialogo può essere ripreso; non è questo il clima politico per cominciare un serio dibattito circa il futuro della costituzione spagnola e la sua revisione in senso federale: non è questo il clima politico, non possono essere questi gli attori, ormai condizionati nel loro agire da anni di duro e acceso scontro.

Si potrebbe dire che al punto in cui si è giunti persino la richiesta ancora sostenuta da taluni, per esempio dagli eletti di *Podemos* (che in Catalogna si presenta con la sigla *Catalunya, Si que es Pot*) di indire un referendum popolare sulla falsa riga di quello svolto lo scorso anni in Scozia, appare ormai fuori luogo, dal momento che il carattere dicotomico di una siffatta consultazione, che non ammette sfumature, finirebbe con l'inasprire ulteriormente gli animi, portando al limite la contrapposizione.

Ed allora bisognerà aspettare forse il 20 dicembre perché qualcosa cambi, dal momento che, lo si voglia o no, la questione catalana è già nell'agenda elettorale delle forze che si presenteranno alle elezioni nazionali. E che lo si voglia o no, le elezioni di dicembre rappresenteranno anche un'investitura del popolo spagnolo al Governo, affinché apra un tavolo di confronto con la Catalogna per avviare insieme un processo di rinnovamento delle istituzioni spagnole e della sua organizzazione territoriale.

E forse nel frattempo bisognerà sperare, per quel che concerne il versante catalano, nell'uscita di scena o nel progressivo superamento del protagonismo di quei leader che hanno guidato sino ad oggi il movimento indipendentista in Catalogna, la cui presenza sulla scena politica contribuisce oggi ad alimentare il dialogo fra sordi e muti cui si è ormai ridotto il confronto fra Madrid e Barcellona.

Non tutto è perduto, dunque, anche se un timore resta e non può essere taciuto.

Il fatto che sia andata consolidandosi nella comunità internazionale l'idea che è possibile portare a termine un processo di secessione senza ricorrere all'uso della violenza, attraverso la stipulazione di accordi bilaterali in grado di "accompagnare" il neo-Stato verso l'indipendenza, sostenendo al contempo lo Stato nucleo nell'elaborazione del lutto per la perdita subita, ciò non significa che la secessione rappresenti ormai un evento del tutto "domato" (chi scrive ha parlato altrove di *addomesticamento* della secessione) e che non possano darsi più casi, almeno nel contesto occidentale delle democrazie liberali consolidate, di secessione unilaterale.

È vero che questa rappresenta oggi un'ipotesi estremamente improbabile. Non di meno i fatti catalani ed il tono della dichiarazione approvata lo scorso 9 novembre devono indurci a ricordare che la secessione appartiene al mondo dell'*extra giuridico* e

come tale non si sottomette al *Kratos*, al potere costituito, perché è alimentata dalla forza vitale *Bia*, ontologicamente refrattaria a riconoscere validità agli atti che promanano dall'ordine costituito, che diviene impotente quando essa si attiva. La secessione dunque, anche se non negoziata può imporsi per le vie di fatto e attraverso quelle vie può tentare di trovare riconoscimento a livello internazionale.

Che ciò accada è considerato estremamente difficile. Non impossibile (vi sono in effetti casi: gli stessi catalani hanno di recente addirittura richiamato l'esperienza del Kosovo) ma estremamente difficile, soprattutto nel caso della Spagna, dove, anche a non voler tener conto del contesto internazionale e regionale (si pensi all'Unione europea) in cui è inserita, pesa quel 47,7% che non è maggioranza assoluta; pesa quella volontà di cambiamento, di cui le forze nazionaliste sono consapevoli, espressa dagli elettori che non si concreta in desiderio di indipendenza *tout court*; pesano le difficoltà a contare su una politica catalana in grado di affrontare in forma coesa le sfide che la creazione di uno Stato indipendente comporta inevitabilmente.

Insomma il rischio è che al di là dei proclami, in assenza di una separazione negoziata dalla Spagna, alla secessione unilaterale della Catalogna manchi l'unico elemento essenziale: l'appoggio del popolo, elemento costitutivo imprescindibile perché il nuovo Stato possa transitare dal mondo delle idee allo stato di fatto ottenendo riconoscimento.



POLONIA - Il ciclo elettorale polacco del 2015. il sistema per le elezioni del Presidente della Repubblica e i risultati delle elezioni del maggio 2015

di Arianna Angeli

L'elezione del Presidente della Repubblica, in Polonia, è disciplinata dalla Costituzione, per quanto concerne i principi generali, e dal Codice delle Elezioni, per le disposizioni di dettaglio. In particolare, il Codice delle elezioni del 5 gennaio 2011 ha introdotto una disciplina unificata in materia elettorale che, per quanto concerne le elezioni presidenziali, ha trovato attuazione per la prima volta dalla sua entrata in vigore (pkw.gov.pl).

I procedimenti elettorali sono, inoltre, condotti e supervisionati da un organo di garanzia, ovvero la Commissione nazionale per le elezioni, coadiuvata nell'esercizio delle sue funzioni dall'Ufficio nazionale per le elezioni.

Il Presidente della Repubblica è eletto direttamente “dalla Nazione”, per un mandato di cinque anni e può essere rieletto solo una volta (art. 127, c. 1–2, Cost.; artt. 287–288, CE). I candidati oltre ad essere cittadini polacchi, avere compiuto il trentacinquesimo anno di età e godere di pieni diritti civili e politici, devono ottenere il sostegno di almeno 100.000 elettori (art. 127, c. 3, Cost.; art. 296, CE). È eletto Presidente della Repubblica il candidato che alle elezioni ottiene la maggioranza

assoluta dei voti. Nel caso nessuno dei candidati raggiunga tale soglia, entro 14 giorni, si svolge una seconda votazione tra i due candidati che hanno ottenuto il maggior numero di voti. È eletto chi ottiene la maggioranza semplice (art. 127, c. 4–6, Cost.; art. 292, CE).

Richiamando brevemente alcune disposizioni del sistema elettorale polacco, si ricorda che gli organi incaricati dell’organizzazione e della supervisione delle procedure per l’elezione del Presidente della Repubblica si articolano su tre livelli. Al vertice si trova la Commissione nazionale per le elezioni, al di sotto della quale si collocano le Commissioni distrettuali ed a un livello inferiore, le Commissioni locali (art. 294, CE).

L’attività elettorale a nome dei cittadini è condotta dai “comitati elettorali”, come previsto anche per le elezioni parlamentari (art. 297, CE). In particolare, la creazione di un comitato elettorale deve essere notificata alla Commissione nazionale, per la registrazione (artt. 299–300, CE). Solo i comitati elettorali possono candidare una persona alla presidenza, la quale deve essere sottoposta al controllo della Commissione nazionale per le elezioni, per ottenere la registrazione in una lista ufficiale di candidati. È comunque possibile ricorrere presso la Corte suprema contro la decisione della Commissione nazionale (art. 304, CE).

Le schede elettorali elencano i candidati in ordine alfabetico (art. 308). Gli elettori esprimono la propria preferenza ponendo una “X” nel riquadro sulla sinistra del nome del candidato. Le schede si considerano non valide se più di un segno, o nessun segno, è stato posto sulla scheda (artt. 311–312, CE).

Nel caso in cui nessuno dei candidati ottenga la maggioranza assoluta dei voti, come previsto dall’art. 292, c.1–3, CE, la Commissione nazionale indica i nomi dei candidati al ballottaggio (art. 318, CE). In una seconda risoluzione la Commissione rende pubblici i risultati finali delle elezioni, che vengono pubblicati anche sulla Gazzetta Ufficiale (art. 319, CE).

La Corte suprema è l’organo competente a giudicare i ricorsi in materia elettorale (art. 129, c. 1, Cost.; art. 321, CE). Nel caso in cui la Corte annulli la risoluzione sull’elezione del Presidente della Repubblica è necessario che le elezioni vengano ripetute, nelle modalità previste dal Codice. Infine, il Presidente della

Repubblica assume il proprio ufficio dopo aver prestato giuramento di fronte all'Assemblea nazionale (art. 130, Cost.).

Alle elezioni presidenziali del 2015, su 23 candidati presentatisi alla Commissione nazionale per le elezioni, solo 11 hanno ottenuto, entro i termini previsti, il sostegno di 100.000 elettori e completato con successo la procedura di registrazione. Tra di essi, Grzegorz Braun (indipendente), Andrzej Duda (Diritto e Giustizia), Adam Jarubas (Partito Popolare Polacco), Bronisław Komorowski (Piattaforma Civica), Janusz Korwin-Mikke (KORWiN – Congresso della Nuova Destra), Marian Kowalski (Movimento Nazionale), Paweł Kukiz (indipendente), Magdalena Ogórek (Alleanza Democratica di Sinistra), Janusz Palikot (Il Tuo Movimento), Paweł Tanajno (Democrazia Diretta) e Jacek Wilk (Congresso della Nuova Destra).

Al primo turno delle elezioni, tenutosi il 10 maggio 2015, Andrzej Duda ha ottenuto il 34,76% dei voti, seguito da Bronisław Komorowski, con il 33,77% e da Paweł Kukiz con il 20,8%. Non avendo nessun candidato riportato la maggioranza assoluta dei voti, il 24 maggio si è tenuto il ballottaggio tra i primi due candidati più votati, ovvero Duda e Komorowski, che hanno ottenuto rispettivamente il 51,55% e il 48,45% dei voti (prezydent2015.pkw.gov.pl).

Ampiamente preannunciato, il confronto tra i due principali partiti della Polonia si riproporrà con ogni probabilità anche alle elezioni parlamentari previste per l'ottobre di quest'anno. Sicuramente inaspettato, invece, è stato l'esito delle votazioni, considerando che il Presidente Komorowski era dato per favorito dai sondaggi (wiadomosci.onet.pl/kraj/ostatni-sondaz-prezydencki-przed-cisza-wyborcza/6fsqj6).

Il paese sembra per questo mandare un segnale forte al partito di governo, Piattaforma Civica (sostenuto dal Partito Popolare Polacco). Nella prima consultazione elettorale che fa seguito alla nomina di Donald Tusk (leader storico e co-fondatore del partito Piattaforma Civica) alla Presidenza del Consiglio europeo, la Polonia ha optato (seppure con uno scarto minimo) per il candidato di un partito nazionalista e antieuropeista.

Le considerazioni che hanno guidato l'elettorato polacco sembrano legate, più che a questioni di carattere ideologico, ad aspetti materiali. La Polonia, dopo aver

concluso con successo il processo di transizione da un regime comunista ad economia di piano a un sistema liberal–democratico ad economia di mercato – coronato dall’ingresso nel Consiglio d’Europa, nella NATO e nell’Unione Europea – si è dimostrata in grado di affrontare con successo la crisi economica che dal 2011 ha travolto tutti gli altri paesi dell’Unione. Tuttavia, la crescita economica a ritmi sostenuti che ha caratterizzato gli ultimi anni, non è stata accompagnata da misure adeguatamente redistributive, ed in grado di generare benessere diffuso. La disoccupazione giovanile rimane alta, ed i livelli di reddito non sono ancora in linea con la media europea (www.polsoz.fu-berlin.de/soziologie/arbeitsbereiche/makrosoziologie/arbeitspapiere/bsse_30.html)

.

In una prospettiva più ampia, è possibile considerare le elezioni presidenziali del 2015 all’interno di un unico ciclo elettorale – ovvero una serie di consultazioni ravvicinate, connesse le une alle altre – che ricomprenda anche le elezioni dell’anno precedente (con riferimento, in particolare, alle elezioni europee del maggio 2014 ed alle elezioni amministrative del novembre 2014). In questo modo è possibile osservare non solo gli sviluppi dei principali temi del dibattito politico e dei livelli di consenso ottenuti dai partiti, ma anche più in generale le linee evolutive del sistema politico, considerato nel suo insieme.

L’impatto emotivo della sconfitta riportata da Piattaforma Civica potrebbe per questo ripercuotersi anche sulle prossime elezioni parlamentari, previste per il mese di ottobre.



ARGENTINA - Elezioni presidenziali in Argentina e doppio turno

di Víctor Enrique Ibáñez Rosaz

Lo scorso 25 ottobre 2015, gli argentini, ancora una volta dopo la ritrovata legittimità costituzionale nel 1983, sono stati chiamati ad eleggere il loro Presidente.

Il sistema argentino, infatti, a partire dalla riforma costituzionale del 1994, prevede l'elezione diretta del Presidente della Nazione e del Vicepresidente, attraverso un sistema a doppio turno, o ballottaggio, a circoscrizione unica nazionale.

Se uno dei ticket presidenziali (Presidente e Vicepresidente) ottiene più del 45% dei voti validamente espressi verrà dichiarato vincitore al primo turno. Lo stesso accade qualora i consensi ottenuti si attestino fra il 40% e il 45% e lo scarto rispetto al duo immediatamente successivo per numero di voti sia di almeno dieci punti percentuali. In ogni altro caso, è previsto il ricorso ad un secondo turno elettorale che avrà luogo nei trenta giorni successivi e che segnerà la vittoria del duo presidenziale che abbia ottenuto la maggioranza semplice dei voti.

È bene ricordare che prima del 1994 la riforma del 1972 aveva introdotto nella Costituzione argentina un sistema di ballottaggio alla francese che esigeva, per

evitare il secondo turno, che il ticket formato da Presidente e Vicepresidente avesse ottenuto la maggioranza assoluta dei voti validamente espressi, ossia più del 50%.

Vigente questo sistema, nell'anno 1973, la formula Cámpora - Solano Lima (con il 49,59% dei consensi) si impose sul duo Balbín - Gamond, che, avendo ottenuto il 21,30%, rinunciò preventivamente al secondo turno.

Nel settembre dello stesso anno, a seguito delle dimissioni di Cámpora e Solano Lima, i cittadini furono nuovamente chiamati ad esprimersi. I candidati alla presidenza e alla vicepresidenza Juan Domingo Perón e María Estela Martínez de Perón ottennero più del 60% dei voti, evitando così di dover affrontare un secondo turno elettorale.

Questa riforma elettorale però venne ben presto privata di ogni effetto, dal momento che tornò ad imporsi il sistema precedentemente introdotto dalla Costituzione storica argentina che prevedeva un'elezione indiretta del Presidente da parte di un collegio elettorale.

Due decenni più tardi, il sistema elettorale presidenziale fu uno degli aspetti su cui si concentrò l'accordo Menem - Alfonsin – meglio noto come Pacto de Olivos – antecedente immediato della riforma costituzionale che venne portata a compimento nell'anno 1994 e che reintrodusse in Argentina l'elezione diretta del Presidente a doppio turno, ma secondo i particolari criteri che sono stati descritti all'inizio di questa breve nota.

Fu così che il Presidente Carlos Menem ottenne la sua rielezione nell'anno 1995 e che Fernando De la Rúa trionfò nel 1999; entrambi furono eletti al primo turno, essendosi concretati i requisiti che consentono di evitare il secondo.

Diversamente, alle elezioni presidenziali dell'aprile 2003, quando Carlos Menem e Néstor Kirchner, entrambi candidati alla presidenza, non avendo soddisfatto le condizioni necessarie alla loro immediata elezione, dovettero accedere ad un secondo turno elettorale, che avrebbe dovuto realizzarsi domenica 18 maggio di quell'anno, ma che non ebbe mai luogo, poiché Menem ritirò la sua candidatura e Kirchner ebbe accesso automaticamente alla carica con solo il 22% dei consensi elettorali.

Il 28 ottobre 2007 furono eletti Cristina Fernández de Kirchner e Julio Cobos, con un consenso pari al 45,29% dei voti espressi, mentre nell'anno 2011 – con candidati selezionati per mezzo di elezioni primarie aperte, simultanee ed obbligatorie, realizzate per la prima volta nella storia dell'Argentina – Cristina Fernández de Kirchner fu rieletta con oltre il 54% dei consensi.

Ho sostenuto in più di un'occasione che l'ingovernabilità di Paesi come l'Argentina si fonda sulla vocazione egemonica fomentata tanto dalle forze di governo, quanto dai partiti all'opposizione; su uno stato di costante disputa fra le formazioni all'opposizione; sulla mancanza di meccanismi costituzionali in grado di decomprimere e sbloccare situazioni di grave crisi istituzionale, spesso accompagnate da un persistente malcontento popolare.

Il rapporto fra maggioranza di governo ed opposizione finisce così per ridursi ad un gioco a somma zero, che scoraggia qualunque forma di accordo e di responsabilità condivise, dimenticando che una democrazia stabile si nutre proprio di politiche condivise fra tutte le forze politiche rappresentate, ma anche, e per mezzo di loro, dal Legislativo e dall'Esecutivo.

Il regime argentino si mantiene partitocratico, iperpresidenzialista, estraneo a tutti quegli istituti costituzionali che caratterizzano i sistemi semipresidenziali e parlamentari, che se introdotti nell'attuale testo costituzionale sarebbero capaci, è l'opinione di chi scrive, di modificare quel gioco politico a somma zero di cui abbiamo detto.

D'altra parte, qualcosa nello scenario politico sembra cambiare. Nell'elezione dello scorso 25 ottobre, il duo, sostenuto dall'uscente forza di governo, rappresentata dal candidato alla presidenza Daniel Scioli ha ottenuto il 36,86% delle preferenze, immediatamente seguito dallo sfidante Mauricio Macri con il 34,33% dei voti: il che apre la strada ad un secondo turno che si celebrerà il prossimo 22 novembre.

Se rileggiamo i precedenti storici e se prestiamo attenzione al fatto che nei (due) casi in cui avrebbe dovuto celebrarsi il secondo turno, questo fu evitato per espressa rinuncia di uno dei candidati, appare chiaro che lo scenario che si presenta oggi rispetto al secondo turno nelle elezioni del 2015 risulta del tutto nuovo e deve indurre a riflettere sul valore dell'introduzione del sistema elettorale argentino delle

primarie, aperte, simultanee e obbligatorie e sulla crescente coscienza civica dell'elettorato, che rappresenta sicuramente il prodotto di 32 anni di democrazia ininterrotta.

Pare, dunque, essere giunto il momento di aprire un dibattito serio sul concetto voto utile rispetto alla concreta possibilità di un doppio turno nelle elezioni presidenziali argentine.



ARGENTINA - Ultimi orientamenti giurisprudenziali in Argentina sul diritto alla terra delle popolazioni indigene

di Laura Alessandra Nocera

Nuovi orientamenti giurisprudenziali degli ultimi mesi, in Argentina, hanno confermato e rafforzato l'assunto costituzionale sul diritto alla terra originaria per le popolazioni indigene ivi abitanti.

L'articolo 75 della Costituzione argentina del 1994 integra esplicitamente il diritto dei popoli indigeni a possedere e gestire, secondo il proprio diritto consuetudinario, le terre rivendicate come ancestrali.

L'inciso 17 dell'articolo 75 della Costituzione, infatti, pone tra i compiti del Congresso quello di «reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos» ed ancora quello di «garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural». Ma, soprattutto, nel riconoscimento della peculiarità culturale ed identitaria delle comunità indigene, l'inciso 17 esplicita chiaramente il dovere del Congresso di «reconocer la personería jurídica de ... comunidades [indígenas], y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan», di cui «ninguna ... será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos».

Dunque, le terre "indigene" non possono essere soggette ad alcuna alienazione e/o esproprio, né sono suscettibili di venire trasmesse in eredità, visto che la loro

caratteristica è quella di essere legate all'originarietà delle popolazioni che tradizionalmente le hanno occupate (sulla Costituzione argentina del 1994 e la questione del diritto alla terra indigena: M. Rosti, "La riforma costituzionale argentina del 1994: bilancio di un quinquennio", Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2000/III; M. Rosti, "Modelli giuridici nell'Argentina indipendente", Giuffrè 1999; M. Rosti, "L'esperienza normativa dei Paesi del MER.CO.SUR", in Istituto Latino-American (a cura di), "Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici", Atti del Convegno Internazionale, Siena 4-5 giugno 2007, IILA, Roma 2008, p.187-221; M. Rosti, "Gli indios e la terra nell'attuale Costituzione argentina", in M. Losano (a cura di), "Un giudice e due leggi", Giuffrè, Milano 2004, p.75-121; A. R. Dalla Via, "La emergencia constitucional en la Repubblica Argentina", in G. De Vergottini (a cura di), "Costituzione ed emergenza in America Latina", Giappichelli, Torino 1997, p.3-64).

Seguendo il dettato costituzionale, le sentenze odiere hanno continuato ad affermare il principio dell'ancestralità di dette terre, che le collocherebbe, nella consuetudine indigena, al di fuori del regime dei beni reali.

La sentenza del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del 18 settembre 2014 (Comunidad Mapuche - L.R. y S.C. c/ C.R., I.F. y Otros s/ Acción de nulidad), in un caso di contratto di permuta sottoscritto da abitanti di una frazione parte del territorio indigeno appartenente alla Comunità Mapuche, riprende in modo perentorio i principi sanciti dalla Costituzione. Così, nel dichiarare nullo il contratto di permuta e, in generale, qualsiasi contratto dispositivo di parti di terra indigena, il tribunale civile di primo grado afferma che la proprietà comunitaria di diritto indigeno rappresenta un diritto reale autonomo, di indubbio contenuto patrimoniale, ma di regime giuridico di ordine pubblico. La comunità indigena Mapuche è legittimata ad agire in giudizio in base al disposto costituzionale per la difesa dei propri diritti ed interessi legittimi e della loro gestione («... *participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan ...*»: inc.17, art.75, Cost.). Tra l'altro, il diritto della comunità indigena è espressamente riconosciuto anche dalla costituzione provinciale e dalle leggi della Provincia, per cui non c'è dubbio sulla confermata nullità di un atto che va a compromettere la natura stessa di tale diritto.

In modo ancor più evidente, la sentenza della Corte Suprema di Giustizia del 3 novembre 2014 (Leiva, José Eleuterio; Leiva, Hugo Alberto; Leiva, Valentina

Beatriz y Leiva, Alicia Rosana s/ acción de amparo; già proveniente da un giudizio di amparo del 19 luglio 2014), che, nell'ambito di un giudizio di amparo costituzionale, sollevato nei confronti dell'art.75 della Costituzione federale e dell'art.37 della Costituzione provinciale del Chaco contro atti lesivi della proprietà comunitaria indigena (compravendita di lotti di terreno appartenenti ad una riserva), interviene espressamente in difesa di tale «diritto reale di regime di ordine pubblico».

La Corte Suprema, nell'affermare il diritto della comunità indigena a cui appartenevano i reclamanti, precisa che la materia della proprietà comunitaria della terra indigena e la sua protezione si riferiscono in modo esplicito al disposto costituzionale contenuto all'art.75, inc.17 e 22 (quest'ultimo nel richiamo all'approvazione di trattati internazionali, tra i quali la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, la Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell'Uomo, la Convenzione Interamericana dei Diritti Umani), oltre a quanto espressamente disposto dalla Convenzione OIL 169/1989, di cui l'Argentina è firmataria, dalla Dichiarazione dell'ONU sui Diritti dei Popoli Indigeni 2007 e dalla Convenzione sulla Diversità Biologica [per approfondire l'argomento sui trattati internazionali in merito alla protezione dei diritti indigeni e del diritto alla terra: S.Errico, "*La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*", in "*Diritti Umani e Diritto Internazionale*", vol.I, Franco Angeli Editore, 2007; R.Pisillo Mazzeschi, "*La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*", in Istituto Italo-latinoamericano (a cura di), "*Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*", Atti del Convegno Internazionale, Siena 4-5 giugno 2007, IILA, Roma 2008, p.163-179].

La Corte Suprema, inoltre, si rimette anche alla protezione accordata in armonia con i principi costituzionali federali dall'art.37 della Costituzione della Provincia del Chaco (non a caso approvata nel 1994, lo stesso anno della riforma costituzionale argentina e, perciò, ispirata dai medesimi principi), che riconosce la proprietà comunitaria immediata della terra occupata tradizionalmente dagli indigeni, oltre a quella loro concessa come riserva aborigena, con carattere inalienabile, imperscrittibile, indivisibile e non trasmissibile in alcun modo a terzi. L'incorporazione dei diritti indigeni nell'ordinamento giuridico – continua la Corte Suprema – e, in particolar modo, dei diritti riguardanti la proprietà comunitaria della terra costituisce «un istituto nuovo nell'ambito dei Diritti Reali» (la cui disciplina è, quindi, riletta ed allargata), dal quale l'intero sistema giuridico statale non può

prescindere. Non si tratta, dunque, di un istituto extra-giuridico, basato semplicemente sul principio astratto dell'ancestralità e della consuetudine indigene, ma di un nuovo modo di concepire la disciplina dei diritti reali.

Pochi mesi prima dell'entrata in vigore del nuovo *Codice Civile e del Commercio* dello Stato argentino, una riaffermazione della proprietà indigena come istituto a sé dei diritti reali è essenziale.



PORTOGALLO - Turbulência imprevista: a situação político-constitucional portuguesa

di Luís Pereira Coutinho

Lisboa, 7 de novembro de 2015. À luz da Constituição e da prática constitucional portuguesa, os resultados das eleições de 4 de outubro não teriam a virtualidade de gerar uma qualquer turbulência política. Na verdade, houve uma força política inequivocamente mais votada (a coligação Portugal à Frente, com 38,5% dos votos, contra 33% do Partido Socialista) que obteve uma representação parlamentar expressiva (107 Deputados, 89 dos quais do Partido Popular Democrático, contra 86 do Partido Socialista), embora sem maioria absoluta (para a qual seriam necessários 116 Deputados).

Desde a entrada em vigor da Constituição de 1976, é prática o Presidente da República (a quem cabe nomear o Primeiro-Ministro “ouvidos os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais”) nomear Primeiro-Ministro o líder do partido com maior representação parlamentar, ainda que sem maioria absoluta. E é também prática, o maior partido da oposição viabilizar o correspondente governo minoritário no Parlamento. Recorde-se que, depois de empossado, o Governo apresenta o seu programa na Assembleia da República para apreciação, sendo este viabilizado se não for rejeitado

por maioria absoluta dos Deputados. Ou seja, um Governo empossado pelo Presidente só cairá no Parlamento se se verificar uma maioria negativa contra ele.

A estabilização desta prática – que se pode mesmo ter como uma convenção constitucional – ao longo de 40 anos deveu-se a um acordo implícito entre os dois maiores partidos (Partido Popular Democrático, de centro-direita, e Partido Socialista, de centro-esquerda) em deixarem-se reciprocamente governar quando obtivessem mais votos nas urnas e maior representação parlamentar. Essa prática de regime permitiu, na sequência da Revolução de 1974 e do traumático período revolucionário subsequente, assegurar a governação pelos partidos moderados – integrantes do chamado “arco da governação” – e concomitantemente neutralizar politicamente os partidos de extrema esquerda, nomeadamente o Partido Comunista Português.

A turbulência política que se instalou em Portugal depois das eleições de 4 de outubro deve-se a o Partido Socialista, ao arrepio da prática seguida até ao momento, ter sinalizado que se juntará ao Partido Comunista Português, ao Partido Ecologista e ao Bloco de Esquerda – que no seu conjunto formam uma maioria negativa de 122 Deputados contra 107 da coligação de centro-direita – na rejeição do programa de Governo, anunciando ainda a sua intenção de formar Governo com o apoio de uma “maioria de esquerda”.

Ora, este inesperado estado de coisas teve como efeito catapultar o Presidente da República para uma posição central. Na verdade, o sistema de governo português, de natureza semipresidencial, funcionou na prática como um sistema parlamentar no que à formação de governos diz respeito. Na verdade, o Presidente tem-se limitado, por via de regra, a viabilizar a solução governativa com maior representação parlamentar, obedecendo à mencionada convenção e ao correspondente acordo implícito entre os dois maiores partidos.

Mas o presente cenário coloca ao Presidente duas alternativas: a de viabilizar a solução de centro-direita, sufragada nas urnas, ou a solução de esquerda. Sendo que o Presidente goza aqui de verdadeiro poder decisório. Na verdade, o sistema resultante da Constituição de 1976 é um sistema semipresidencial, no qual o Presidente goza de legitimidade democrática direta, podendo ler os seus poderes como poderes efetivos. Num sistema semipresidencial, recorde-se, as soluções

governativas resultam caracteristicamente de um acordo entre o Presidente e a maioria parlamentar, não se limitando o primeiro a meramente deferir perante a segunda. E embora, em Portugal, a natureza semipresidencial do sistema se tenha encontrado adormecida nas últimas décadas, tal deveu-se à persistência de uma prática estável e de um correspondente acordo dos dois maiores partidos. Na ausência destes fatores, o papel presidencial na formação de Governos pode emergir, sendo tal inteiramente conforme com a Constituição.

O Presidente da República evidenciou já ler o seu poder de nomeação do Primeiro-Ministro como um poder efetivo. Na verdade, ao nomear Pedro Passos Coelho, líder da coligação de centro-direita, vincou a sua aversão a uma solução emergente de uma “maioria de esquerda”, a qual qualificou como “inconsistente” e como discordante com os resultados eleitorais, tendo em conta a dissonância ou desarticulação das linhas programáticas apresentadas ao eleitorado pelos correspondentes partidos.

Na verdade, o Partido Socialista, caracteristicamente moderado e europeísta, apresentou-se a eleições com um programa em que vincava o respeito pelos compromissos internacionais e europeus do Estado português, nomeadamente os compromissos emergentes do Tratado de Lisboa e do Tratado Orçamental. Já o Partido Comunista Português, de irreformada base marxista-leninista, manifestou programaticamente a sua oposição à permanência de Portugal na NATO e na zona euro. O mesmo vale para o Bloco de Esquerda, pelo menos na medida em que tal permanência implique o estrito respeito pelos referidos instrumentos.

No momento em que escrevo, o cenário mais provável é o de o Governo formado por Pedro Passos Coelho após nomeação presidencial ver o seu programa rejeitado na Assembleia da República, tal implicando a sua demissão. Caso se confirme esse cenário, restam ao Presidente três hipóteses.

A primeira hipótese traduz-se em manter o Governo demitido em funções – então em meras funções de gestão, limitado a atos estritamente necessários à condução dos negócios públicos – até que seja possível dissolver o Parlamento e convocar novas eleições. Sucede no entanto que a dissolução só será possível a partir de abril de 2016 (o Parlamento não pode ser dissolvido no primeiro semestre da legislatura ou no último semestre do mandato presidencial, circunstâncias que se

verificam cumulativamente neste caso). Ora, a juspublicística portuguesa, nomeadamente Jorge Miranda, tem colocado dúvidas sobre a constitucionalidade de se manter um Governo demitido em gestão durante um período tão largo de tempo. De uma forma ou de outra, o que se volta a atestar aqui é a relevância do poder de dissolução enquanto arma do Executivo face ao Legislativo, arma cuja paralisação abre caminho à turbulência nas assembleias. A paralisação do poder de dissolução é, neste caso, temporária, mas na prática avulta em *este* Presidente não poder dissolver *este* Parlamento, que se se tem pois como liberto da pressão presidencial.

Se excluída a hipótese de permanência de um Governo demitido em gestão, abrem-se duas opções ao Presidente: empossar um Governo de iniciativa presidencial, que funcione como Governo de transição até que seja possível a convocação de novas eleições parlamentares, ou viabilizar um Governo socialista apoiado pela “maioria de esquerda”.

A opção de um Governo de iniciativa presidencial, sem sedimentação na prática constitucional portuguesa (três Governos de iniciativa presidencial, formados no final da década de 1970 fracassaram rotundamente), sujeitar-se-ia, no entanto, a um fracasso parlamentar perante uma maioria negativa agregadora de esquerdas. Resta, então, a opção de um Governo suportado pela “maioria de esquerda”, então a funcionar como maioria positiva. Esta última solução, de momento a mais provável, não se encontra, no entanto, ainda garantida. Desde logo, um acordo entre o Partido Socialista e o Partido Comunista, que permita uma solução governativa estável, não está ainda alcançado. E no caso de ver a luz do dia, tal acordo dificilmente cumprirá os requisitos de “consistência” fixados pelo Presidente da República. Tal, considerada nomeadamente a demonstrada relutância do Partido Comunista em se comprometer com os limites inerentes à pertença de Portugal à zona euro.

Desenha-se, pois, no horizonte um difícil braço de ferro. Pelo menos no caso de a “maioria de esquerda” se recusar a negociar a sua solução governativa com o Presidente, invocando a sua base parlamentar. Mas paradoxalmente, se o fizer, estará a invocar a seu favor uma prática que, como vimos, se sedimentou num contexto diferente, no quadro de um entendimento entre os dois principais partidos que agora foi quebrado. Mudados os tempos, podem bem mudar-se as vontades do Presidente...



PORTOGALLO – Il Tribunal de Contas rende un giudizio sfavorevole sul bilancio interno del Tribunal Constitucional per l’anno 2013

di Francesco Campodonico

Il 21 aprile 2015 è stato pubblicato, sul sito del Tribunale dei Conti, il *relatório* n. 6/2015, intitolato «*Auditória ao Tribunal Constitucional, Ano 2013*». Il documento, contenente un’analisi dettagliata del bilancio interno del Tribunale costituzionale (TC), ha mostrato una – perlomeno – discutibile gestione delle risorse pubbliche da parte dei giudici, evidenziando numerosi sprechi, soprattutto con riferimento al capitolo dell’utilizzo delle c.d. “auto blu”.

Naturalmente, la diffusione dei risultati dell’indagine del Tribunale dei Conti ha sollevato polemiche da parte dei giudici costituzionali e una dura presa di posizione del Presidente, Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro, il quale, oltre a replicare nel merito alle osservazioni contenute nel *relatório*, ha affermato che la Corte non avrebbe il potere di sindacare il bilancio del TC, in quanto organo supremo della Repubblica.

Per comprendere gli esatti termini dell’obiezione giuridica sollevata dal Presidente del TC, occorre analizzare le norme istitutive dei due tribunali.

Il *Tribunal de Contas* (TdC) è compreso, nel testo della Costituzione (v. art. 209, c. 1), nell’elenco dei Tribunali dello Stato ed è qualificato «organo supremo di controllo della legalità delle spese pubbliche e del giudizio sui conti che gli sono sottoposti» (art. 214, c. 1).

Il TdC è composto dal presidente e da 16 giudici, di cui – si prevede – deve essere assicurata l'imparzialità. Il Presidente del Tribunale è nominato dal Presidente della Repubblica (v. lett. *m*) dell'art. 133 Cost.) su proposta del Governo; gli altri giudici sono reclutati tramite concorso pubblico.

Il dettaglio delle competenze e del funzionamento del Tribunale è disciplinato dalla *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC), approvata con la *Lei n.º 98/97*. Ai sensi dell'art. 2, il TdC è competente a sindacare, mediante l'attività di controllo finanziario e di controllo giurisdizionale, i bilanci degli organi che fanno parte del Settore pubblico amministrativo (*Sector Público Administrativo*, SPA), del Settore delle imprese pubbliche (*Sector Público Empresarial*, SPE) e, in generale, di tutti gli organi che gestiscono o utilizzano denaro pubblico.

I suoi poteri di controllo sono di tipo preventivo, successivo o concomitante, con riferimento al momento in cui avviene la gestione o la spesa del denaro pubblico nelle *entidades* pubbliche, purché soggette a controllo.

Nell'ambito del controllo *a posteriori* il TdC ha, tra gli altri, il potere di svolgere una *auditoria de contas* (ovvero l'attività definita di “audit”) con lo scopo di verificare i sistemi di controllo interni, stimando la legalità, l'efficacia e l'efficienza della gestione finanziaria; nonché un controllo del bilancio “in senso stretto”, ovvero la verifica di ogni singola spesa effettuata e della sua legittimità.

Il risultato del controllo è trasmesso, se inerente all'attuazione del bilancio generale dello Stato, al Parlamento e, per conoscenza, al Pubblico ministero, il quale può così valutare l'esercizio di un'eventuale azione di responsabilità finanziaria innanzi allo stesso Tribunale (davanti alla 3^ª Sezione; a svolgere l'audit, infatti, è la 2^ª Sezione).

Il *rélatorio* costituisce la pubblicazione (gli atti di indagine del TdC sono soggetti a pubblicità) degli atti del processo n. 19/14-AUDIT, che ha permesso, per la prima volta nella storia dell'istituzione, di raccogliere le informazioni, di analizzare il bilancio del *Tribunal Constitucional* (TC) per l'anno 2012 e 2013 e di rendere un giudizio negativo sia per quanto riguarda il sistema di controllo interno all'organo, sia per quanto riguarda il bilancio del Tribunale.

Le 245 pagine del *dossier*, che contengono sia l'*auditoria* del Tribunale sia le risposte dei vari soggetti interpellati (tra cui il Presidente del TC, gli ex Presidenti e il Segretario

generale), ruotano attorno ad un nodo ermeneutico fondamentale: l'autonomia amministrativo-finanziaria del *Tribunal Constitucional*.

La *Lei de Organização, Funcionamento e Processo do TC* (o LOFPTC), ovvero la *Lei n. 28/82*, come più volte modificata, dispone, all'art. 5, che il TC è dotato di «autonomia amministrativa e di un bilancio proprio, da contarsi tra le spese generali della Nazione nel bilancio dello Stato». Questa formulazione non contempla espressamente anche «l'autonomia finanziaria» del TC, parlando solo di autonomia amministrativa e di bilancio proprio.

Ciò ha dato origine alla controversia interpretativa che resta il grande nodo irrisolto di tutta la vicenda.

Il consiglio amministrativo (*conselho administrativo*) del TC - formato dal Presidente, da due giudici, dal Segretario generale, e dal dirigente dell'ufficio bilancio, - ritiene implicito il riconoscimento dell'autonomia «anche finanziaria» (che sottrarrebbe il TC dal controllo del TdC), sulla base dell'espressa menzione del bilancio proprio e del combinato disposto tra l'art. 5 e 47-A e 47-F (che disciplinano il modo di formazione del bilancio del TC) della LOFPTC. Al contrario, il TdC sostiene che, sulla base della *Lei n. 8/90*, ovvero la legge generale in materia di contabilità pubblica, possa parlarsi di «autonomia amministrativa e finanziaria» solo in presenza di entrambi i requisiti legali e che, peraltro, al TC manchi un controllo interno indipendente; compito che, evidentemente (almeno nell'interpretazione del *Tribunal de Contas*), deve essere riservato al TdC.

Ancora, il consiglio amministrativo del TC obietta che la Costituzione riserva al giudice costituzionale una posizione di assoluta autonomia e indipendenza da ogni altro potere e che sarebbe «incongruente e contrario al principio di unità del sistema giuridico» che il TC fosse equiparato ad uno qualunque dei «semplici» servizi centralizzati dello Stato. A questa posizione il TdC risponde sottolineando il fatto che «l'importanza o l'indipendenza funzionale dell'ente non sono criteri previsti dalla legge sulla contabilità pubblica».

Quale sia l'interpretazione «corretta» da dare alle disposizioni indicate resta incerto, ma la disputa tra i due Tribunali è di sicuro interesse costituzionale in quanto sono posti in gioco valori costituzionali ritenuti «classici», come l'autonomia sia amministrativa che finanziaria del giudice costituzionale. Per ora, infatti, il *rélatorio* è stato reso pubblico e

notificato al Presidente della Repubblica, al Presidente dell'Assemblea nazionale, al Primo ministro nonché alla Procura generale presso il *Tribunal de Contas*.

I possibili sviluppi della vicenda sono, anch'essi, di notevole interesse in quanto, se la Procura dovesse procedere nei confronti del consiglio amministrativo del TC, ci sarebbe da domandarsi se il TdC potrebbe giungere ad una pronuncia di condanna dei consiglieri del *conselho administrativo*. A ben vedere, tuttavia, anche a fronte di una condanna, gli interessati potrebbero comunque ricorrere al TC (sulla base dell'art. 280, c. 1 e 2), che diverrebbe, così, giudice “in causa sua”.



INDIA – Approvato l'emendamento costituzionale (100°) che pone fine alla controversia con il Bangladesh sui confini e sulle enclave

di Andrea Macchiavello

Il Parlamento indiano, composto dalle due Camere *Rajya Sabha* (la camera degli Stati, ossia la Camera alta) e *Lok Sabha* (la Camera del popolo, ossia la Camera bassa), ha approvato il 6 e il 7 maggio 2015 il centesimo emendamento alla Costituzione indiana. Oltre alla rilevanza interna, tale modifica costituzionale ha costituito un importante evento storico e diplomatico, poiché ha posto fine a una decennale controversia sui confini che separano lo stato dell'India da quello del Bangladesh, e definito il trasferimento definitivo delle enclave che i due Paesi possedevano reciprocamente entro i confini dell'altro. Si trattava di più di cento porzioni di territorio dislocate in territorio straniero che davano vita, in alcuni casi, ad enclave di secondo e di terzo grado.

Tale complessa situazione ha avuto origine nel 1947, quando tra l'India e l'allora Pakistan orientale (che diverrà poi il Bangladesh) venne tracciata una lunga – ma imprecisa – linea di confine, la c.d. *Radcliffe Line* (dal nome del Presidente della Commissione per i confini, Sir Cyril Radcliffe). Da un lato, vi furono errori ed imprecisioni nella determinazione della linea di confine e nella elencazione dei territori che venivano attribuiti ai due nuovi Stati. Dall'altro, la situazione era

complicata dalle conseguenze della annessione dei territori appartenenti a regni preesistenti. In particolare, si deve ricordare che nella zona di confine tra quelli che sarebbero diventati India e Pakistan orientale si trovava l'antico principato del *Cooch Behar*, il cui territorio era stato in passato oggetto di un singolare scambio di lotti di terreno con il vasto impero Mogul (la tradizione attribuisce questo disordinato trasferimento di terre ad una partita a scacchi tra i due regnanti; più realisticamente esso è stato l'esito di una serie di battaglie di conquista territoriale alle quali non è seguito un rigido controllo delle terre conquistate).

Un primo tentativo di porre rimedio alla ripartizione dei territori e alla complessa situazione concernente i confini tra i due Paesi è costituito dall'accordo di *Nehru-Noon* (dal nome dei primi ministri dei due Paesi contraenti, il pakistano Jawaharlal Nehru e l'indiano Feroz Khan Noon) che viene firmato tra India e Pakistan nel 1958. L'accordo, tuttavia, non è stato totalmente risolutivo, e l'obiettivo che ci si poneva, anche a causa di successive ostilità tra i due Paesi, non fu raggiunto.

Nel 1971, a seguito delle complesse vicende che si sviluppano nei territori del Pakistan orientale, che rivendicava da tempo la propria autonomia dal governo centrale pakistano, si giunse, con una sanguinosa guerra di nove mesi, all'indipendenza di tali territori, con la nascita del Bangladesh.

Per dare seguito agli sforzi già compiuti in tema di confini tra India e Pakistan, i due paesi conclusero nel 1974 l'Accordo sui confini (*Land Boundary Agreement*, conosciuto anche come LBA). L'accordo divenne efficace limitatamente ad alcuni aspetti e risolse solo in parte le problematiche ancora esistenti. Peraltro, solo il Bangladesh lo ratificò, mentre l'India, per problemi di politica interna (in particolare, l'opposizione degli stati federati che si trovavano nelle zone di confine) non riuscì mai a raggiungere tale risultato. Tra i problemi aperti rimaneva proprio lo scambio delle enclave.

Si è dovuto attendere il 2010 quando, in occasione della visita in India del primo ministro bengalese Sheikh Hasina, i due Paesi hanno espresso la volontà di raggiungere una soluzione al problema pendente della regolazione dei confini. In seguito della ripresa delle trattative e del lungo lavoro diplomatico, il 6 settembre 2011, durante la visita del primo ministro indiano in Bangladesh è stato firmato un

Protocollo (noto come Protocollo del 2011) successivamente allegato al trattato del 1974 (e di cui è diventato parte integrante).

Il Protocollo ha stabilito lo scambio definitivo delle enclave: l'India trasferisce al Bangladesh le 111 enclavi poste in territorio bengalese (circa 17.160 acri di terreno), il Bangladesh trasferisce all'India le sue 51 (circa 7.110 acri). E' evidente la sproporzione tra la superfici di territorio trasferite nello scambio, ma è necessario considerare che il trasferimento formale costituisce il passaggio *de jure* di una situazione consolidata *de facto*, dal momento che l'accesso alle enclave da parte delle autorità del Paese effettivamente sovrano era di fatto precluso.

Va inoltre osservato che è stata posta molta attenzione alla condizione degli abitanti delle enclave oggetto del trasferimento. La popolazione coinvolta, secondo un censimento compiuto tra il 14 e il 17 luglio 2011, ammonta a circa 51.500 persone. L'accordo del 1974 aveva stabilito che alla popolazione che abitava nelle enclave era concesso il diritto di rimanere nel luogo in cui vivevano sebbene cittadini dello Stato che trasferiva le terre. Un sopralluogo condotto alcuni anni prima, nel 2007, aveva riscontrato che solo una minima parte della popolazione era intenzionata a lasciare le proprie terre per rientrare entro i confini dello Stato di cittadinanza, mentre la maggior parte esprimeva la volontà di rimanere nel luogo in cui aveva sempre vissuto.

Un ultimo accenno deve essere compiuto in relazione alla procedura che ha portato dal Protocollo del 2011 all'emendamento costituzionale del 2015 con il quale l'esito raggiunto con il Protocollo viene recepito pienamente nell'ordinamento indiano. La prima parte della Costituzione indiana si occupa espressamente della modifica territoriale del territorio dell'Unione indiana. L'art. 1 stabilisce la natura federale dell'India e l'art. 2 ammette lo strumento legislativo (cioè non richiede il ricorso al procedimento di riforma costituzionale) per annettere nuovi Stati all'Unione o per stabilirne di nuovi al suo interno. Così pure è stabilito per tutte le modifiche ai confini degli Stati della federazione. L'art. 4, co. 2, infine, specifica e conferma che per tutte le leggi necessarie a questi scopi non occorre ricorrere ad emendamenti alla costituzione come prescritto dall'art. 368. Tuttavia, in questo caso si era di fronte ad una situazione differente: l'accordo che ridefinisce i confini e trasferisce le enclave (il Protocollo del 2011) presupponeva la cessione di territori da

parte dell'India al Bangladesh. La cessione di territori non è inclusa nei casi previsti dai primi articoli della Costituzione e dunque in questo caso la legge ordinaria non era strumento sufficiente, ma si richiedeva l'approvazione di un emendamento costituzionale ai sensi dell'art. 368.



LUSSEMBURGO – Referendum su alcune proposte riguardanti l’elaborazione di una nuova Costituzione

di Giammaria Milani

Il 7 giugno 2015 gli elettori del Lussemburgo sono stati chiamati ad esprimersi, mediante referendum, su alcune proposte riguardanti la redazione di una nuova Costituzione. Il testo costituzionale vigente prevede, all’art. 51, che i cittadini possano essere chiamati a pronunciarsi nei casi e alle condizioni previste dalla legge.

La materia è attualmente regolata nel dettaglio dalla legge relativa ai referendum nazionali del 4 febbraio 2005 e dalla legge elettorale del 18 febbraio 2003. Le disposizioni in vigore, oltre a prevedere le modalità di convocazione e svolgimento del referendum, contengono significative norme sul carattere obbligatorio della partecipazione alla consultazione referendaria: è infatti previsto che gli elettori impossibilitati a prendere parte alla votazione presentino una valida giustificazione, in mancanza della quale sono condannati a una multa compresa tra i 100 e i 250 euro, elevata a una cifra tra i 500 e i 1.000 euro in caso di recidiva entro i 5 anni dalla precedente condanna.

I quesiti posti agli elettori lussemburghesi sono stati previsti da un’apposita legge approvata il 27 febbraio 2015. Il testo elenca le tre domande contenute nella scheda elettorale. La prima questione riguardava l’opportunità di abbassare l’età per

l'esercizio del diritto di voto attivo per la Camera dei deputati, il Parlamento europeo e le elezioni comunali dai 18 ai 16 anni. La seconda domanda concerneva la possibilità di estendere il diritto di voto attivo per la Camera dei deputati agli stranieri che risiedessero in Lussemburgo da almeno 10 anni e che avessero in precedenza partecipato alle elezioni comunali o europee. Con il terzo e ultimo quesito si chiedeva invece agli elettori di esprimersi sulla proposta di limitare il numero dei mandati che un membro del Governo può svolgere in maniera consecutiva fino ad un massimo di 10 anni.

Tutte e tre le proposte hanno incontrato il parere negativo dell'elettorato: per il primo quesito i voti positivi hanno di poco superato il 19% dei voti validi, per il secondo sono stati circa il 22% e per il terzo hanno raggiunto il 30%. L'affluenza alle urne, anche in virtù di quanto detto circa il carattere obbligatorio del voto, è stata alta: ha votato l'87% degli aventi diritto (214.835 elettori su 246.974).

Occorre precisare che il risultato referendario non vincola il legislatore nella sua futura attività: l'art. 51 della Costituzione, infatti, prevede soltanto che il popolo possa pronunciarsi nei casi e alle condizioni previste dalla legge, senza attribuire a tale pronuncia effetti vincolanti. Si può per completezza aggiungere che l'altra tipologia di referendum prevista dalla Costituzione, all'art. 114, è invece vincolante: si tratta della possibilità che il popolo sia chiamato ad esprimersi su una proposta di revisione costituzionale già votata in prima lettura alla Camera dei deputati, nel qual caso la revisione non è adottata se non raccoglie almeno la maggioranza dei voti espressi dal popolo (il referendum può essere richiesto, dopo due mesi dalla prima votazione alla Camera, da un quarto dei membri della Camera o da 25.000 elettori; nel caso in cui il popolo non sia chiamato ad esprimersi, la revisione costituzionale deve essere votata una seconda volta alla Camera, dove deve essere approvata con la maggioranza dei 2/3 dei componenti). Pur essendo stato indetto, *latu sensu*, nell'ambito di un procedimento di revisione costituzionale, occorre precisare che il referendum del 7 giugno 2015 ha soltanto carattere consultivo, giacché ricade nella fattispecie prevista all'art. 51 e non in quella disciplinata all'art. 114 della Costituzione.

Nonostante il carattere non vincolante del referendum, la Commission des Institutions et de la Revision Constitutionnelle, organo parlamentare che si occupa

della redazione delle proposte di revisione costituzionale, ha tenuto conto della volontà popolare e non ha inserito, nell'ultimo *texte coordonné* proposto il 30 giugno, le disposizioni oggetto di voto contrario da parte del popolo.

Il testo presentato a fine giugno è il frutto dell'attività della Commissione che, dal 2009, è impegnata nel tentativo di procedere a una profonda modifica del testo costituzionale del 1868. La *proposition de révision 6030 portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution*, è stata presentata alla Camera il 21 aprile 2009, con lo scopo, secondo quanto indicato nel preambolo della stessa proposta, di modernizzare la terminologia ormai obsoleta in diversi punti, adattare il testo costituzionale al reale funzionamento dei poteri e includere nella Costituzione prassi e norme attualmente previste in altre fonti normative.

La proposta di revisione interessa tutti i capitoli della Costituzione. Nel caso che questa fosse approvata si tratterebbe, in effetti, di una nuova Costituzione, considerazione supportata dal fatto che, con il *texte coordonné* da ultimo presentato, la Commissione ha modificato l'intitolazione della proposta in *proposition de révision 6030 portant instauration d'une nouvelle Constitution*.

La proposta prevede, per quanto riguarda il Capitolo I, *De l'Etat, de son territoire et de ses habitants*, di inserire i simboli dello Stato: le lingue nazionali e ufficiali, la bandiera, l'inno, lo stemma. Significative le proposte di revisione del Capitolo II, *Des droits et libertés*, che oltre a prevedere nuovi principi come l'inviolabilità della dignità umana, la proibizione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, il diritto a un'abitazione dignitosa, sarebbe arricchito da una “*clause transversale*” secondo la quale tutte le limitazioni dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali posso essere previste da norme di livello inferiore ma devono rispettare il contenuto essenziale di tali diritti e libertà.

I capitoli dedicati alla forma di governo e alla disciplina degli organi costituzionali (Capitolo III, *Du Grand-Duc*; Capitolo IV, *De la Chambre des Députés*; Capitolo V, *Du Gouvernement*; Capitolo VI, *Du Conseil d'Etat*) sono oggetto di revisioni formali e di adattamenti dovuti all'obsolescenza di alcune loro parti: nondimeno sono da segnalare anche importanti integrazioni, come la formalizzazione della mozione di sfiducia, già prassi costituzionale, nonché la

modifica di alcuni aspetti dell'organizzazione e del funzionamento della Camera, relativi ad esempio allo scioglimento dell'assemblea e al lavoro in sessioni.

Le modifiche forse più importanti sono quelle che interessano il Capitolo VII, *De la Justice*. In particolare è prevista la creazione di due nuovi organi: la Cour suprême, che dovrebbe porsi al vertice del potere giudiziario e sostituire la Cour supérieure de Justice et la Cour constitutionnelle; il Conseil national de Justice, il quale dovrebbe garantire l'indipendenza del potere giudiziario e la buona amministrazione della giustizia.

Anche gli ultimi capitoli della Costituzione (Capitolo VIII, *De certaines dispositions relatives à l'administration de l'Etat*; Capitolo IX, *Des établissements publics de l'Etat et des organes professionnels*; Capitolo X, *Des communes*; Capitolo XI, *De la révision de la Constitution*; Capitolo XII, *Des dispositions finales*), pur in maniera minore, sono oggetto di revisioni nella proposta da ultimo presentata: anche in questi casi, si tratta principalmente di modifiche formali e di portata minore.



REGNO UNITO – La Court of Appeal ha stabilito che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea ha effetti diretti orizzontali

di Andrea Perelli

La *Court of Appeal* del Regno unito ha stabilito con due recenti sentenze che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (d’ora innanzi Carta di Nizza) ha effetti diretti orizzontali, imponendo la disapplicazione della normativa interna contrastante con essa.

La sentenza *Benkarbouche v. Sudanese Embassy* [2015] EWCA Civ 33, emanata il 5 febbraio 2015, ha avuto ad oggetto il contrasto tra l’art. 47 della Carta di Nizza e la section 16(1)(a) dello *State Immunity Act (1978)* (SIA) ed ha stabilito che la disposizione da ultimo citata, che conferiva alle ambasciate un’immunità dalle cause di lavoro, dovesse essere disapplicata dal giudice in quanto in contrasto con il citato art. 47 che garantisce il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale.

Il caso riguardava le signore Benkarbouche e Janah che avevano lavorato come cuoche, rispettivamente, per le ambasciate della Repubblica del Sudan e della Libia a Londra e (dopo essere state licenziate) intentavano causa alle stesse lamentando diverse violazioni della disciplina lavoristica. In particolare, ai datori di lavoro veniva contestato il mancato rispetto della normativa concernente il minimo salario ed il

rispetto delle ore di lavoro. Entrambi i convenuti resistevano in giudizio affermando che il SIA conferiva loro un'immunità dalla giurisdizione inglese.

La Corte ritiene incontestabile la citata interpretazione del SIA, tuttavia si domanda se siffatte disposizioni siano compatibili con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e con l'art. 47 della Carta di Nizza. È appena il caso di ricordare che l'art. 6 CEDU garantisce il diritto ad un equo processo, che non può essere disgiunto dal diritto di agire in giudizio per chiedere la tutela dei propri diritti (si veda, *ex plurimis: Golder v. Regno unito (1975)*).

La Corte ritiene che le disposizioni del SIA che conferiscono detta immunità alle ambasciate si pongano in contrasto con l'art. 6 CEDU. Tuttavia, ritiene di non poter emanare una dichiarazione d'incompatibilità tra la legislazione ordinaria citata e la CEDU stessa, in applicazione della *section 4* dello *Human Rights Act (1998)*.

Passa quindi ad analizzare la compatibilità tra il SIA e l'art. 47 della Carta di Nizza. In primo luogo, afferma che il citato art. 47 abbia il medesimo contenuto (ai fini della soluzione della controversia) dell'art. 6 CEDU e che pertanto dalla affermata violazione del secondo si possa inferire la violazione del primo. In secondo luogo, afferma che una parte delle domande avanzate dalle attrici, specificamente quelle inerenti il mancato rispetto della disciplina dell'orario di lavoro e dei minimi salariali (con esclusione quindi delle questioni inerenti la legittimità o meno dei licenziamenti), ricadano nell'ambito di applicazione della Carta, ai sensi dell'art. 51 della Carta stessa. In terzo luogo, si interroga sul rimedio opportuno per sanzionare siffatta violazione dell'art. 47; in particolare, si chiede se si debba riconoscere un effetto diretto orizzontale alle disposizioni della Carta, soluzione che condurrebbe alla disapplicazione della normativa interna contrastante con la Carta. Ritiene, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, che siffatto effetto debba essere garantito tutte le volte in cui le disposizioni della Carta riflettano “principi generali del diritto dell'Unione”. Dal momento che ritiene che l'art. 47 ricada senza dubbio in tale categoria ne afferma la portata diretta in senso orizzontale.

La Corte, pertanto, deve affrontare un ultimo delicato passaggio, inerente la possibilità di disapplicare la normativa interna contrastante con la Carta stessa dal momento che tale scelta potrebbe comportare una lesione delle prerogative

parlamentari, come affermato nella recente sentenza *R (Chester) v. Secretary of State for Justice [2015] UKSC 63*. In realtà, la Corte ritiene che a tale sentenza debba essere data una corretta interpretazione nel senso che essa si riferirebbe solamente alle ipotesi in cui il giudice, nel disapplicare la normativa interna, fosse chiamato ad effettuare delle scelte di natura discrezionale onde individuare la normativa applicabile al caso concreto, invadendo così l'area riservata al legislatore. Tuttavia, la Corte ritiene che nel caso di specie si ricada al di fuori di siffatte ipotesi in quanto la disapplicazione avrebbe il solo effetto di permettere la proposizione dei ricorsi da parte delle attrici ed al giudice non viene chiesta alcuna attività discrezionale. Pertanto, disapplica le *sections 4(2)(b)* e *16(1)(a)* del SIA.

La sentenza *Vidal-Hall v. Google Inc. [2015] EWCA Civ 311*, emanata il 27 marzo 2015, ha dovuto risolvere lo stesso problema inerente la compatibilità di una norma interna con la Carta dei diritti fondamentali ed ha ottenuto una soluzione analoga a quella sopra citata.

Il caso di specie vedeva alcuni dipendenti di Google far causa all'impresa chiedendo il risarcimento dei danni causati dalla diffusione di dati personali. Il contrasto si poneva tra la *section 13(2)* del *Data Protection Act (1998)* che limitava il risarcimento dei danni da stress al ricorrere di taluni specifici requisiti non presenti nel caso di specie e gli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza che sanciscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare ed il diritto alla riservatezza.

La Corte segue un *iter* logico e argomentativo sovrapponibile a quello sopra esposto e giunge a dichiarare che la normativa interna in contrasto con la Carta di Nizza deve essere disapplicata dal giudice, al fine di conferire un'efficacia diretta orizzontale alla Carta stessa.

Pare importante sottolineare che, nonostante l'attenzione ed il rispetto mostrati dalla Corte per il principio di *sovereignty of Parliament*, essa giunga ad affermare la disapplicazione della normativa interna contrastante con la Carta di Nizza. In secondo luogo, giova sottolineare che la Corte è riuscita a chiarire in quali ipotesi tale scelta possa essere effettuata, chiarendo il portato della sentenza *Chester* e precisando, come visto, che la disapplicazione non deve condurre ad una scelta discrezionale del giudice nell'individuazione della normativa applicabile.



STATI UNITI – Gli Stati possono vietare ai candidati giudici di sollecitare personalmente finanziamenti elettorali

di Marco Antonio Simonelli

Il 29 aprile è stata resa pubblica la decisione della Corte suprema federale sul caso *Williams-Yulee v. Florida Bar*. La pronuncia afferma che gli Stati hanno la facoltà di impedire ai candidati giudici di svolgere personalmente attività di raccolta fondi per il sostegno delle proprie campagne elettorali.

La Corte suprema è intervenuta sulla materia in seguito ad un *circuit split*: sei Corti di appello federali si sono infatti pronunciate in maniera discordante sulla legittimità costituzionale di tale divieto.

Attualmente, trentanove dei cinquanta Stati dell’Unione eleggono parte del loro Giudiziario attraverso un’elezione popolare e di questi, oltre alla Florida, dove ha avuto origine la controversia, altri ventinove prevedono il divieto per i giudici di sollecitare personalmente donazioni elettorali.

Il giudizio della Corte riguarda una disposizione del Codice di condotta dei giudici della Florida, la quale impone ai giudici di avvalersi di comitati elettorali per la raccolta dei fondi necessari alla campagna elettorale. La *petitioner* Lanell Williams-Yulee, candidata giudice in una *County Court* statale, aveva invece inviato una serie di mail sollecitando di persona donazioni. Per questo motivo aveva ricevuto una sanzione disciplinare da parte dell’Ordine degli avvocati della Florida, contro la

quale aveva poi proposto ricorso, affermando che l'attività di raccolta fondi rientra nella protezione della c.d *free speech clause*, contenuta nel primo Primo Emendamento, che afferma la libertà di stampa e di espressione di ogni individuo.

Già la Corte suprema della Florida con una sentenza del 2014 non aveva accolto l'interpretazione della clausola data dalla Williams, concludendo che tale limitazione della libertà di espressione rispondeva ad un *compelling interest* dello Stato a vedere garantita l'imparzialità del futuro giudice.

La Corte suprema federale, nel confermare esplicitamente quanto affermato dal Tribunale statale, ci offre una interessante ricostruzione storica della modalità di elezione dei giudici in Florida, nonché una illustrazione delle esigenze alle quali l'istituto dell'elezione popolare dei giudici deve rispondere.

Nel ritenere giustificata tale restrizione della portata applicativa del Primo Emendamento, il *Chief Justice* Roberts, estensore della *majority opinion*, afferma in particolare che non è ammissibile equiparare la campagna elettorale dei politici a quella dei giudici, in quanto questi ultimi una volta eletti dovranno applicare la legge «*without fear or favour*»; a questa ottica risponde anche la disposizione che in Florida vieta di donare più di 1.000 dollari a sostegno di un candidato giudice.

La sentenza della Corte di Washington si fonda dunque su un bilanciamento tra il principio della libertà di espressione del pensiero e il principio di imparzialità degli organi giudicanti, ad esito del quale è la *free speech clause* ad essere ritenuta recessiva.

Sono proprio le modalità attraverso le quali questo bilanciamento è stato operato che sono state fatte oggetto del dissenso manifestato nelle loro opinioni da Antonin Scalia e Anthony Kennedy.

Nella sua *dissenting opinion*, Antonin Scalia tenta di dimostrare che la Corte ha effettuato in modo erroneo il giudizio di proporzionalità. Il decano della Corte, con quasi trenta anni di servizio Scalia è il primo giudice per anzianità di carica, si sofferma in particolare sul concetto di *less harmful mean*. Come noto, infatti, un bilanciamento può essere considerato ottimale quando la tutela riconosciuta al diretto ritenuto prevalente viene realizzata con il minor sacrificio possibile per il diritto recessivo.

Scalia invita dunque a considerare l'ipotesi di un finanziamento proveniente da un soggetto neanche potenzialmente sottoponibile alla giurisdizione del futuro giudice: vietare contatti personali tra il giudice e questo donatore deve essere

senz'altro ritenuta una restrizione ingiustificata, che dovrebbe imporre di riconsiderare il reciproco equilibrio tra libertà di espressione e imparzialità della funzione giurisdizionale.

La *dissenting* si conclude richiamando la giurisprudenza della Corte nella quale si afferma la prevalenza del Primo Emendamento rispetto ad una serie di interessi comunque meritevoli di tutela tra cui la prevenzione della tortura sugli animali o la tutela dei minori; Scalia, di conseguenza, ritiene che l'esito opposto del bilanciamento sia frutto della scelta politica della Corte suprema di salvaguardare l'imparzialità degli organi giudiziari e che la Corte abbia compreso la portata applicativa della *free speech clause* a beneficio della "confraternita della toga".



STATI UNITI – La Corte suprema chiamata a interpretare la *elections clause*

di Marco Antonio Simonelli

Lunedì 29 giugno 2015 la Corte suprema ha deciso il caso *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*. La questione attorno la quale verteva la controversia era se una commissione indipendente, istituita con una legge ad iniziativa popolare, fosse legittimata, ai sensi della *Elections Clause* della sec. 4 art. 1 della Costituzione degli Stati Uniti, a regolare i confini dei distretti elettorali per le elezioni federali. Tal clausola recita: «The times, places and manner of holding elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each state by the legislature thereof»; risulta fin da subito evidente come l'esito della controversia non potesse che dipendere dall'interpretazione data al termine “*legislature*”.

Prima di entrare nel merito della decisione, occorre però presentare brevemente il *background* sul quale i giudici di Washington si sono pronunciati.

Nel novembre del 2000 gli elettori dell'Arizona, tramite un'iniziativa popolare, hanno approvato, per il tramite della *proposition* 106, una modifica della Costituzione statale che ha trasferito il potere di modificare le circoscrizioni elettorali dal Parlamento ad un organo di nuova creazione, la *Independent Redistricting Commission* (IRC). Si deve precisare infatti che, ai sensi dell'art. 4 della Costituzione statale, in

Arizona, il potere legislativo è condiviso dal Parlamento con il corpo elettorale. Quest'ultimo ha il potere di adottare leggi nonché di modificare la Costituzione tramite lo strumento dell'*initiative*; agli elettori è inoltre riconosciuto il diritto di sottoporre a referendum le leggi approvate dall'assemblea parlamentare.

La IRC si compone di cinque membri: due vengono nominati dai presidenti dei due rami del Parlamento; due sono scelti dai leader dell'opposizione nelle due camere; il quinto membro, necessariamente apolitico, viene invece scelto dai primi quattro nominati. L'istituzione di questa commissione, come anche la sua composizione, è stata voluta dall'elettorato per cercare di prevenire il fenomeno del c.d. *gerrymandering*, ossia l'articolazione delle circoscrizioni elettorali tale da favorire i candidati del partito al governo. Il nome di tale pratica deriva dal nome dell'ottavo Governatore del Massachusetts, Elbridge Gerry, il quale nel 1812 ridisegnò i collegi elettorali per favorire il suo partito; in seguito a tale rielaborazione dei collegi, un distretto risultò avere la forma di una salamandra (in inglese *salamander*); fu così che un giornalista della *Boston Gazette* coniò questo neologismo. L'Arizona non è il primo stato che interviene ad arginare il fenomeno. Già nel 1936, in Arkansas, tramite un emendamento all'art. 8 della Costituzione, si creò il *Board of Appointment*, composto dal Governatore, il Segretario di Stato e il Procuratore generale, che aveva, ed ha tutt'ora, il compito di ridisegnare i collegi elettorali successivamente ad ogni censimento per il riapporzionamento dei seggi, che si deve tenere ogni dieci anni in tutti gli Stati Uniti. Nel caso dell'Arkansas, in realtà, la garanzia contro il *gerrymandering* è contenuta più nell'obbligo di rispettare le suddivisioni amministrative dello Stato e nel divieto di riunire nello stesso distretto Contee non confinanti tra loro, che non nella composizione della Commissione, dato che oltre al Governatore, all'interno del *Board* siedono due soggetti da lui nominati.

L'esempio dell'Arkansas fu più tardi seguito dall'Oklahoma nel 1962 e dal Colorado nel 1964. Una decisa accelerazione del processo di diffusione di queste commissioni indipendenti si è avuta a partire dall'inizio del XXI secolo: infatti ben dieci stati, tra cui la California, il New Jersey e la Pennsylvania, hanno trasferito, negli ultimi quindici anni, il potere di modificare i distretti dal Parlamento a delle commissioni indipendenti oppure a composizione *bipartisan*.

La pronuncia della Corte in oggetto è dunque di estrema rilevanza, non solo per gli elettori dell'Arizona, ma anche per quelli degli altri tredici Stati che utilizzano una Commissione per modificare i distretti elettorali.

La Independent Redistricting Commission (IRC) ha operato senza contestazioni fino al 2012, quando il Parlamento, in seguito alle modificazioni delle circoscrizioni per le elezioni del Congresso federale del 2012, ha lamentato di fronte alla giurisdizione federale che l'avere spogliato il Parlamento della funzione di ridisegnare i distretti costituisce una violazione della c.d. *elections clause*. La Corte distrettuale per l'Arizona rigettava nel merito la domanda; la controversia giungeva dunque di fronte alla Corte suprema. L'argomento proposto dal legislatore dell'Arizona era che il termine “*legislature*” contenuto nella *elections clause* dovesse essere interpretato come una riserva a favore degli organi legislativi statali in materia elettorale.

La Corte, nel confermare la sentenza della Corte distrettuale, rigetta la progettazione del *petitioner*, fornendo invece un'interpretazione originalista della *elections clause*.

Infatti, nell'*opinion of the court*, redatta dal giudice Ruth Ginsburg, si rileva come i dizionari in stampa al tempo dell'entrata in vigore della Costituzione definissero il termine “*legislature*” come “*the power that makes laws*”. Tale definizione, precisa Ginsburg, è da ritenersi tuttora valida e coerente con la premessa fondamentale di ogni ordinamento repubblicano che tutto il potere deriva dal popolo. Lo scopo affidato dai padri costituenti alla *elections clause*, prosegue la Ginsburg, non era infatti quello di limitare le modalità attraverso le quali gli stati possono legiferare, ma piuttosto quello di attribuire al Congresso il potere di stabilire regole per la formazione dei distretti elettorali federali, rendendo inefficaci le leggi statali in materia.

La sentenza però non si limita ad affermare la legittimità dell'istituzione della IRC: attraverso una rassegna di estratti di opere di grandi pensatori liberali, come Locke e Madison, la Corte perviene all'enfatica conclusione che «it would be perverse to interpret the term “Legislature” in the Elections Clause so as to exclude lawmaking by the people[..]».

L'iniziativa degli elettori dell'Arizona non viene censurata dalla Corte che, anzi, quando afferma che i cittadini «hanno cercato di recuperare il principio cardine dell'ordinamento repubblicano, ossia il fatto che gli elettori scelgano i loro rappresentanti», sembra addirittura incentivare gli altri Stati dell'Unione alla creazione di organi simili.

Non si può però fare a meno di notare come la pronuncia sia stata resa con una maggioranza di 5 voti a 4, essendo emersa una spaccatura all'interno del Collegio in merito al termine chiave della elections clause: “*legislature*”.

Nell'opinione dissidente del Chief Justice Roberts, condivisa dai giudici Scalia, Thomas e Alito, si propone infatti una lettura restrittiva del termine “*legislature*” intendendolo riferito esclusivamente alle assemblee rappresentative statali. Ciò che stupisce non è tanto il risultato del percorso argomentativo seguito da Roberts, quanto il fatto che a tale risultato si pervenga attraverso lo stesso metodo utilizzato nella *opinion of the court*, ossia un'interpretazione originalista.

Questa circostanza mette a nudo il limite insito di questo tipo di interpretazione molto diffusa nella giurisprudenza nordamericana; il tentativo di fissare una volta per tutte il significato di una disposizione normativa è un'operazione decisamente complessa, anche al momento della stesura della norma potrebbe non esservi un consenso unanime intorno al significato di un termine. La pretesa di attribuire un contenuto immutabile ad una disposizione, a distanza di più di secoli dalla sua stesura, è realizzabile solo a patto di partire dalla premessa che questa disposizione avesse, nel momento in cui veniva scritta, un significato univoco. Ma, come emerso da questa pronuncia, tale premessa non può dirsi sempre verificata.