

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:

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 Grosso, Guido Guidi, Flavia Lattanzi, Aldo Ligustro, Vincenzo Lippolis, Roberto Mastroianni, 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 Piergigli, 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.

Redazioni territoriali

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

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 Moraes (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 Delpiazco (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 Nogueira 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).

Indice dei contributi

EDITORIALE/EDITORIAL

S. Ceccanti, *Una certa idea dell'Italia e della sua transizione. La quarta edizione del manuale Lauvaux-Le Divellec "Les grandes démocraties contemporaines" e il dibattito italiano sulle riforme / An idea of Italy and its transition: The fourth edition of Lauvaux-Le Divellec's "Les grandes démocraties contemporaines" and the Italian debate on the reforms*

p. 1

SAGGI/ARTICLES

A. Ciervo, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: alcune osservazioni ermeneutiche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale / ECHR Protocol n. 16: some hermeneutical observations in the light of the most recent case law of the Constitutional Court*

p. 7

M.C. Locchi, *Brown v. Board of Education oltre confine: la circolazione transnazionale di una landmark decision nella lotta alle discriminazioni in ambito educativo/ Brown v. Board of Education beyond borders: the transnational circulation of a landmark decision in the fight against discrimination in education*

p. 45

M. Mazza, C. Filippini, *Tendenze del costituzionalismo eurasiatico post-sovietico: il caso armeno / Trends in post-soviet Eurasian constitutionalism: the case of Armenia*

p. 79

CASI E QUESTIONI/TOPICAL ISSUES

L'Europa e la crisi: temi e problemi di un'economia fortemente competitiva / Europe and the crisis: themes and problems of a strongly competitive economy

A. Somma, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi / Social market economy and the clash between capitalism*

p. 105

E. Mostacci, *Il fascino discreto della competizione. Legami di solidarietà e pressione competitiva nel processo di integrazione europea / The discreet charm of competition. Solidarity bonds and competitive pressure in the European integration process*

p. 127

NOTE E COMMENTI/SHORT ARTICLES AND COMMENTS

G. Bellomo, *Etichettatura e presentazione dei prodotti alimentari: «caveat emptor» e tutela del «consumatore medio»? / Labelling and presentation of food products: "caveat emptor" and the protection of the 'average consumer'?*

p. 149

F. Dal Cin, *Nota a Corte Suprema degli Stati Uniti, Reed v. Town of Gilbert, Arizona, 576 U.S. (2015): la Corte Suprema rafforza la tutela della libertà di espressione religiosa / Commenting Reed v. Town of Gilbert, Arizona, 576 U.S. (2015) of SCOTUS: The Supreme Court strengthens the protection of the freedom of religious expression?*

p. 159

F. Giulimondi, *Corte di Giustizia della Unione Europea (Sezione Seconda). Sentenza 16 luglio 2015, causa C-615/13 P, ClientEarth e Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) c. European Food Safety Authority (EFSA). Diritto di accesso e trasparenza: veri baluardi della credibilità delle Istituzioni europee / CJEU, dec. 16 July 2015, C-615/13 P, ClientEarth and Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) v. (EFSA). Right to access and transparency: bastions of the credibility of the European institutions*

p. 171

- F. Guella, *La scadenza dei termini nel mandato di arresto europeo tra permanenza delle esigenze collaborative (in ambito GAI) e garanzia della libertà personale (come tratta dalla CEDU) / The expiration of time-limits in the European arrest warrant: needs for cooperation (within the GAI) and the protection of personal liberty (as deriving from the ECHR)* p. 181
- J. Paffarini, *Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Seconda Sezione), 16 luglio 2015, causa C-612/13, ClientEarth contro Commissione Europea. L'accesso alle informazioni ambientali e la tutela delle attività di indagine della Commissione Europea: di nuovo una "lettura funzionale" della Corte di Giustizia? / CJEU, dec. 16 July 2015, C-612/13, ClientEarth v. European Commission. The access to environmental information and the protection of the investigations of the Commission: another a functionalist interpretation from the CJEU?* p. 197
- I. Rivera, *La proprietà dell'embrione umano e la tutela della vita umana. Osservazioni a margine della sentenza CEDU, Parrillo c. Italia (ric. 46470/11) / The protection of life and the 'property' of the human embryo. Reflections to Parrillo v. Italy* p. 209
- G. Santilli, *Il ricongiungimento dei familiari di Paesi terzi alla prova dei "filtri" di integrazione. La Corte riconduce gli Stati membri al vincolo di proporzionalità / Third countries families' reunification and the 'filters' of integration. The Court of Justice brings member States back to the proportionality requirement* p. 223
- L.A. Scialla, *Responsabilità dello Stato ed inadempimento delle autonomie regionali. La dimensione europea della problematica dei rifiuti in Campania – Corte di Giustizia dell'Unione europea (terza sezione). Sentenza 16 luglio 2015, causa C-653/13, Commissione europea c Repubblica Italiana / State responsibility and non-fulfillment by regional authorities. The European dimension of the waste emergency in Campania* p. 235

RASSEGNE COMPARATE/COMPARATIVE REVIEW

- P. Piciocchi *I recenti orientamenti della giurisprudenza europea in materia di politiche sociali / Recent trends in European case-law within the field of social welfare* p. 245

CRONACHE DAL MONDO/CHRONICLES FROM THE WORLD

- E. Pulice, *BELGIO – Corte costituzionale belga, decisione n. 153/2015 / BELGIUM – Constitutional court of Belgium, decision no. 153/2015* p. 261
- J. Tutela, *SPAGNA – En tierra de nadie. Un comentario a las elecciones del 20 de diciembre de 2015 / SPAIN – No man's land. A comment to the elections held on the 20th December 2015* p. 267
- E. Sorda, *SPAGNA – Il Tribunal Constitucional nega l'amparo a due uomini condannati per aver bruciato una foto del Re / SPAIN – The Tribunal Constitucional rejects an amparo from two men responsible for having burnt a picture of the King* p. 275
- E. Stefanelli, *UNGHERIA – Approvate norme restrittive in materia di diritto di asilo / HUNGARY – Restrictive rules concerning the right of asylum have been approved* p. 276
- A.M. Lecis, *FRANCIA – Il Governo francese risponde agli attentati del 13 novembre 2015 proclamando lo stato di emergenza e proponendo una revisione costituzionale / FRANCE – The French Government reacts to the attacks of 13th November 2015 by declaring the state of emergency and proposing constitutional amendments* p. 283
- G. Mannocci, *GIAPPONE – Approvata legge che consente l'utilizzo delle Forze Armate all'estero per la prima volta dopo la fine della Seconda guerra mondiale / JAPAN – A law allowing the deployment of Armed Forces abroad has been approved for the first time since World War II* p. 289
- A. Macchiavello, *NEPAL – Approvata e promulgata la nuova Costituzione / NEPAL – The new Constitution has been approved and promulgated* p. 295



Una certa idea dell'Italia e della sua transizione. La quarta edizione del manuale Lauvaux-Le Divellec *“Les grandes démocraties contemporaines”* e il dibattito italiano sulle riforme

di Stefano Ceccanti

L'uscita di una nuova edizione del migliore manuale di diritto costituzionale comparato francese (e forse non solo francese) è sempre, dal 1990, un'occasione importante per fare il punto su alcune grandi democrazie, a cominciare magari dalla nostra.

I pilastri tradizionali dell'interpretazione sull'Italia sono sempre stati due ed escono ovviamente confermati. Il primo è esposto subito ad inizio del capitolo dedicato al nostro Paese: «L'Italia è, nel 1947, l'ultimo grande Paese dell'Europa continentale a illustrare il parlamentarismo di tipo tradizionale, anche se quest'ultimo viene coniugato con una concezione rinnovata dello Stato» (p. 823; aspetti su cui si ritorna, per ribadire il giudizio, a p. 832). Detto con le nostre categorie, la discontinuità della forma di Stato (da liberale e autoritario a democratico-sociale e pluralista) non ha comportato, rispetto al periodo statutario una significativa discontinuità attraverso una razionalizzazione della forma di governo parlamentare. Ai nuovi principi impegnativi per i pubblici poteri non ha fatto riscontro un irrobustimento significativo delle istituzioni. E la situazione, sul piano strettamente costituzionale, non ha conosciuto in seguito revisioni

significative se si esclude quella del Titolo Quinto (p. 825) nonostante che la procedura prevista dall'articolo 138 sia «relativamente debole» (Ivi). Nondimeno, l'Italia, secondo i nostri Autori, almeno a partire dalle elezioni del 1992 è entrata «in un'interminabile fase di transizione istituzionale e politica» (p. 826).

Il secondo pilastro interpretativo richiama il ruolo particolarmente incisivo del Capo dello Stato che, partendo dal testo del 1947, è comparativamente descritto come anomalo rispetto alle Costituzioni coeve, in particolare a quella della Quarta Repubblica francese e alla legge fondamentale di Bonn. A questa anomalia si aggiunge l'altra, costituita dal bicameralismo paritario indifferenziato. Le altre Costituzioni del periodo si fondano invece su «un monismo assai radicale e su una tendenza al monocameralismo di fatto» (p. 836). Un bicameralismo quasi paritario era stato tipico solo della III Repubblica francese e poteri così significativi del capo dello Stato sulla nomina del Governo e sullo scioglimento non sono rinvenibili nei testi citati: nella Francia e nella Germania di allora, al Capo dello Stato spetta solo l'indicazione di un candidato che ha tale status sino al voto favorevole della Camera politica, mentre lo scioglimento tende a ruotare soprattutto sull'asse maggioranza-Premier. In questo gli Autori colgono una continuità di lungo periodo con la fase statutaria, evocando la laconicità del testo della Carta (p. 831) che autorizzava già a priori “varianti suscettibili di interpretazione” con un ruolo pronunciato del monarca sulla forma di governo, di cui si richiamano poi gli effettivi episodi più rilevanti. In fondo, quindi, «la Costituzione del 1947 eredita dalla monarchia dei Savoia il suo classicismo» (p. 832). Come si spiega più oltre, «il Presidente della Repubblica italiana rimane incontestabilmente quello tra i Capi di Stato parlamentari a disporre, di diritto e di fatto, dei poteri più ampi e meno contestati» (p. 852). La forza del primo sistema dei partiti, a parte qualche momento critico nei passaggi da una formula politica alla successiva (centrismo, centro-sinistra, solidarietà nazionale, pentapartito), ha a lungo oscurato questo secondo pilastro. Nel 1990, di fronte ai primi scricchiolii del sistema, la prima edizione aveva però già sottolineato che le virtualità dualiste avrebbero potuto trovare nuova attualità. Sin dalla seconda edizione il Manuale ricorda che questa sorta di profezia si è poi avverata a partire dalla Presidenza Scalfaro: da allora «le virtualità dualiste del sistema costituzionale si sono largamente rivelate a causa della crisi stessa che lo colpisce» (p. 837). Non si

trattava più infatti della transizione da una formula politica all'altra, ma da un sistema di partiti ad un altro.

In questa transizione il terreno privilegiato di innovazione è stato quello elettorale e qui il Manuale tenta in questa edizione un giudizio più compiuto sul governo di coalizione nel secondo sistema dei partiti (è la principale novità) a partire dalle leggi elettorali Mattarella e Calderoli, di cui sottolinea, in modi diversi, l'intima contraddittorietà: esse sono chiamate a incentivare il bipolarismo, ma al tempo stesso favoriscono la frammentazione nelle coalizioni pre-elettorali. Questo era già vero con la doppia competizione della legge Mattarella (collegi uninominali ma anche voto proporzionale su liste e correlata proporzionalizzazione delle candidature nei collegi) ma poi si è accentuata con la Calderoli che unificava le coalizioni solo sulla base del premio (p. 843), cosa che ha frammentato e reso più incoerente la logica delle coalizioni pre-elettorali (p. 936). Sul rendimento del sistema ha inciso anche un'interpretazione presidenziale-assembleare del potere di scioglimento, secondo la quale l'esistenza di una qualsiasi maggioranza esenterebbe dal ricorso a tale strumento, dando così un efficace potere di crisi alle minoranze della maggioranza. Questa visione «rafforzata, anche dopo la transizione... appare ormai come connessa a connotazioni politiche inseparabili da una lettura dualista della Costituzione» (p. 872) e rende strutturalmente deboli i Governi di coalizione (p. 872 ed anche p. 939). Per questo, se all'inizio della transizione la legittimazione diretta dei Governi che hanno iniziato le legislature dal 1994 al 2008 è apparsa come una discontinuità importante (p. 923 e qui si cita un importante contributo del 2002 di Lucio Pegoraro sulla rivista "Pouvoirs"), successivamente le ripetute cadute di tali esecutivi nel prosieguo delle legislature (ultimo il Berlusconi IV) hanno dato l'impressione di ripetute false partenze (Ivi). In sintesi, «i partiti alleati davanti agli elettori hanno conservato la loro autonomia» (p. 935) e «la particolarità del periodo aperto nel 1992-1994 è soprattutto quella dell'alternanza tra classici governi di partito e governi presidenziali o 'tecnici'» (p. 936). Si potrebbe quindi adattare anche all'Italia la definizione data da Jean-Claude Colliard per il sistema francese di "governo parlamentare a correttivo presidenziale" (p. 942). La crisi degli esecutivi legittimati direttamente non riapre quindi spazi a una mitologica "centralità del parlamento" che, come tale, non è mai esistita, visto che in precedenza vi era una centralità dei partiti di massa che si rifletteva in Parlamento, ma solo a tale

correttivo. Ovviamente il ripetersi di queste eventualità a proposito di un Presidente non direttamente eletto pone il problema di un equilibrio tra “potere e responsabilità” che può essere risolto o eleggendo direttamente il Presidente o con un esito opposto, un assetto monista in cui siano “resi superflui gli interventi eccessivi del Capo dello Stato (p. 943), che è quello a cui tende l’Italicum (p. 844) e che suppone però anche interventi costituzionali sulla forma di governo (p. 951). Il Manuale non manca infatti di segnalare che le medesime coalizioni che sul piano nazionale non hanno funzionato hanno invece dato una performance positiva sul piano comunale e regionale in presenza del meccanismo del *simul stabunt simul cadent* (tra vertice dell’esecutivo e assemblea proprio della forma di governo parlamentare elaborata da Maurice Duverger, p. 899). Implicitamente, ma neanche troppo, il Manuale fa quindi capire che la soluzione dell’Italicum sul premio di lista è inevitabilmente legata alla mancata modifica degli articoli della Costituzione relativi alla forma di governo. Se essi restano inalterati e, se si intende evitare un costante ricorso al correttivo presidenziali quando le coalizioni entrano in crisi, è assai difficile evitare di eliminare il ricorso alle coalizioni.

Il Manuale fa poi anche una disamina della transizione del tipo di Stato e segnala che, sia pure con alcune incertezze, la Corte ha cercato di rimediare ad alcune ambiguità del nuovo Titolo V e ad alcuni eccessi “federalisti” negli elenchi di competenza con una giurisprudenza che ha finito per riproporre di fatto in forma diversa un’inevitabile tutela degli “interessi unitari” del sistema (pp. 905-906).

Quali consapevolezze trarne rispetto alla recente riforma elettorale e a quella costituzionale *in itinere*? La seconda non affronta direttamente (tranne che per la fine del doppio rapporto fiduciario) il primo pilastro problematico indicato dagli Autori, ossia la mancata razionalizzazione della forma di governo. In questo senso, all’opposto di alcune critiche italiane che denunciano una presunta concentrazione dei poteri, seguendo gli Autori si dovrebbe invece ritenere la riforma solo parziale. Questa ragione è anche quella che spiega il maggior rigore adottato sulla competizione, ora limitata alle sole liste e non più estesa a coalizioni: una sorta di limitata “razionalizzazione indiretta” della forma di governo, senz’altro in grado a inizio legislatura, con una chiara legittimazione del Governo, di negare spazio al secondo pilastro anomalo, il dualismo (o correttivo) presidenziale, che però

potrebbe di nuovo manifestarsi in corso di legislatura. Quanto all'incrocio tra il nuovo Senato e l'evoluzione del tipo di Stato, il manuale ci suggerisce in fondo l'idea che la presunta (e da taluno criticata) ricentralizzazione delle competenze legislative si è in fondo già realizzata, senza però quella regionalizzazione del Senato che può venire, ora, a integrarla e a bilanciarla.

Ammesso quindi che si condivida quella certa idea dell'Italia e delle sue istituzioni che anima anche questa nuova edizione aggiornata del Manuale di Lauvaux e Le Divillec, a partire da essa il giudizio sull'insieme delle riforme del nostro Paese appare chiaro: la direzione è giusta e coerente, anche se gli interventi appaiono ancora parziali e non si sa fino a che punto risolutivi.

Stefano Ceccanti, 5 gennaio 2015



ISSN 2037-6677

2015/4

Il protocollo n. 16 alla CEDU: alcune osservazioni alla luce della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale

The Protocol No. 16: reflections on The Constitutional Court case-law

A. Ciervo

Abstract

This article provides an overview of some general features of the Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights adopted by the Council of Europe. The author analyzes some critical aspects of the Protocol in order to understand if it could reinforce the relationship between the highest National Courts and Strasbourg Court.

Tag : European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Protocol No. 16, national courts, Constitutional Court



Il Protocollo n. 16 alla CEDU: alcune osservazioni alla luce della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale

di Antonello Ciervo*

SOMMARIO: 1. – Il Protocollo n. 16 alla CEDU: un testo che sollecita la riflessione dottrinale. 2. – L’articolo 1, paragrafo 1 del Protocollo n. 16 alla CEDU: quali sono le “più alte giurisdizioni” dell’ordinamento italiano? 3. – Segue: la Corte costituzionale è una “alta giurisdizione” dell’ordinamento italiano? 4. – La “griglia ermeneutica” della Corte costituzionale letta alla luce del Protocollo n. 16 alla CEDU. 5. – La natura non vincolante del parere della *Grande Chambre*: profili critici. 6. – Alcune brevi osservazioni conclusive.

1. – Il Protocollo n. 16 alla CEDU: un testo che sollecita la riflessione dottrinale

Il 20 luglio 2013, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha adottato il testo del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (d’ora in avanti, CEDU) che è stato aperto alla firma il successivo 2 ottobre, al fine di entrare

Questo lavoro trae ispirazione dal seminario del 25 settembre 2014, organizzato dalla Prof. ssa Luisa Cassetti, relatore Prof. Oreste Pollicino, nell’ambito del corso di Dottorato in Scienze Giuridiche del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Perugia. Alla Prof. ssa Cassetti ed al Prof. Oreste Pollicino vanno i miei più sinceri ringraziamenti per le numerose sollecitazioni teoriche che mi hanno determinato a scrivere questo saggio.

in vigore entro tre mesi dalla ratifica di almeno dieci Stati membri del Consiglio. Sebbene all'inizio di maggio 2015 nessuno degli Stati appartenenti al Consiglio d'Europa avesse ancora ratificato il Protocollo, tuttavia, quattordici Paesi – tra cui si segnala l'Italia –, hanno già firmato questo importante trattato internazionale che inciderà significativamente, al momento della sua entrata in vigore, sui rapporti tra ordinamenti interni ed ordinamento convenzionale.

Il Protocollo n. 16 è il punto di arrivo di un lungo processo politico-istituzionale promosso dal Consiglio d'Europa e finalizzato ad estendere la competenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare consentendo a quest'ultima di emettere pareri consultivi non vincolanti nei confronti degli Stati richiedenti, un processo questo che era stato inaugurato con il rapporto del “Gruppo dei Saggi”, istituito ai sensi del Piano di Azione adottato al terzo vertice dei Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, durante il *summit* tenutosi a Varsavia il 16 e 17 maggio 2005¹.

Il rapporto è stato poi valutato dal Comitato direttivo per i Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti, CDDU) e, nel corso dell'aprile 2011, a seguito dei lavori della Conferenza di Smirne sul futuro della Corte, è stata approvata una dichiarazione finale con cui si invitava il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a considerare l'opportunità di introdurre una procedura che consenta alle più alte giurisdizioni nazionali di richiedere pareri consultivi alla Corte relativamente alla interpretazione e alla applicazione della CEDU².

¹ Per un quadro generale del dibattito all'interno del Consiglio d'Europa sulle ipotesi di riforma del sistema convenzionale, si veda F. Vecchio, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e «cortocircuiti» ideologici*, in www.rivistaaic.it, Osservatorio AIC, novembre 2013.

² La dichiarazione finale della Conferenza di Smirne è reperibile al seguente URL: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Reform+of+the+Court/Conferences>. Sul dualismo funzionale – ossia giudiziale e consultivo – delle Corti internazionali, si rinvia in dottrina a M.-C. Runavot, *La compétence consultative des juridictions internationales: reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*, Paris, 2010; A. Ondoua, D. Szymczak (cur.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, 2009. Sul punto, per un'analisi comparativa tra la Corte di Strasburgo e la Corte interamericana dei diritti umani, si rinvia alle osservazioni di A. Di Stasi, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un «trans-regional judicial dialogue» ad una «cross-fertilization»?*, in L. Cassetti, A. Di Stasi, C. Landa Arroyo (cur.), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo. Derechos y jurisprudencia. La Corte interamericana y el Tribunal europeo de derechos humanos*, Napoli, 2014, 1 ss. Da ultimo in tema, si vedano anche E. Cannizzaro, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, in E. Lamarque (cur.), *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*, Torino, 2015, 79 ss.

Sebbene ad oggi il testo del Protocollo n. 16 alla CEDU abbia una rilevanza puramente internazionalistica, tuttavia, i suoi contenuti sono – in una visione prospettica – di estremo interesse per lo studioso di diritto costituzionale proprio perché, nel momento in cui il Protocollo entrerà in vigore, inciderà sensibilmente sui rapporti tra ordinamento italiano ed ordinamento convenzionale, implementando così quel processo di integrazione tra i due ordinamenti auspicato da lungo tempo dalla dottrina italiana³.

In questa sede, pertanto, si svolgerà una prima analisi del testo del Protocollo n. 16, al fine di far emergere i profili di maggior rilievo, ma anche le criticità e le possibili situazioni di attrito che potrebbero condurre – in particolar modo le Corti apicali del nostro ordinamento giudiziario – a ripensare il dialogo giurisprudenziale con la *Grande Chambre* di Strasburgo, un dialogo che senza dubbio si è notevolmente implementato a partire dal 2007, ossia dalla pubblicazione delle cc.dd. “sentenze gemelle” della Consulta⁴.

In particolare, nel corso delle prossime pagine si svolgerà un’analisi ermeneutica dei primi sei articoli del Protocollo n. 16 (oltre ad un breve *incursus* ermeneutico sull’art. 10), si proveranno ad analizzare cioè quegli articoli che definiscono la specifica procedura di emissione, da parte della Corte di Strasburgo, di un parere consultivo non vincolante, a seguito di una questione “pregiudiziale”⁵ sollevata dalle

³ Per tutti, sul punto, si rinvia alle imprescindibili riflessioni di S. P. Panunzio, *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (cur.), *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 31.

⁴ Dell’ampio dibattito dottrinario seguito alla pubblicazione delle cc.dd. “sentenze gemelle” della Corte costituzionale, si vedano almeno M. Cartabia, *La CEDU nell’ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *All’incrocio tra Costituzione e CEDU*, Torino, 2007, 17 ss.; Ead., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3573 ss.; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Costituzione italiana*, in *Corr. Giur.*, 2010, 959 ss.; M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, *ivi*, 2008, 204 ss.; P. Ridola, *La Corte costituzionale e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo: tra gerarchia delle fonti nazionali e armonizzazione in via interpretativa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 187 ss.; O. Pollicino, *The Italian Constitutional Court at the cross road between constitutional parochialism and cooperative constitutionalism. Case note on judgments no. 348 and 349 of 2007*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2008, 363 ss.; C. Pinelli, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 239 ss.; G. Repetto, *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2008, 309 ss.

⁵ A questo punto dell’analisi, in ragione anche del fatto che il Protocollo n. 16 alla CEDU non ha ancora trovato esecuzione nel nostro ordinamento giuridico, le virgolette ci sembrano assolutamente obbligatorie. Sul punto, tuttavia, la dottrina più attenta ha già avuto modo di esprimersi, evidenziando come «[u]na volta ammessa da parte della Corte costituzionale, la sua natura di giurisdizione riguardo all’utilizzo del meccanismo del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, potrebbe pensarsi a un’applicazione analogica dell’art. 3 della legge 204/1958 che disciplina le modalità di rinvio da parte della giurisdizione ordinaria e speciale alla Corte di giustizia dell’Unione europea». Così O.

Corti apicali interne rispetto ad una fattispecie concreta – ancora pendente in sede nazionale – concernente l'applicazione della CEDU. L'obiettivo di questo lavoro, in sintesi, sarà quello di far emergere, a partire da un giudizio prognostico del testo normativo di recepimento del Protocollo n. 16 nel nostro ordinamento giuridico, gli elementi di maggiore criticità ma, al contempo, i profili utili ad una maggiore integrazione – istituzionale, oltre che giurisprudenziale – tra Corti apicali italiane e Corte di Strasburgo.

Ad avviso di chi scrive, infatti, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla CEDU, lo studioso di diritto costituzionale si troverà di fronte ad uno scenario completamente diverso rispetto a quello a cui è stato tradizionalmente abituato: per la prima volta, infatti, il nostro ordinamento si aprirà ad una maggiore integrazione con l'ordinamento convenzionale, non soltanto dal punto di vista giurisprudenziale – in quella prospettiva di “dialogo tra le Corti” che fino ad oggi ha caratterizzato l'impostazione scientifica della dottrina italiana⁶ –, ma anche in un'ottica di raccordo istituzionale formale, che è poi la grande novità che introduce il Protocollo in questione e che, certamente, segna un elemento di forte discontinuità rispetto alla situazione presente.

Pollicino, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex protocollo 16?*, in www.forumcostituzionale.it, 02. 04. 2014, 7, ora anche in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, op. cit., 17 ss.

Ad avviso di R. Romboli, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in www.rivistaic.it, n. 3/2014, 12. 09. 2014, 32-33, in una prospettiva più generale e sistemica, «La previsione di una ulteriore pregiudiziale determina il possibile porsi per il giudice nazionale nominato quale soggetto legittimato a chiedere il parere della Corte Edu, di una nuova situazione che potremmo definire della “triplice pregiudizialità”, potendosi infatti verificare che, nel corso di un giudizio, quel giudice ritenga sussistere contemporaneamente le condizioni per proporre tutte e tre le questioni pregiudiziali». Al contrario, ad avviso di R. Conti, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in www.consulta.org, s. d., 6, «[q]uel che sembra caratterizzare, all'interno del Protocollo n. 16, il rapporto di complementarietà fra giudice interno e giudice di Strasburgo è correlato all'atteggiarsi del rinvio in esame come strumento preventivo che parte dal giudice nazionale e che non intende né elidere le prerogative, né travolgere l'operato della Corte europea, esulando realmente da un meccanismo di tipo gerarchico. In questo appaiono evidenti le sintonie con il fratello maggiore, rappresentato dal rinvio pregiudiziale alla Corte UE». Il saggio citato è ora reperibile anche in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, op. cit., 97 ss.

⁶ Sul punto si rinvia agli importanti lavori di A. Schillaci, *La cooperazione nelle relazioni tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaic.it, n. 4/2012, 02. 10. 2012, oltre che Id., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, 2012, per una ricostruzione ampia ed approfondita del dibattito italiano su questo tema, in una prospettiva di tipo “integrazioneista”. Al riguardo, non si può prescindere dal fondamentale lavoro di P. Ridola, *Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale europea. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un Diritto costituzionale europeo*, in Id., *Diritto comparato*, op. cit., 199 ss.

In conclusione, ad avviso di chi scrive, è forse opportuno provare ad anticipare i tempi dell'analisi al riguardo, così da giungere preparati ad affrontare i significativi cambiamenti che questo testo apporterà al nostro ordinamento giuridico, cercando sin da subito di individuare quei profili “sistemici”⁷ che potrebbero, in un futuro prossimo, creare rigidità ed attriti al processo di integrazione tra i due ordinamenti.

Si tratta, se si vuole, di una nuova sfida che l'ordinamento CEDU pone alla dottrina (e alla giurisprudenza) italiana, sia in termini di ripensamento delle proprie categorie dogmatiche, sia in termini di ricerca di soluzioni concrete che risultino equilibrate e sappiano ponderare la necessaria apertura al nuovo, nel pieno rispetto degli standard di garanzia e tutela dei diritti fondamentali, approntati dal nostro ordinamento giudiziario e, soprattutto, dalla nostra Carta costituzionale.

2. – L'articolo 1, paragrafo 1 del Protocollo n. 16 alla CEDU: quali sono le “più alte giurisdizioni” dell'ordinamento italiano?

Per entrare nel merito delle questioni normative che pone il Protocollo n. 16 alla CEDU, partiamo direttamente dall'analisi del testo dell'articolo 1 e procediamo ad un'interpretazione di tipo letterale. L'articolo in commento consta di tre paragrafi, ma per il momento ci soffermeremo a considerare soltanto il primo di essi che così recita:

«1. Le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'articolo 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli».

La disposizione in oggetto, quindi, rinviando al successivo articolo 10 del Protocollo, stabilisce il principio in base al quale le più alte giurisdizioni di uno Stato membro del Consiglio d'Europa possano chiedere alla Corte di Strasburgo di esprimersi – in sede di *Grande Chambre*, mediante parere consultivo –, su di una questione di principio che concerne (balza subito agli occhi dell'interprete l'uso

⁷ In questo ambito di studi, come evidenziava già S. P. Panunzio, *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, op. cit., 77-78, il termine “sistema” può essere utilizzato soltanto tra virgolette, poiché è necessario affrontare, come del resto si sta provando a fare in questo scritto, la materia di indagine in una prospettiva “circolare”, piuttosto che “bilaterale”.

dell'endiadi impiegata dai redattori del CDDU) «l'interpretazione ovvero l'applicazione dei diritti», così come definiti all'interno del testo della Convenzione e dei suoi protocolli⁸.

Il rinvio all'articolo 10 è finalizzato a lasciare ai singoli Stati membri un certo margine di scelta al riguardo, in quanto tale disposizione stabilisce che – al momento della firma, ovvero al momento del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione del testo –, i Paesi membri del Consiglio d'Europa potranno comunicare al Segretario generale del Consiglio quali autorità giudiziarie intendono individuare – ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1 del Protocollo –, come “alte giurisdizioni” nazionali, dichiarazione questa – si premura di precisare il testo – che potrà essere modificata successivamente, in qualsiasi momento e nel rispetto delle medesime formalità, da parte della stessa Alta parte contraente.

L'uso del verbo “possono” ci fa subito comprendere che siamo di fronte ad una procedura di richiesta di parere consultivo facoltativa e non obbligatoria: al riguardo, il report esplicativo al Protocollo n. 16 precisa che l'autorità giudiziaria che deciderà di sollevare la richiesta di parere avrà comunque diritto a ritirarla successivamente, in qualsiasi momento⁹. Risulta evidente che, sotto questo profilo, il Protocollo n. 16 necessita di un'integrazione normativa in sede di recepimento interno, poiché – come sembra a chi scrive – siamo comunque di fronte ad un evento processuale (esterno al procedimento principale, ma che si ripercuoterebbe in maniera tangibile e concreta all'interno di quest'ultimo), che necessita di una definizione analitica di quei criteri giuridici i quali, in seguito, potranno eventualmente essere utilizzati dal giudice *a quo* proprio al fine di ritirare la richiesta di parere consultivo.

Inoltre, stando alla disposizione del Protocollo, in questo modo si corre il rischio – non soltanto in via astratta – di ledere il principio della certezza delle forme processuali, poiché un eventuale ritiro della richiesta di parere necessita quanto meno di una motivazione che si fondi su parametri normativi stringenti e che non può evidentemente essere lasciata alla discrezionalità del giudice rimettente,

⁸ Al riguardo, bisogna subito ricordare che, ai sensi del successivo articolo 6 del Protocollo n. 16, le Alte Parti contraenti considerano i primi 5 articoli del Protocollo come disposizioni addizionali al testo della Convenzione medesima.

⁹ Così il *Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo*, punto 7, reperibile al seguente URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ITA.pdf.

soprattutto se si tratta di un giudice di ultima istanza il cui operato non sarebbe comunque censurabile in sede di appello (ovvero di legittimità).

Si potrebbe anche ragionare *a contrario* affermando che un simile controllo non sarebbe comunque necessario, perché la richiesta di un parere consultivo (tra l'altro, come detto e come meglio vedremo in seguito, non vincolante) della Corte di Strasburgo non inciderebbe in maniera sostanziale sulle situazioni giuridiche fatte valere delle parti in causa, nell'ambito del procedimento principale. Resta tuttavia il dato di fatto che, così facendo, cioè lasciando alla piena discrezionalità della Corte apicale la possibilità di ritirare *ad libitum* la richiesta di parere, verrebbe certamente frustrato il principio della ragionevole durata del processo principale, con il rischio poi che, sotto questo profilo, la condotta del giudice interno potrebbe essere soggetta anche ad una censura, *ex art. 6 CEDU*, proprio da parte della Corte di Strasburgo in sede giudiziale.

Come *extrema ratio* potrebbero venire in soccorso dell'interprete le norme dei rispettivi codici processuali nazionali, i quali prevedono specifiche ipotesi di interruzione e/o estinzione del procedimento principale: in questi casi, allora, fatti e/o circostanze sopravvenute (endoprocedimentali o esoprocedimentali) fornirebbero il presupposto logico-giuridico per il ritiro della richiesta di parere, la quale diverrebbe così priva di efficacia, o comunque priva di utilità ai fini dell'economia processuale del giudizio principale.

Tuttavia, al di fuori di queste ipotesi, comunque rinvenibili tassativamente negli specifici codici di rito degli Stati membri, al momento non si riescono ad individuare altri presupposti normativi in grado di consentire un "ritiro motivato" della richiesta di parere da parte delle Corti apicali interne¹⁰.

Ma la questione ermeneutica più interessante che pone l'articolo 1, paragrafo 1 del Protocollo n. 16 rimane, ad avviso di chi scrive, quella che concerne la corretta individuazione delle «più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente». Al riguardo, sempre il report esplicativo al Protocollo, in particolare al punto 8, precisa che «[l]a locuzione "le più alte giurisdizioni" fa riferimento alle autorità giudiziarie al vertice del sistema giudiziario nazionale. L'uso dei termini "le più alte", invece di "la più

¹⁰ Sul punto, si vedano le osservazioni di 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.rivistaaic.it*, n. 1/2014, 07. 02. 2014, 11, nota 45.

alta”, permette la potenziale inclusione di quelle autorità giudiziarie che, sebbene inferiori alla corte costituzionale o alla corte suprema, sono tuttavia di particolare rilevanza in quanto sono le “più alte” per una particolare tipologia di cause».

La *ratio* della disposizione risulta a questo punto più chiara: da un lato, con il rinvio all’art. 10 del Protocollo, si lascia un ampio margine di apprezzamento ai singoli Stati membri nell’identificare quali siano questi organi giudiziari; dall’altro, coerentemente con il principio dell’esaurimento delle vie di ricorso interne, la scelta del CDDU si è orientata verso le “più alte giurisdizioni” proprio al fine di consentire l’impiego della richiesta di un parere consultivo in funzione deflattiva dei ruoli giudiziari della Corte di Strasburgo e, al contempo, per uniformare l’interpretazione della CEDU all’interno dell’ordinamento nazionale, proprio al livello giudiziario gerarchicamente più elevato (quello delle Corti apicali, per l’appunto).

Una simile ricostruzione, ci sembra evidente, si adatta in maniera molto efficace al ruolo che storicamente ha avuto la Corte di Cassazione nel nostro ordinamento giudiziario: in questa prospettiva, allora, si può affermare che l’art. 1, paragrafo 1 del Protocollo n. 16 tende a far risaltare ulteriormente il secolare ruolo nomofilattico della Suprema Corte italiana. Ragionamento analogo, del resto, può essere fatto, *mutatis mutandis*, per il Consiglio di Stato e – sebbene il dialogo con Strasburgo sia stato alquanto sporadico fino ad oggi – per la Corte dei Conti¹¹.

Parlando di “più alte giurisdizioni” statali, inoltre, il Protocollo n. 16 sembrerebbe far riferimento all’organo giudiziario in quanto tale, non a specifiche composizioni interne dello stesso, come potrebbero essere, ad esempio, le Sezioni unite della Corte di Cassazione, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ovvero le Sezioni riunite della Corte dei Conti.

¹¹ In realtà, proprio nel corso degli ultimi anni, la dottrina italiana più sensibile a questi temi ha incominciato ad approfondire le modalità di dialogo tra la Corte dei Conti e la Corte di Strasburgo. Una testimonianza di questa sensibilità scientifica nuova della nostra dottrina, nei confronti di un tema fino ad oggi poco praticato, è da individuare nei recenti studi di A. Oddi, *La CEDU e le garanzie nel giudizio contabile*, in F. Bilancia, C. Califano, L. del Federico, P. Puoti (cur.), *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e giustizia tributaria italiana*, Torino, 2014, 60 ss. Il tema si è posto anche con riferimento al “giusto processo” tributario, sebbene al riguardo il giudice apicale competente resti la Corte di Cassazione; per approfondimenti sul punto, si rinvia a L. del Federico, *Quadro teorico e itinerari giurisprudenziali per giungere all’applicazione della CEDU in materia tributaria*, *ivi*, 72 ss.; C. Attardi, *Il ruolo della Corte Europea nel processo tributario*, Milano, 2008 e S. Cociani, *L’impatto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo sull’effettività della tutela dei diritti del contribuente*, in L. Cassetti (cur.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, 453 ss.

Tuttavia, come pure è stato opportunamente evidenziato in dottrina, una specifica opzione da parte del legislatore italiano in questo senso se, da un lato, potrebbe ulteriormente rafforzare il dialogo tra Corti apicali interni e *Grande Chambre*¹², dall'altro, tuttavia, determinerebbe il rischio – ontologicamente insito in un'opzione del genere – di una forte verticalizzazione dell'azionabilità della richiesta di parere consultivo, in ragione di una serie di passaggi intermedi obbligatori sotto il profilo processuale che renderebbero ulteriormente elefantico l'approdo all'effettivo impiego di questo istituto. Molto meglio, allora, sarebbe se il legislatore interno si limitasse a conferire questa competenza alle tre Corti apicali di cui sopra, senza ulteriori specificazioni, consentendo cioè alle singole sezioni semplici di poter attivare questo meccanismo di dialogo con la *Grande Chambre*, piuttosto che confinarlo al *sancta sanctorum* giurisprudenziale delle Sezioni unite, dell'Adunanza plenaria ovvero delle Sezioni riunite della Corte dei Conti.

Un discorso a parte deve però essere svolto per quel particolare “procedimento” amministrativo (le virgolette al riguardo sono ormai d'obbligo) previsto dal nostro ordinamento giuridico che è il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Come è noto, infatti, il D. P. R. n. 1199/1971 introduceva nel nostro sistema amministrativo, agli articoli 8 e seguenti, questo “procedimento amministrativo di secondo grado”¹³ *sui generis* che consentiva, da parte di chi ne avesse avuto interesse, di impugnare entro 120 giorni dalla loro emanazione i provvedimenti amministrativi definitivi. Il legislatore, in questo modo, introduceva un ricorso innanzi al Ministero competente, ai soli fini istruttori, Ministero che avrebbe poi inoltrato la relativa pratica al Consiglio di Stato il quale, in composizione consultiva, avrebbe redatto un parere semivincolante finalizzato a risolvere la controversia. Tale parere, a sua volta, se la Pubblica Amministrazione competente avesse ritenuto opportuno conformarvisi, avrebbe condotto ad una decisione definitiva a firma, per l'appunto, del Presidente della Repubblica, impugnabile eventualmente per revocazione, ai sensi dell'art. 395 del Codice di procedura civile, ovvero innanzi al giudice amministrativo per vizi di legittimità.

¹² Così R. Conti, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16*, op. cit., 14.

¹³ La celebre formula utilizzata nel testo, come noto, è stata coniata da M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 542.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 69 della legge n. 69/2009¹⁴, tuttavia, il succitato parere del Consiglio di Stato ha assunto carattere totalmente vincolante e ciò, pertanto, ha determinato un mutamento sostanziale della natura del procedimento *de quo* che da "procedimento amministrativo di secondo grado" *sui generis*, si è definitivamente trasformato in un rimedio giurisdizionale di carattere impugnatorio a tutti gli effetti, come del resto è stato riconosciuto a chiare lettere anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con un'importante decisione del 2013 (la n. 9)¹⁵.

A ciò deve poi aggiungersi un ulteriore rilievo formale, comunque sintomatico dell'effettiva torsione qualitativa in senso giurisdizionale che questo procedimento amministrativo *sui generis* ha assunto a seguito della novella del 2009: con l'art. 33 della legge n. 111/2011, infatti, il legislatore ha stabilito il pagamento obbligatorio del contributo unificato anche per i ricorsi straordinari, un adempimento questo che, come abbiamo osservato, conferma la natura ormai (sostanzialmente) giurisdizionale di questo rimedio amministrativo di secondo livello¹⁶.

Come è noto, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 69/2009, si era assistito ad un conflitto giurisprudenziale tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la nostra Corte costituzionale sulla natura di questo particolare tipo di ricorso, con specifico riferimento alla possibilità – da parte del Consiglio di Stato in sede di formulazione del parere (allora) semivincolante –, di sollevare una questione di legittimità costituzionale, ovvero una questione pregiudiziale innanzi al giudice comunitario¹⁷.

¹⁴ Al riguardo, si rinvia alle acute osservazioni sul tema di L. Viola, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e Codice del Processo amministrativo: un rapporto problematico*, in www.federalismi.it, n. 9/2011, 27. 04. 2011.

¹⁵ Si veda Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 6 maggio 2013, n. 9, testo reperibile in *Giur. it.*, 2013, 2374 ss., con nota di F. G. Scoca, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*. L'Adunanza Plenaria, al riguardo, si è espressa in termini assolutamente univoci sulla questione, affermando che «[i]l decreto decisorio che definisce la procedura innescata dalla proposizione del ricorso straordinario è una decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale e caratterizzata, nel regime di alternatività, dalla stabilità tipica del giudicato e, quindi, bisognosa di una tutela esecutiva pienamente soddisfattoria».

¹⁶ Sul punto, si consideri che la I sezione del Consiglio di Stato – che è poi una delle due sezioni consultive competenti sui ricorsi straordinari – ancora di recente, si è pronunciata a favore della natura amministrativa di questo rimedio (cfr. Sez. I, adunanze del 2 e 16 luglio 2014, n. 01033/2014, non pubblicata).

¹⁷ Per inciso, anche la Corte di Strasburgo in passato si è espressa su questa *vexata quaestio* con la sentenza *Nardella c. Italia* (decisione n. 45814/1999). In questo caso, infatti, i giudici europei avevano evidenziato come il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, da un lato, si concludesse di fatto con un provvedimento amministrativo comunque impugnabile innanzi alla giustizia amministrativa, dall'altro, che il soggetto destinatario dell'atto amministrativo impugnato, decidendo di avvalersi di questo particolare rimedio

Nella famosa sentenza *Garofalo e altri contro Italia* del 16 ottobre 1997 (procedimenti riuniti da C-69/96 a C-79/96), ad esempio, la Corte di Lussemburgo aveva avuto modo di affermare che il Consiglio di Stato adito in sede consultiva, pendente un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, doveva essere considerato una giurisdizione a tutti gli effetti, ai sensi dell'allora vigente art. 177 TCE¹⁸.

Ad oggi, quindi, il Consiglio di Stato può sicuramente sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Lussemburgo, in sede consultiva e in pendenza di un ricorso straordinario: si consideri poi che, grazie ad una recente decisione della Consulta, il Consiglio di Stato può sollevare, nella medesima sede, anche la questione di legittimità costituzionale. In questo modo, la Corte costituzionale ha finalmente superato una situazione di *empasse* che si era venuta a creare a seguito di un suo precedente molto importante, ossia la sentenza n. 254 del 2004¹⁹.

Al riguardo, però, si deve registrare come, a dieci anni di distanza da questa decisione, con la sentenza n. 73 del 2014²⁰ l'atteggiamento della Corte sia radicalmente mutato, sebbene anche in questa circostanza si sia ulteriormente persa, da parte del Giudice delle leggi, un'ottima occasione per approfondire le caratteristiche giurisdizionali del Consiglio di Stato in questo particolare procedimento/processo amministrativo, come invece hanno opportunamente fatto sia le Sezioni unite della Corte di Cassazione che la stessa Adunanza plenaria²¹.

Al punto 2 del "Considerato in Diritto" di questa sentenza, infatti, la Corte riconosce finalmente la natura giurisdizionale delle sezioni consultive del Consiglio di Stato, in ragione semplicemente della novella del 2009, alla luce quindi della mera

piuttosto che della tutela giurisdizionale, rinunciava volontariamente alle garanzie del giusto processo, come previste all'art. 6 CEDU. Per approfondimenti su questa decisione della Corte EDU, si rinvia a B. Marchetti, *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, op. cit., 75-76.

¹⁸ Tale riconoscimento era da ricollegare al fatto che il ricorrente, il quale chiede l'annullamento di un atto amministrativo, risulta sempre libero di scegliere tra due rimedi tra di loro alternativi – quello straordinario, per l'appunto, e quello ordinario, ossia il ricorso giurisdizionale al Tribunale Amministrativo Regionale competente.

¹⁹ La sentenza è reperibile in *Giur. cost.*, 2004, 2614 ss.

²⁰ La sentenza è reperibile in *Giur. cost.*, 2014, 1469 ss., con osservazioni di F. G. Scoca, *La Corte costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, *ivi*, 1467 ss. e di A. Mangia, *Accesso alla Corte, pareri vincolanti, pareri "decisori". La decostituzionalizzazione dell'art. 137 Cost.*, *ivi*, 1481 ss.

²¹ Sul punto, si rinvia per tutti a P. Tanda, *Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale sulla c. d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in www.federalismi.it, n. 21/2014, 05. 10. 2014; E. Furno, *La Corte costituzionale e le sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato : l'insorgere di un nuovo "giudice a quo" !*, in www.forumcostituzionale.it, 05. 01. 2015.

soppravvenuta natura vincolante del parere, così come statuito dal legislatore ordinario: in questo modo, pertanto, l'antico ricorso amministrativo – afferma la Corte – si è trasformato in un rimedio giurisdizionale sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”, a cui quindi è possibile applicare l'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948, oltre che l'art. 23 della legge n. 87 del 1953.

Non è certamente questa la sede per scandagliare ulteriormente le ragioni di questo mancato approfondimento della questione da parte della Consulta, né per domandarsi il motivo per cui non abbia voluto riprendere le più analitiche argomentazioni utilizzate al riguardo dall'Adunanza plenaria e dalle Sezioni unite, in un dialogo tra Corti che ormai – anche se fortemente auspicato dalla dottrina –, negli ultimi anni registra un sensibile scadimento per quanto concerne la circolazione “interna” delle argomentazioni giudiziarie²². Ciò che preme rilevare in questa sede, invece, è il fatto che ormai anche le sezioni consultive del Consiglio di Stato, chiamate ad emanare il loro parere vincolante in sede di ricorso straordinario, dovrebbero essere annoverate dal legislatore interno tra quelle “più alte giurisdizioni” dell'ordinamento italiano, competenti a sollevare una richiesta di parere innanzi alla Corte di Strasburgo.

In conclusione, quindi, nel riconoscere la legittimazione attiva delle sezioni consultive del Consiglio di Stato a sollevare, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 16, la richiesta di parere consultivo alla *Grande Chambre*, si potrebbe finalmente aprire un varco nel nostro ordinamento giuridico che consenta di pensare ad un'azione amministrativa “convenzionalmente orientata”, improntata cioè non soltanto al rispetto dei principi stabiliti all'art. 97 della Costituzione, ma anche alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in questo modo esplicandosi l'azione

²² Sulla “circolazione interna” all'ordinamento giudiziario italiano degli argomenti giurisprudenziali, con particolare riferimento alle Corti apicali, si vedano in dottrina E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25 - 26 Maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino, 2002; G. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005; A. Mariano Marini e D. Cerri (cur.), *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Pisa, 2007. Con riferimento, invece, in maniera più specifica, alla circolazione e all'uso degli argomenti giurisprudenziali tra giudici interni e Corte di Strasburgo, si rinvia in questa sede ai lavori di P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004; F. M. Palombino, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008; importanti rilievi al riguardo sono svolti anche da G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011.

autoritativa della P.A. in un'ottica ancor più garantista rispetto ai cittadini destinatari dei propri provvedimenti²³.

3. – Segue: la Corte costituzionale è una “alta giurisdizione” dell’ordinamento italiano?

Fatta questa necessaria premessa di carattere generale, bisogna ora approfondire forse la questione più complessa che il Protocollo n. 16 alla CEDU pone da un punto di vista teorico, ossia quale sarà il ruolo che la Corte costituzionale italiana assumerà all’indomani dell’entrata in vigore del Protocollo medesimo, se anch’essa cioè dovrà essere annoverata – ai sensi dell’art. 1, primo paragrafo – tra le “più alte giurisdizioni” dell’ordinamento interno e, di conseguenza, se anch’essa potrà essere legittimata a sollevare un parere consultivo alla *Grande Chambre*.

La questione non è di poco conto, soprattutto se si considera l’intero assetto normativo, così come emerge dall’intelaiatura giuridica del Protocollo n. 16 alla CEDU: per risolvere questo importante nodo teorico (che avrà in futuro effetti pratici di notevole rilevanza nel nostro ordinamento giudiziario), ci sembra opportuno, in questa sede, avvicinarsi alla questione partendo da una premessa – per così dire – di tipo diacronico che ci consentirà, in una seconda fase dell’analisi, di sviluppare l’indagine ermeneutica restando fedeli all’enunciato normativo dell’art. 1 del Protocollo²⁴.

Come è noto, si è a lungo discusso in dottrina sul ruolo svolto dalla Consulta nel processo di integrazione comunitaria, in considerazione soprattutto dell’atteggiamento che ha avuto il Giudice delle leggi rispetto alla Corte di Giustizia

²³ Sull’auspicabilità di un’azione amministrativa “convenzionalmente orientata”, si vedano in dottrina V. Parisio, *Il Consiglio di Stato in Italia tra consulenza e giurisdizione alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in Id., (cur.), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*, Milano, 2009, 245 ss. e gli altri saggi raccolti in questo volume. Con riferimento invece al recepimento della giurisprudenza CEDU ai fini della determinazione delle questioni concernenti il giusto processo ed il giusto procedimento amministrativo, si rinvia per tutti ai lavori di M. Mengozzi, *The ECHR’s Influence on the Italian Regulation of the Administrative Trial. The Right to an Independent and Impartial Tribunal*, in G. Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR*, op. cit., 83 ss. e, sempre della stessa autrice, Ead., *L’influenza della giurisprudenza di Strasburgo sulla disciplina italiana del processo amministrativo*, in L. Cassetti (cur.), *Diritti, principi e garanzie*, op. cit., 431 ss.

²⁴ Al riguardo, osserva opportunamente R. Conti, *Il giudice nazionale riordina se stesso e le Corti sovranazionali. Alcuni flash sulla richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo*, in *Quest. giust.*, 2014, 82 come sia difficile al momento «... ipotizzare un silenzio del legislatore interno in sede di ratifica, se si guarda al dato testuale del Protocollo n. 16 e, in particolare, al combinato disposto degli artt. 1 par. 1 e 10».

ed alla sua giurisprudenza, anche in ragione del fatto che per lungo tempo la Consulta si è rifiutata di sollevare questioni pregiudiziali, come se Lussemburgo non ci fosse²⁵. Soltanto con l'ordinanza n. 103 del 2008, infatti, il Giudice delle leggi ha finalmente rotto il proprio "isolamento" istituzionale nei confronti della Corte di Lussemburgo e ha sollevato, per la prima volta nella sua storia, una questione di pregiudizialità comunitaria, come da molti decenni ormai facevano gli altri giudici dell'ordinamento italiano²⁶.

Tuttavia, questa decisione della Consulta, pur marcando una forte discontinuità rispetto al passato – sia sotto il profilo argomentativo sia per quanto concerne la delineazione di una nuova prospettiva di rapporti istituzionali tra la Corte medesima ed i giudici di Lussemburgo –, deve essere letta come una coerente e ben motivata evoluzione dei propri precedenti. La Consulta, infatti, in quella circostanza, ebbe modo di precisare che trattandosi di un ricorso proposto in via principale da parte dello Stato – ricorso avente ad oggetto la legittimità costituzionale di una legge regionale in contrasto con la normativa comunitaria –, era stata indotta a sollevare la pregiudiziale comunitaria in ragione della specifica natura del giudizio costituzionale in via principale.

In questa particolare tipologia di giudizio, infatti, la Corte risulta essere l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia, in mancanza di un giudice del procedimento *a quo* (che, per definizione, non esiste): pertanto, se nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale da parte della Consulta, ai sensi dell'art. 234 TCE (oggi art. 267 TFUE), risulterebbe leso il generale interesse all'uniforme applicazione del diritto

²⁵ Si tratta di un tema che ha fatto versare alla dottrina i proverbiali fiumi di inchiostro. In questa sede non è possibile dare conto di un dibattito scientifico che, di fatto, ha interessato i costituzionalisti (e non solo) italiani nel corso degli ultimi quarant'anni. Ci limitiamo, quindi, a segnalare i lavori, ad avviso di chi scrive, più rilevanti sul punto: M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale*, op. cit., 99 ss.; S. Bartole, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 898 ss.; S. P. Panunzio, *I Diritti fondamentali e le Corti*, op. cit., 27-29; M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 2002, 557 ss.; Id., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1343 ss.; C. Pinelli, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giur. cost.*, 2008, 1364 ss.; A. Ruggeri, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" dell'integrazione intersistemica?*, *ivi*, 1991, 1583 ss.

²⁶ Per una ricostruzione diacronica dei rapporti giurisprudenziali tra Consulta e Corte di Lussemburgo, si vedano per tutti F. Sementilli, *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. cost.*, 2004, 4771 ss., oltre che C. Pinelli, *Adattamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, *ivi*, 1997, 3915 ss.

comunitario così come affermato dalla costante giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

La dottrina al riguardo ha parlato di una “significativa svolta” della Corte costituzionale²⁷, addirittura di un vero e proprio “punto di non ritorno” rispetto ai propri precedenti in materia, in quanto per la prima volta, da un lato, la Consulta ha sospeso il proprio giudizio in attesa di una risposta ai quesiti interpretativi formulati alla Corte di Giustizia, dall’altro, si è definita “giurisdizione nazionale” ai sensi dell’articolo 234 del TCE allora vigente²⁸.

Tuttavia, sarà soltanto con l’ordinanza n. 207 del 2013 che il Giudice delle leggi porterà a definitivo compimento questo suo “parziale *overruling*”, intrapreso nel 2008 con l’ordinanza n. 103, quando solleverà effettivamente per la prima volta una questione pregiudiziale comunitaria, nel corso di un procedimento in via incidentale. Significativa la motivazione, pur stringata, che i giudici della Consulta diedero per giustificare il loro ricorso ad uno strumento fino a quel momento mai impiegato: quando davanti alla Corte costituzionale, infatti, pende un giudizio di legittimità in via incidentale per incompatibilità delle norme interne con quelle comunitarie, queste ultime, se prive di effetto diretto, rendono concretamente operativi i parametri di cui agli art. 11 e 117, primo comma Cost.

Nella prospettiva impiegata dalla Corte, pertanto, la questione pregiudiziale comunitaria diventava rilevante nel giudizio in via incidentale perché «l’interpretazione richiesta [alla Corte di Lussemburgo] appare necessaria a definire

²⁷ Così F. Sorrentino, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, 1288. Sulla medesima ordinanza si rinvia in dottrina anche alle puntuali osservazioni di L. Pesole, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull’ordinanza n. 103 del 2008*, in www.federalismi.it, n. 15/2008, 23. 07. 2008; di M. Cartabia, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, 1312 e di I. Spigno, *La Corte Costituzionale e la vexata quaestio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2008.

²⁸ Al riguardo bisogna comunque precisare che, in alcuni suoi precedenti, la Consulta non aveva escluso la possibilità di avvalersi della pregiudiziale comunitaria, al fine di risolvere specifici contrasti ermeneutici tra normativa interna e normativa comunitaria. Si pensi, soltanto per fare qualche esempio, alla sentenza n. 168 del 1991, quando la Corte – al punto 6 del “Considerato in diritto” – fece esplicito riferimento alla sua “facoltà” di ricorrere allo strumento previsto dall’allora art. 177 TCE, che però prevedeva un obbligo (e non una mera facoltà) di ricorso alla pregiudiziale comunitaria, in capo agli organi giurisdizionali di ultima istanza. Si consideri, ancora, le sentenze n. 384 del 1994 e n. 94 del 1995, decisioni in cui la Corte costituzionale, adita in via principale, aveva dichiarato l’incostituzionalità di una legge regionale – nel primo caso – e di una legge statale – nel secondo –, perché in contrasto con l’ordinamento comunitario, ponendo così in essere una valutazione diretta delle norme nazionali confliggenti con quelle comunitarie. Sul punto si vedano le osservazioni di E. Cannizzaro, *La Corte Costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 177 del Trattato CE*, in *Riv. Dir. internaz.*, 1996, 452 ss. e di G. Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 151 ss.

l'esatto significato della normativa comunitaria al fine del successivo giudizio di legittimità che questa Corte dovrà compiere rispetto al parametro costituzionale integrato dalla suddetta normativa comunitaria»²⁹. Ed è proprio da questo ultimo e conclusivo passaggio dell'ordinanza n. 207/2013 che si deve, ad avviso di chi scrive, prendere le mosse per approfondire una serie di questioni – più o meno simili – che si presentano con riferimento all'analisi ermeneutica del Protocollo n. 16 alla CEDU.

La Consulta, infatti, nell'ordinanza n. 207/2013, allorché si riconobbe come “giurisdizione nazionale”, fece riferimento proprio al terzo comma dell'art. 267 del TFUE, il quale prevede l'obbligo (e non la facoltà, come invece è stabilito per le giurisdizioni di cui al secondo comma del medesimo articolo) di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Lussemburgo, in ragione di un procedimento pendente innanzi ad una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non può proporsi alcun altro tipo di impugnazione. Si tratta, in sostanza, della medesima formula che viene utilizzata nel Protocollo n. 16 alla CEDU, in particolare al secondo paragrafo dell'art. 1, dove si legge per l'appunto che:

«La giurisdizione che presenta la domanda può chiedere un parere consultivo solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad essa».

Da un lato, quindi, la Corte costituzionale si trova nella medesima situazione di una qualsiasi altra Corte apicale dell'ordinamento interno che è tenuta a sollevare una pregiudiziale comunitaria, in quanto non è possibile ricorrere giurisdizionalmente ad altra Corte superiore per chiedere la cassazione (o comunque l'impugnativa) delle proprie decisioni. Da questo passaggio, quindi, si può desumere un principio di portata generale che può valere, per l'appunto, anche con riferimento al Protocollo n. 16 alla CEDU e che certamente rafforza la convinzione in base alla quale, ai sensi della disposizione citata, anche la Corte costituzionale sia da annoverare tra le “più alte giurisdizioni” nazionali³⁰.

²⁹ Così l'ordinanza n. 207/2013, reperibile in *Giur. cost.*, 2013, 2885 ss., con un'osservazione di A. Cerri, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, *ivi*, 2897 ss.

³⁰ Del resto, come opportunamente evidenziato da A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee*, *op. cit.*, 12, che la nostra Corte costituzionale debba essere annoverata tra le più alte giurisdizioni nazionali è un fatto non suscettibile di essere messo in discussione, soprattutto alla luce della giurisprudenza citata nel testo, perché «sarebbe invero ben strano che la nostra Corte possa essere un giudice – per dir così – “a corrente alternata”» (*ivi*).

Dall'altro lato, tuttavia, ad avviso di chi scrive, questo rilievo di per sé non risulta sufficiente ad annoverare la Consulta tra le “alte giurisdizioni” che possono fare richiesta di parere consultivo alla *Grande Chambre*, in particolare se si tiene conto della più recente giurisprudenza della stessa Corte costituzionale la quale, pur auspicando l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 in tempi rapidi, tuttavia sembrerebbe di fatto averne già neutralizzato la portata e definito il proprio ruolo, per quanto concerne l'esperibilità giudiziale della richiesta di un parere consultivo alla Corte EDU.

Si vuole far qui riferimento ad una recente decisione della Consulta, la n. 49/2015, avente ad oggetto l'art. 44, secondo comma del D. P. R. n. 380/2001, nella parte in cui vieta di applicare la confisca urbanistica – nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva –, anche qualora la responsabilità penale del soggetto imputato venisse accertata dal giudice integralmente. La questione investiva i rapporti tra ordinamento interno e convenzionale, a seguito della famosa sentenza *Varvara* della Corte di Strasburgo, sentenza con cui la Corte era giunta ad accertare una violazione – da parte della normativa italiana sopra citata – dell'art. 7 CEDU il quale, come è noto, vieta di applicare una sanzione reputata (o i cui effetti sostanziali sono comunque considerati identici a quelli) di tipo penale, nei confronti di chi non sia stato condannato definitivamente in giudizio, con una sentenza passata in giudicato³¹.

³¹ Si tratta della decisione del 29 ottobre 2013 *Varvara c. Italia* (ric. n. 17475/2009). Per una prima analisi della sentenza-ordinanza del 30 aprile-20 maggio 2014, n. 20636 con cui la Corte di Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, secondo comma del D. P. R. n. 380/2001, alla luce di questo importante precedente della Corte di Strasburgo, si rinvia ad A. Guazzarotti, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del “doppio binario” alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3025 ss. Sulla medesima questione, prima della sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, aveva rivolto la sua attenzione, in maniera assai approfondita ed in una prospettiva sistematica, anche G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario”*, in *Dir. Pub.*, 2014, 1075 ss. In particolare, l'autore evidenzia come la sentenza *Varvara* debba essere considerata una sorta di “stress test” dell'assetto sistemico dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento convenzionale, così come si erano andati delineando sino ad oggi nella giurisprudenza della Consulta. Per i primi commenti in dottrina della sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, si vedano G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28. 04. 2015; R. Conti, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in www.giurcost.org, n. 1/2015, 10. 04. 2015, 181 ss.; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it, 30. 04. 2015; B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2015, 29. 05. 2015; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it, Osservatorio costituzionale, maggio 2015.

Al contrario, una diversa giurisprudenza sia della Corte di Cassazione³², sia della stessa Consulta³³, entrambe consolidate come “diritto vivente”, interpretava l’articolo in questione nel senso che la confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, anche in presenza di una sentenza di prescrizione nei confronti dell’imputato, doveva comunque essere eseguita dall’autorità competente, in quanto tale confisca non richiede necessariamente una condanna penale nei confronti di chi l’ha compiuta; semmai è sufficiente il solo accertamento della responsabilità del reo destinatario della sanzione, tenuto conto della natura squisitamente amministrativa (e niente affatto penale) della sanzione medesima.

La sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale risolve, quindi, alla luce dei propri precedenti – a partire per lo meno dal 2007 –, il problema del contrasto tra giurisprudenze interne (e costituzionali) e Corte EDU sulla regola di diritto espressa dall’art. 44, secondo comma del D. P. R. n. 380/2001, consolidatasi come diritto vivente, in ragione proprio della costante interpretazione formulata dalle Corti apicali di questa disposizione, in senso opposto però all’interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo nel caso *Varvara*.

Fermo il rango subcostituzionale della CEDU, infatti, che impone comunque in ultima istanza un confronto tra le regole ricavate dal testo convenzionale – anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – e la Costituzione, la Consulta dichiarava inammissibile la questione di legittimità sollevata dal giudice *a quo* per difetto di motivazione sulla rilevanza. Il Giudice delle leggi rilevava innanzitutto come i fatti oggetto del giudizio principale riguardassero, in realtà, la confisca di immobili abusivamente lottizzati ai danni di soggetti terzi, acquirenti sopravvenuti in mala fede degli immobili medesimi, consapevoli quindi del fatto che i beni compravenduti fossero comunque stati edificati in maniera abusiva.

Si aggiunga poi il fatto che, come evidenziato dalla Consulta, nell’ordinamento giuridico italiano comunque la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non è logicamente – e neppure giuridicamente – incompatibile con un pieno accertamento

³² Cfr. l’orientamento costante della III sezione penale della Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza n. 16483/1990, *Licastro*, ribadita anche nella sentenza n. 20636/2014, oltre che nelle più note sentenze n. 37086/2004, *Perdinaro* e n. 21188/2009, *Casasanta*.

³³ Cfr. al riguardo la sentenza n. 239/2009, reperibile in *Giur. cost.*, 2009, 3004 ss., con un’osservazione di A. Scarcella, *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, *ivi*, 3015 ss.

della responsabilità penale del soggetto imputato, essendo questo tipo di sentenza comunque dichiarativa: pertanto, anche il giudice europeo sarebbe stato tenuto a valutarla e a prendere cognizione delle motivazioni, se avesse avuto davvero intenzione di interpretare correttamente la fattispecie concreta alla luce dei principi della CEDU.

Ed è proprio a questo punto che la Corte costituzionale invita i giudici *a quibus* ad un maggiore rigore ermeneutico nell'estrapolare dalle sentenze della Corte di Strasburgo quei principi giuridici che, considerati come configgenti con il diritto vivente consolidatosi sulla disposizione oggetto di giudizio, possano indurre a sollevare questioni di legittimità costituzionale come quella *de quo*, finalizzate cioè a prospettare un contrasto al limite della sanabilità tra le due – interna/costituzionale ed esterna/convenzionale – ricostruzioni ermeneutiche sopra considerate.

Nel ribadire i propri precedenti giurisprudenziali al riguardo, da un lato, la Consulta sottolinea come il giudice comune sia comunque tenuto ad uniformarsi alla giurisprudenza della Corte europea che si sarebbe consolidata sulla norma oggetto del giudizio³⁴, così da rispettare sostanzialmente questa giurisprudenza³⁵ pur tenendo conto del margine di apprezzamento che compete a ciascuno Stato membro del Consiglio d'Europa³⁶; dall'altro lato, tuttavia, la Corte insiste sul fatto che l'interpretazione del giudice ordinario deve comunque fondarsi sia sul primo comma dell'art. 117 Cost. sia sul secondo comma dell'art. 101 Cost., ossia «nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso»³⁷.

³⁴ Così la Corte costituzionale nella sentenza n. 236/2011, reperibile in *Giur. cost.*, 2011, 3021 ss., con un'osservazione di C. Pinelli, *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e diritto nazionale*, *ivi*, 3047 ss. Il medesimo principio era stato già affermato dalla Consulta nella sentenza n. 311/2009, reperibile *ivi*, 2009, 4657 ss., con un'osservazione di M. Massa, *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, *ivi*, 4679 ss.

³⁵ Così le sentenze n. 311/2009 e 303/2011, quest'ultima reperibile in *Giur. cost.*, 2011, 4224 ss.

³⁶ Così la sentenza n. 15/2012, reperibile in *Giur. cost.*, 2012, 145 ss., con osservazioni di M. Massa, *Difficoltà di dialogo. Ancora sulla divergenza tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, *ivi*, 167 ss. e di P. Colasante, *Una legge di interpretazione autentica per "fare cassa": un'occasione perduta per tracciare i limiti dei provvedimenti anti-crisi*, *ivi*, 174 ss. Lo stesso principio era stato affermato dalla Corte in un proprio precedente di tre anni prima: cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 317/2009, reperibile in *Giur. cost.*, 2009, 4747 ss., con osservazioni di G. Ubertis, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciales*, *ivi*, 4765 ss. e di F. Bilancia, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, *ivi*, 4772 ss.

³⁷ Così al punto 7 del "Considerato in Diritto" della sentenza n. 49/2015.

Tuttavia, ed è questo un punto rilevante ai fini della nostra analisi, la Corte osserva anche come il giudice comune possa porre a fondamento dell'interpretazione della normativa interna soltanto un "diritto consolidato", che tragga origine cioè da una giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo, mentre non esiste alcun tipo di "referenza interpretativa" nei confronti di quest'ultima, se il giudice *a quo* si trova di fronte a delle sentenze, pur rilevanti ai fini della risoluzione del caso concreto, ma che non siano espressione di un orientamento definitivo del giudice internazionale sul punto.

La Consulta giustifica questa sua presa di posizione in ragione del fatto che è proprio il metodo di lavoro della Corte EDU a predeterminare il "carattere progressivo" della formazione del proprio diritto giurisprudenziale, tenuto conto che la Corte si articola in sezioni e che i propri componenti possono utilizzare opinioni dissenzienti (oltre che concordanti) per esprimere il loro personale punto di vista sulla fattispecie oggetto del giudizio. Ma – ed è questo, ad avviso di chi scrive, un passaggio fondamentale della motivazione della sentenza in commento –, tale rapporto dialettico che determina la formazione progressiva della giurisprudenza CEDU non si esaurisce soltanto nella dialettica interna alla Corte di Strasburgo, ma tende a coinvolgere (per lo meno idealmente) anche tutti i giudici nazionali che devono applicare la Convenzione, inclusa quindi la stessa Corte costituzionale.

Giunti a questo punto dell'analisi, è forse opportuno lasciare direttamente la parola ai giudici della Consulta i quali, nell'analizzare le prospettive di dialogo e di interazione futura tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza CEDU, osservano come, soprattutto per il Giudice delle leggi, il dialogo con la Corte di Strasburgo «potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un

assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali»³⁸.

La Corte costituzionale, quindi, in questo passaggio della sentenza n. 49/2015, non soltanto sembra auspicare l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla CEDU, ma ne esalta anche il ruolo di ampliamento prospettico del dialogo tra giudici. Pertanto, ci sembra di poter affermare, alla luce di che questo passaggio della sentenza n. 49/2015, che la Corte costituzionale, di fatto, già si considera “alta giurisdizione” dell'ordinamento italiano e, quindi, già si considera legittimata a sollevare una richiesta di parere consultivo, ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU. Prova ulteriore di quanto si è appena affermato, consiste nel fatto che, ad avviso di chi scrive, la Consulta sin da subito definisce anche il contesto ermeneutico-giurisprudenziale all'interno del quale potrà sollevare la “pregiudiziale convenzionale”, impostando la questione del suo ruolo di “alta giurisdizione” nazionale in termini fortemente restrittivi.

Nel prosieguo del proprio ragionamento, infatti, la Corte elenca una serie di “indizi”, ovvero – *rectius* – di “figure sintomatiche” che dovranno essere tenute in considerazione dai giudici *a quibus* in quanto, per l'appunto, segnali di un non ancora consolidato orientamento giurisprudenziale su una specifica questione normativa, da parte della Corte di Strasburgo. In particolare, ad avviso della Consulta, non sarebbe possibile parlare di un “adeguato consolidamento” della giurisprudenza CEDU: a) in presenza di casi peculiari formati all'interno di ordinamenti giuridici diversi da quello italiano; b) quando la creatività del principio, affermato dalla Corte di Strasburgo in una sua decisione, determini eventuali punti di contrasto e/o di distinguo rispetto ai propri precedenti in materia; c) quando ricorrano opinioni dissenzienti «specie se alimentate da robuste deduzioni» giudiziarie da parte dei giudici della Corte; d) quando la sentenza rilevante ai fini della risoluzione di un caso concreto nell'ordinamento italiano, promani da una sezione semplice della Corte di Strasburgo, ma non (o non ancora) dalla *Grande Chambre*; e, infine, e) quando si rilevi il ragionevole dubbio da parte del giudice *a quo* che, nel caso di specie, il giudice europeo non abbia saputo apprezzare le caratteristiche normative peculiari dell'ordinamento nazionale, estendendo alla risoluzione del caso criteri di giudizio e

³⁸ *Ibidem*.

principi giurisprudenziali elaborati nei suoi precedenti, ma con riferimento ad ordinamenti giuridici differenti da quello italiano.

4. – La “griglia ermeneutica” della Corte costituzionale letta alla luce del Protocollo n. 16 alla CEDU

La “griglia ermeneutica” che la Corte costituzionale ha definito nella sentenza n. 49/2015 ha subito sollevato una serie di critiche da parte della dottrina più attenta alla ricostruzione dei rapporti inter-ordinamentali. Si è osservato, infatti, come la lettura in combinato disposto dell’art. 117, primo comma con l’art. 101, secondo comma Cost., tratteggiata dal Giudice delle leggi, tenda a ridimensionare fortemente il valore sub-costituzionale della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, così come era stato riconosciuto da parte della Consulta medesima nelle cc.dd. “sentenze gemelle” del 2007, in quanto «anche prima della svolta del 2007 nessuno ha mai dubitato che la Cedu avesse ricevuto copertura legislativa attraverso l’ordine di esecuzione, il che rende ancora più oscuro il riferimento della Corte all’art. 101, secondo comma, Cost.»³⁹.

In particolare, l’affermazione della Consulta secondo la quale il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale della Convenzione sarebbe strettamente connesso alle caratteristiche organizzative della Corte EDU, sembra contrastare con un dato di fatto assolutamente pacifico in dottrina, ossia che il dialogo tra Corti non dipende dalla loro organizzazione interna, semmai «dalla chiarezza delle decisioni adottate, dal rispetto dei propri precedenti, dal tenere “una posizione di ascolto”, dal non interferire con il bilanciamento operato dal giudice costituzionale, dall’aver consapevolezza delle conseguenze delle proprie decisioni»⁴⁰.

La Corte costituzionale, in breve, sembrerebbe aver predisposto una sorta di “manuale di istruzioni per l’uso” della giurisprudenza CEDU a favore dei giudici *a quibus*, caricando tuttavia questi ultimi del difficile (oltre che gravoso) compito di individuare, in ragione degli indici elencati in questa decisione, la giurisprudenza consolidata della Corte EDU che spesso potrebbe non essere interpretata in maniera

³⁹ Così D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, *op cit.*, 2.

⁴⁰ Così ancora, condivisibilmente, D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, *op. ult. cit.*, 3.

univoca da parte degli stessi giudici comuni, per complessità ed analiticità delle questioni che di frequente la giurisprudenza convenzionale affronta, oltre che del contesto giuridico e sociale dello Stato membro convenuto in giudizio.

L'impressione, insomma, sembrerebbe proprio quella di un ritorno all'impiego "prepotente", da parte della Consulta, della visione piramidale dei rapporti tra Costituzione e CEDU (e, di conseguenza, tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo) «tanto secondo la teoria delle fonti quanto secondo la teoria dell'interpretazione»⁴¹. L'impostazione che si desume dalla lettura di questa sentenza, quindi, sembra modellata su un "doppio binario" ermeneutico, che traspone su di un duplice piano parallelo, eventuali antinomie normative che potrebbero scaturire dall'adeguamento della norma interna rispetto alla Costituzione e alla CEDU.

In particolare: a) se l'antinomia attiene alla "sostanza", nel senso di un contrasto tra interpretazioni, a fronte di un orientamento consolidato nella giurisprudenza europea (soprattutto se avvalorato da una decisione della *Grande Chambre*, ovvero in ragione di una "sentenza pilota"), in questo caso, la Consulta sarebbe tenuta a pronunciarsi sulla legge di esecuzione della Convenzione nell'ordinamento italiano "nella parte in cui..."; b) se, invece, la norma convenzionale non rispecchia la "sostanza" dell'indirizzo giurisprudenziale (alla luce degli indici elencati dalla Consulta nella sentenza n. 49/2015), allora il giudice comune, rendendosi conto che interpretando la legge ordinaria perverrebbe ad un esito non compatibile con la Costituzione, «sarebbe tenuto ad abbandonare il riferimento alla giurisprudenza EDU, rileggendo il disposto legislativo sì da renderlo compatibile con la Costituzione, quanto meno fin dove ciò si dimostri possibile»⁴².

Una simile impostazione, non c'è dubbio, appare agli occhi dell'interprete sin troppo schematica, non soltanto perché – come evidenziato da autorevole dottrina – pone il rapporto tra le due Carte (e le due Corti) in termini troppo formali, ma anche

⁴¹ Così 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 www.penalecontemporaneo.it, s. d., 3; dello stesso autore si veda più di recente le osservazioni svolte in Id., *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in www.federalismi.it, n. 10/2015, 20. 05. 2015, 19 ss.

⁴² Così ancora A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta, op. ult. cit.*, 5-6.

perché sembra non tenere conto del criterio della “maggior tutela” degli interessi in gioco nelle singole fattispecie concrete⁴³.

Indubbiamente l'impostazione che il Protocollo n. 16 alla CEDU svolge della possibilità per le alte Corti nazionali di sollevare un parere alla *Grande Chambre*, si pone in una prospettiva di tipo gerarchico, sebbene la richiesta di parere consultivo abbia l'obiettivo di catalizzare un ampliamento dello spettro di integrazione tra i due ordinamenti su di un piano squisitamente ermeneutico-giurisprudenziale. Non è un caso, infatti, che l'art. 1 del Protocollo n. 16 parli di una richiesta di parere, avente ad oggetto «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli», nell'ambito di una causa pendente innanzi ad essa, una richiesta di parere, inoltre, che deve essere motivata dall'alta Corte nazionale fornendo al giudice di Strasburgo «gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente».

I requisiti sono stati definiti proprio con l'obiettivo di indurre l'autorità giudiziaria che presenta la richiesta di parere ad assumere consapevolezza della «necessità e [del]l'utilità di richiedere un parere consultivo alla Corte, in modo da essere in grado di spiegare le ragioni che la hanno indotta a farlo», alla luce del contesto giuridico e fattuale rilevante ai fini della risoluzione del caso concreto, tenendo conto, quindi, tanto della giurisprudenza apicale interna, quanto della giurisprudenza convenzionale, per così dire, in combinato disposto tra di loro.

Dall'altro lato, tuttavia, con un testo – come quello del Protocollo n. 16 – che spinge comunque a verticalizzare l'interpretazione della Convenzione, esaltando la funzione nomofilattica e di uniformità ermeneutica delle leggi interne da parte delle Corti apicali⁴⁴, la Consulta ha sentito la necessità sin da subito (con la sentenza n.

⁴³ Sul punto si veda sempre A. Ruggeri, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in www.giurcost.org, 19. 04. 2013, in particolare il §. 4. Sulla “lotta” per l'effettività della Costituzione e sul bilanciamento tra l'interpretazione vincolante della Corte europea ed il “sistema” dei Diritti fondamentali costituzionali, si rinvia alle osservazioni di L. Cassetti, *La «ricerca dell'effettività»: dalla lotta per l'attuazione dei principi costituzionali all'obiettivo della «massima espansione delle tutele»*, in Ead. (cur.), *Diritti, principi e garanzie*, op. cit., 6 ss.

⁴⁴ Per una critica a questa concezione della nomofilachia e del “diritto vivente” giurisprudenziale, che comunque ben poco sembra avere in comune con la prospettiva integrazionista – o comunque della maggiore tutela possibile – in una prospettiva multilivello di tutela dei diritti fondamentali, cfr. A. A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, 58-59. Per ulteriori approfondimenti su questa idea del “diritto vivente”, inteso come “matrice giurisprudenziale” in contrapposizione all'idea della nomofilachia piramidale, che trae origine dalla cultura giuspositivistica ottocentesca continentale e che ancora oggi permea buona parte della dottrina (oltre che della giurisprudenza) italiana, sia consentito rinviare ad A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011, in particolare il III capitolo, paragrafi 4 e ss.

49/2015) di definire il proprio ruolo di “filtro” rispetto ad eventuali questioni di legittimità costituzionale da parte dei giudici comuni che, in realtà, avrebbero potuto essere formulate al solo fine di indurre la Consulta a sollevare una richiesta di parere alla *Grande Chambre*.

Pertanto, se si prova a rileggere in questa prospettiva la “griglia ermeneutica” predisposta dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 49/2015, si può affermare che, in questo modo, la Consulta abbia voluto imporre ai giudici comuni questa sua impostazione gerarchico-formale dei rapporti con la Corte EDU – che indubbiamente appare una svolta regressiva, rispetto all’impostazione delle “sentenze gemelle” –, in quanto tale impostazione risulterebbe funzionale, nella logica della Corte, a ritagliarsi comunque un ruolo di giudice di ultima istanza nel dialogo diretto con la Corte di Strasburgo. In sintesi, la “griglia ermeneutica” è stata predisposta proprio al fine di “disciplinare” i giudici ordinari e di evitare che questi ultimi possano porre in essere, per così dire, “dal basso” interpretazioni della giurisprudenza di Strasburgo, interpretazioni che tendano a far prevalere la normativa convenzionale a discapito della legislazione interna e, in questo modo, anche a discapito dei principi costituzionali⁴⁵.

La controprova di questo retropensiero della Corte, ad avviso di chi scrive, è da individuare proprio in quel rinvio all’art. 101, secondo comma Cost., il quale, come abbiamo visto, sembrerebbe precludere a ogni forma di operazione ermeneutica integrazionista tra i due ordinamenti (italiano e convenzionale) direttamente da parte dei giudici comuni, riconducendo invece nell’alveo della legalità formale il contenuto della CEDU, da intendersi come una norma tra le tante altre che il giudice *a quo* può utilizzare per risolvere una specifica fattispecie concreta pendente innanzi ad esso.

In questa ottica, allora, la Consulta – ma evidentemente lo stesso ragionamento può valere anche per le altre Corti apicali, nell’ambito dei loro specifici settori decisionali – non soltanto cerca di assumere un monopolio ermeneutico della

⁴⁵ Magari attraverso un impiego del criterio della disapplicazione della norma interna a favore della norma convenzionale, a fronte di una giurisprudenza CEDU niente affatto consolidata, fenomeno questo che pure si è verificato in un passato recente nel nostro ordinamento giudiziario: si vedano, per degli esempi al riguardo, G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea*, op. cit., 1096 ss. e A. Guazzarotti, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU*, op. cit., 3035-3037. Da ultimo, per una ricostruzione ampia dell’uso della CEDU da parte dei giudici comuni, si veda anche R. Conti, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in www.gurcost.org, n. 2/2015, 21. 05. 2015.

Costituzione rispetto alla CEDU, ma al contempo si ritroverà a sollevare soltanto in casi limite – quando cioè si troverà di fronte ad un paesaggio giurisprudenziale già uniformato ai propri criteri, per quanto concerne l’impiego e l’uso della giurisprudenza e delle norme convenzionali da parte dei giudici comuni – la richiesta di parere consultivo alla *Grande Chambre*.

Ma c’è di più, il richiamo all’articolo 101, secondo comma Cost., attraverso il quale leggere le norme e la giurisprudenza CEDU da parte del giudice ordinario, sembra in qualche modo ricondurre lo stato della nostra giurisprudenza a quella logica di duplice livello di legalità che era stato teorizzato da un’autorevole dottrina nel corso degli anni Ottanta del secolo scorso, per far salva la garanzia e l’effettiva vigenza proprio della (superiore) legalità costituzionale, rispetto alla legalità ordinaria⁴⁶.

Il rischio, insomma, è che in questo ambito si ritorni ad un approccio che, per altri versi, è stato invece superato dalla nostra Corte oltre trent’anni fa, un approccio cioè di «dissociazione organica tra giudizio di costituzionalità, inteso come astratto raffronto tra atti, che trascende la dimensione empirica delle situazioni particolari, e l’applicazione della legge a fattispecie concrete, che tende a prescindere dall’eventuale contrasto tra legge e norma superiore»⁴⁷. Un approccio questo che, se in taluni momenti storici ha potuto potenziare al massimo quel pacifico e indiscutibile rapporto di distinzione/separazione tra ideale supremazia della Costituzione ed effettiva preminenza della legge ordinaria, nell’attuale momento storico – comunque segnato da un’apertura non percorribile *à rebours* rispetto al sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali – rischia di lasciare la Corte nel più completo isolamento ermeneutico, sia rispetto ai giudici ordinari, sia rispetto alla stessa *Grande Chambre*.

⁴⁶ Il riferimento è ovviamente agli importanti lavori sul punto di C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979; in particolare, per le questioni affrontate nel corso della nostra esposizione, sempre dello stesso autore, si veda Id., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 121-122.

⁴⁷ Così ancora C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi, op. cit.*, 81. Sempre dello stesso autore, sul punto, si veda Id., *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 152 ss.

5. – La natura non vincolante del parere della *Grande Chambre*: profili critici

Passiamo, a questo punto, a considerare la natura del parere che potrà emettere la *Grande Chambre*, ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU, e valutiamo quali possano essere i profili di attrito che questo strumento, una volta trasposto nel nostro ordinamento giuridico, potrebbe determinare. Innanzitutto, si deve evidenziare come il collegio competente ad emettere il parere sia composto da cinque giudici della Grande Camera, uno dei quali – “per pieno diritto” – deve essere il giudice eletto dall’Alta Parte contraente a cui appartiene l’autorità giudiziaria che ha richiesto il parere. A ciò si aggiunga il fatto che, ai sensi del successivo articolo 3 del Protocollo, il Commissario per i diritti dell’uomo del Consiglio d’Europa e l’Alta Parte contraente cui appartiene l’autorità giudiziaria che ha richiesto il parere, hanno il diritto di presentare osservazioni scritte, oltre che il diritto di prendere parte alle udienze.

Ci sembra chiaro che tanto la composizione della Corte in questo ambito, quanto la possibilità per i soggetti istituzionali citati di partecipare attivamente alla decisione della *Grande Chambre* – con la possibilità a loro riconosciuta di presenziare alle udienze e di produrre memorie e/o osservazioni processuali –, rientri nella logica di supportare, in una prospettiva di *amicus curiae*, la Corte di Strasburgo nella redazione del proprio parere.

Si consideri, inoltre, come ben evidenzia la relazione esplicativa all’art. 3 del Protocollo, che in sede consultiva non si pone in essere un contraddittorio *stricto sensu*, semmai si avverte la necessità che tutti i soggetti istituzionali interessati alla richiesta di parere collaborino alla definizione di un punto di vista “comune” il quale, tenendo conto anche delle caratteristiche normative dell’ordinamento interessato al parere (oltre che i precedenti giurisprudenziali delle Corti apicali competenti), ne consenta la permeabilità rispetto ai principi CEDU, al fine di rendere sempre più armonica la normativa interna rispetto a quella convenzionale.

La questione, tuttavia, si pone – e non ci sembra di poco conto – con riferimento all’art. 4 del Protocollo n. 16 il quale, nell’affermare – al primo paragrafo – che i pareri consultivi della *Grande Chambre* devono comunque essere motivati dalla Corte, al secondo paragrafo tuttavia precisa che «[s]e il parere consultivo non

esprime, in tutto o in parte, l'opinione unanime dei giudici, ciascuno dei giudici ha il diritto di allegare allo stesso la propria opinione separata».

A questo punto sorge un nodo (non soltanto teorico, ma soprattutto) pratico che suscita grandi perplessità da parte di chi scrive: da un lato, infatti, come ricorda il successivo art. 5 del Protocollo, i pareri della Corte EDU non sono vincolanti per gli Stati membri, dall'altro, tuttavia, il parere in oggetto tende a ricalcare il modello delle sentenze della Corte di Strasburgo, in quanto è consentito ai giudici della *Grande Chambre* non soltanto la stesura di opinioni concordanti, ma addirittura di quelle dissenzienti.

Gli effetti di una simile disposizione potrebbero condurre ad esiti paradossali, a nostro avviso, sia per quanto concerne il dialogo tra le Corti, sia per quanto riguarda la funzione istituzionale del medesimo Protocollo n. 16 che, almeno nell'intento originario dei redattori della CDDU, avrebbe dovuto essere quella di un alleggerimento – se non di una vera e propria deflazione – del contenzioso che attualmente grava in capo alla Corte di Strasburgo, in ragione del proprio “successo” giurisprudenziale nel corso quanto meno dell'ultimo decennio⁴⁸.

Il condizionale, al riguardo, ci sembra assolutamente d'obbligo e vediamo subito per quali ragioni: innanzitutto, come si può leggere al paragrafo 26 della relazione esplicativa al testo, con particolare riferimento all'interpretazione dell'art. 5 del Protocollo, è possibile rilevare quanto segue: «Il fatto che la Corte abbia emesso un parere consultivo su una questione sollevata nell'ambito di una causa pendente dinanzi a una autorità giudiziaria di una Alta Parte contraente, non impedisce a una parte di tale causa di esercitare successivamente il suo diritto a un ricorso individuale ai sensi dell'articolo 34 [CEDU...]. Tuttavia, laddove un ricorso venga proposto

⁴⁸ Si sono espressi in questo senso K. Dzehtsiarou e N. O'Meara, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, in *Legal Studies*, 2014, 05. 01. 2014, oltre che la stessa N. O'Meara, *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR*, reperibile al seguente URL: <http://humanrights.ie/civil-liberties/reformingechr/>, 02. 06. 2013.

Al riguardo, come evidenzia G. Sorrenti, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 alla CEDU*, in www.forumcostituzionale.it, 08. 07. 2014, 16 (ora anche in E. Lamarque, [cur.], *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, op. cit., 145 ss.), un simile effetto deflattivo del contenzioso pendente innanzi alla Corte, pur auspicato dalla dottrina e dalla CDDU, sembrerebbe comunque essere precluso dai tre fattori caratterizzanti la richiesta del parere alla Corte, ossia: 1) il carattere facoltativo della richiesta di parere da parte delle più alte giurisdizioni; 2) l'ambito di incidenza dell'«advisory jurisdiction» che, come si è visto, è limitato a chiarire questioni di principio relative all'interpretazione della Cedu, non affrontate dalla giurisprudenza europea resa nell'esercizio della funzione contenziosa; 3) la possibilità per la Corte di Strasburgo di respingere la richiesta di parere consultivo attraverso un collegio di cinque giudici della Grand Chamber.

successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbano essere dichiarati irricevibili o debbano essere stralciati»⁴⁹.

Se, quindi, la richiesta di un parere in pendenza di un giudizio all'interno dell'ordinamento nazionale, non esclude la possibilità per il ricorrente, una volta esauriti i ricorsi interni, di potersi comunque rivolgere a Strasburgo in sede giurisdizionale per ottenere soddisfazione del proprio caso, tuttavia, se questo parere è stato “effettivamente osservato” dalla Corte interna che lo ha richiesto, ciò sarebbe di per sé sufficiente a far dichiarare irricevibile in sede giurisdizionale il ricorso, ovvero a dichiararlo parzialmente irricevibile nella parte in cui, evidentemente, i giudici di Strasburgo valutino che il suddetto parere sia stato comunque “effettivamente osservato” dalla Corte apicale medesima.

La domanda, allora, sorge spontanea: che cosa si intende in questa sede per “parere effettivamente osservato”? Ad esempio, se un parere della *Grande Chambre* contiene una o due opinioni dissenzienti (di più non potrebbero essercene, visto che il collegio è composto da cinque magistrati) e la Corte interna decidesse di risolvere il caso pendente alla luce dell'interpretazione della CEDU proposta dai componenti dissenzienti (o comunque minoritari) del collegio, il parere in questione sarebbe comunque stato “effettivamente osservato” dal giudice interno, posto che esso non è comunque vincolante?

Il problema sorge, quindi, in ragione del fatto che i redattori del Protocollo hanno voluto modellare il parere della *Grande Chambre* su quello delle sentenze della Corte EDU, consentendo cioè ai singoli giudici di poter esprimere comunque la propria opinione, anche dissenziente, sulla questione oggetto di consultazione. Il risultato, allora, ad avviso di chi scrive, potrebbe essere non soltanto quello di una possibile disarmonia giurisprudenziale – con il venir meno anche dell'auspicata funzione nomofilattica dei principi CEDU, comunque sottesa al testo del Protocollo n. 16 – tra Corte di Strasburgo e Corti apicali interne, ma addirittura potrebbe provocare un aumento ulteriore del contenzioso innanzi al giudice convenzionale, un aumento del contenzioso alimentato proprio da questo meccanismo di dialogo

⁴⁹ Grassetto nostro.

che consente una pluralità di opinioni (concorrenti o dissenzienti) sul parere richiesto.

Se, infatti, i pareri non sono vincolanti nel merito per le Corti apicali interne, queste ultime potranno a loro volta interpretare la Convenzione accogliendo il punto di vista minoritario – o persino un’isolata opinione dissenziente – di uno dei giudici della *Grande Chambre*: e se una simile opzione ermeneutica si verificasse, con l’effetto di frustrare la richiesta del ricorrente del giudizio principale, la conseguenza (obbligata) per quest’ultimo sarebbe quella di impugnare la decisione della Corte interna a Strasburgo per non corretta interpretazione della normativa statale, alla luce dei criteri “maggioritari” fissati dalla giurisprudenza della Corte EDU stessa, una volta esaurite le vie di ricorso interne⁵⁰.

Al riguardo, in questa sede, non si vuole sostenere la propria contrarietà al fatto che i giudici della Corte EDU possano esprimere le loro opinioni separate, in particolare quelle dissenzienti, in sede giurisdizionale o consultiva⁵¹; al contrario, sarebbe però stato più opportuno, da parte della CDDU, limitarsi a non ricalcare in sede consultiva il modello decisionale proprio della composizione giurisdizionale della Corte di Strasburgo.

Tale scelta, in sintesi, ad avviso di chi scrive, rischia di produrre – al solo fine di tutelare le ragioni dei singoli giudici della Corte EDU – degli effetti paradossali, come quello che abbiamo appena evidenziato. Meglio sarebbe stato, insomma, se il Protocollo n. 16 avesse previsto un parere unitario a firma dell’intero collegio, così da dare indicazioni comunque univoche al giudice *a quo*, il quale si sarebbe poi trovato, a questo punto, nella posizione di “prendere o lasciare” integralmente il parere della *Grande Chambre*, ai fini della risoluzione del caso concreto pendente innanzi ad esso.

Si consideri poi un ulteriore effetto paradossale che deriverebbe dall’aver previsto l’opinione dissenziente (oltre che concordante) nei pareri consultivi della

⁵⁰ Una simile ipotesi, ad avviso di chi scrive, si può dare in concreto anche volendo accogliere l’autorevole punto di vista dottrinale di A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi*, op. cit., 14.

⁵¹ Sulla necessità di introdurre, anche nella giurisprudenza delle Corti apicali interne, soprattutto di quella costituzionale, l’istituto della *dissenting opinion*, si rinvia a S. Panizza, *L’introduzione dell’opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998; A. Anzon (cur.), *L’opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, 1995; ma si vedano anche C. Mortati (cur.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964 e A. A. Cervati, *Per uno studio comparativo*, op. cit., 109 ss.

Grande Chambre: poniamo il caso che la Corte di Cassazione richieda un parere con riferimento ad una causa pendente innanzi ad essa e poniamo il caso che la Corte EDU risponda, dopo circa un anno, con un parere contrastato che contiene ben due opinioni dissenzienti e che ricostruisce i percorsi argomentativi ed ermeneutici della CEDU (oltre che della giurisprudenza della Corte) da applicare alla concreta fattispecie di giudizio, in maniera diametralmente opposta tra di loro.

Poniamo poi il caso che la Corte di Cassazione decida la fattispecie concreta non a partire dal giudizio maggioritario espresso dalla Corte EDU nel proprio parere, ma utilizzando gli argomenti dissenzienti dei giudici minoritari. Ebbene tutto ciò potrebbe tranquillamente verificarsi per due ordini di motivi, in quanto:

a) non essendo il parere vincolante nelle sue prospettazioni conclusive (e, quindi, maggioritarie all'interno del collegio giudicante), non si può impedire al giudice interno di sentirsi vincolato ad esso. Pertanto, il giudice nazionale potrà, con una motivazione ben strutturata, accogliere soltanto quell'opinione che, pur interpretando la CEDU in maniera minoritaria rispetto alla giurisprudenza maggioritaria della Corte EDU, tuttavia risulti essere più "conforme" (o comunque più compatibile in sede argomentativo-ermeneutica) con i precedenti giurisprudenziali della Corte apicale interna e, magari, con il diritto vivente consolidatosi sulla questione nell'ordinamento italiano;

b) in questo modo, le ragioni della parte ricorrente nel processo principale potrebbero risultare frustrate da un'operazione ermeneutica elusiva dell'opinione maggioritaria dei giudici di Strasburgo, ma formalmente rispettosa del parere della *Grande Chambre*, in ragione della sua non vincolatività. Pertanto, il ricorrente principale adirà (a questo punto quasi obbligatoriamente) la Corte di Strasburgo in sede giudiziaria, ma dopo aver aspettato magari un paio di anni, in attesa cioè di un parere della Corte EDU – non vincolante e per di più "contrastato" sotto il profilo argomentativo – e della successiva decisione di merito della Corte apicale che, però, prende le distanze dall'opinione maggioritaria dei giudici convenzionali.

Il risultato, quindi, sarebbe non soltanto quello di una "disarmonia giurisprudenziale" acuita dalla stessa Grande Camera in sede consultiva (il cui compito, invece, avrebbe dovuto essere diametralmente opposto), ma addirittura di una corresponsabilità della Corte di Strasburgo – insieme alla Corte apicale

nazionale – per aver prolungato irragionevolmente il procedimento interno, con conseguente violazione dell’art. 6 della CEDU che, a questo punto, sarebbe lo stesso giudice convenzionale a ledere, come detto, “in concorso” con la “alta giurisdizione” interna.

Siamo evidentemente nell’ambito delle mere ipotesi astratte, certo, ma non è irragionevole pensare che, per come è stata congegnata la richiesta di parere consultivo – alla luce anche della possibilità di opinioni separate all’interno di un testo, comunque non vincolante per le Corti apicali che lo richiedono –, una simile ipotesi non possa verificarsi in concreto.

6. – Alcune brevi osservazioni conclusive

L’analisi svolta nel corso di queste pagine ha ovviamente una rilevanza di tipo interlocutorio: si è cercato, infatti, di far emergere gli elementi di maggiore perplessità che si evincono da una prima lettura e da una mera interpretazione letterale, pur coadiuvata dalla relazione esplicatoria del testo del Protocollo n. 16 alla CEDU. È chiaro che nel momento in cui il Protocollo entrerà in vigore, saranno le Corti apicali di tutte le Alte Parti contraenti a sciogliere una serie di nodi teorici che, per lo meno in questa fase, si pongono soltanto in termini astratti all’attenzione dell’interprete⁵².

Tuttavia, proprio alla luce delle osservazioni e delle criticità sin qui esposte, sarebbe auspicabile che il legislatore italiano, al momento del recepimento nel nostro ordinamento del Protocollo n. 16, svolgesse un lavoro preventivo di analisi e di chiarimento rispetto ad alcune delle questioni qui considerate, magari recependo con taluni adattamenti – finalizzati anche a favorirne un’attuazione più armonica sotto il profilo istituzionale – il testo ufficiale del Protocollo.

Al riguardo, pertanto, si offrono al dibattito una serie di rilievi che potrebbero essere tenuti in conto in sede di recepimento normativo.

⁵² Al riguardo, ci sembrano condivisibili le osservazioni di chi, nel dibattito dottrinale, ha affermato che l’entrata in vigore del Protocollo n. 16 potrebbe creare complicazioni nell’immediato, ma semplificazioni nel futuro: così S. Chiarloni, *Il Prot. 16 Cedu. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, op. cit., 39.

Innanzitutto, si consideri la formulazione dell'art. 10 del Protocollo il quale, pur riproducendo una clausola standard, largamente utilizzata a livello internazionale nella redazione dei trattati, stabilisce che le singole Parti Contraenti possano rendere dichiarazioni sulle questioni normative che dovessero sorgere in virtù del recepimento del Protocollo medesimo, in questo caso proprio al fine di indicare – anche successivamente al recepimento del testo – quale delle loro alte giurisdizioni potrebbero richiedere un parere consultivo alla Corte e, quindi, essere considerate come le “più alte giurisdizioni nazionali”.

Sebbene in dottrina ci sia stato chi abbia definito questa clausola una sorta di “spada di Damocle”, che potrebbe gettare le basi per una possibile situazione di “ricattabilità” dei soggetti nominati dal legislatore nella loro qualità di “alte giurisdizioni nazionali” – alla luce anche del loro comportamento giurisprudenziale nei confronti della Corte EDU –, l'attuazione di questa clausola potrebbe da subito sciogliere una serie di questioni evidenziate nel corso dell'analisi⁵³.

Risulta evidente, ad avviso di chi scrive, che la Corte costituzionale debba rientrare tra queste “alte giurisdizioni” e ciò ci sembra ancor più pacifico se si tiene conto del percorso giurisprudenziale che, dalle “sentenze gemelle” sino alla decisione n. 49 del 2015, ha visto comunque il nostro Giudice delle leggi protagonista di questo processo di integrazione tra ordinamento costituzionale ed ordinamento convenzionale senza precedenti. Del tutto pacifico, in ragione dei più recenti esiti giurisprudenziali e normativi citati nel corso di queste pagine, ci sembra che anche il Consiglio di Stato – in sede consultiva, in pendenza di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica –, debba essere individuato “alta giurisdizione nazionale”, ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU.

Sarebbero invece da esplicitare ulteriormente da parte del legislatore, in sede di recepimento, quei criteri enunciati soltanto in via generale ed astratta nel testo del Protocollo n. 16 – consapevoli comunque del fatto che, al riguardo, di più non si poteva chiedere alla CDDU –, primo fra tutti quello che concerne la possibilità di un eventuale ritiro della richiesta di parere da parte della Corte apicale rimettente. Oltre che rinviare alle ipotesi tassativamente previste dai codici di rito – in caso di

⁵³ Ci si riferisce, in questa sede, alle prime interpretazioni dottrinali dell'art. 10 del Protocollo n. 16 alla CEDU, formulate da R. Romboli, *Corte di Giustizia e giudici nazionali*, op. cit., 33 e da O. Pollicino, *La Corte costituzionale è “una alta giurisdizione nazionale”?*, op. cit., 4.

estinzione o interruzione del procedimento principale, ovvero di improcedibilità sopravvenuta del medesimo – potrebbe essere senza dubbio utile prevedere una clausola di ritiro motivata della richiesta di parere, nelle ipotesi in cui la *Grande Chambre*, nelle more della decisione consultiva, si sia nel frattempo espressa sulla medesima questione in sede giurisdizionale.

In questo modo, non soltanto si alleggerirebbero i carichi pendenti della Corte EDU, ma la stessa Corte apicale interna si troverebbe di fatto in presenza di un precedente che, tra l'altro, assolverebbe anche quel requisito – elaborato dalla Consulta nella sentenza n. 49/2015 – di consolidamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, pur non essendo da solo sufficiente, potrebbe già orientare il giudice nell'interpretazione della normativa interna rilevante nel procedimento principale e, di conseguenza, consentirgli di ritirare la richiesta di parere in maniera fondata.

Per quanto concerne, infine, la questione della sospensiva del procedimento principale, in attesa che la *Grande Chambre* si esprima sulla richiesta del parere, ci sembrano condivisibili le osservazioni di chi in dottrina ha evidenziato, facendo leva sulle disposizioni rilevanti del Protocollo n. 16, come sia importante che la richiesta non perda il suo carattere incidentale⁵⁴. Pertanto, potrebbe pensarsi ad un'applicazione analogica dell'art. 3 della legge 204/1958 – che disciplina le modalità di rinvio da parte della giurisdizione ordinaria e speciale alla Corte di giustizia dell'Unione europea –, estendibile in questo caso alla “pregiudiziale convenzionale” che si introdurrebbe nel nostro ordinamento con l'entrata in vigore del Protocollo⁵⁵.

Le soluzioni prospettabili sono molte e, in questa sede, ci sembra auspicabile che vengano lasciate anche al lavoro “immaginifico” del legislatore, fermo restando il fatto tuttavia che quest'ultimo dovrà comunque tenere conto del quadro istituzionale presente, dei rimedi processuali vigenti e soprattutto del percorso giurisprudenziale di integrazione tra ordinamenti che la Corte costituzionale ha

⁵⁴ Cfr. A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi tra le Corti europee e i giudici nazionali*, op. cit., 11, in particolare si veda la nota 45 al testo.

⁵⁵ Così O. Pollicino, *La Corte costituzionale è “una alta giurisdizione nazionale”?*, op. cit., 7. Al riguardo, M. Caianiello, *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione penale. Tra spinte verso una maggiore integrazione e pulsioni autonomiste*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, op. cit., 54-55 parla di un rinvio pregiudiziale *sui generis*, costruito più come un dialogo *inter pares*, piuttosto che come uno strumento volto a favorire una efficace uniformità giurisprudenziale tra le Corti interessate. Chi scrive, al riguardo, ritiene che se così fosse, la soluzione presa dal CDDU non sarebbe affatto criticabile.

avuto modo di tracciare nel corso degli ultimi anni, manifestando tra l'altro una sensibilità all'apertura e al dialogo con la Corte EDU, sicuramente in controtendenza rispetto al passato⁵⁶.

Quali che siano le valutazioni al riguardo, resta il dato di fatto che lo spazio di scelta a disposizione del legislatore, al fine di dare attuazione al Protocollo n. 16, non sembra affatto angusto e, come abbiamo provato ad evidenziare nel corso dell'analisi, le strade da intraprendere non solo non sono poche, ma sono tutte facilmente (e liberamente) percorribili. Quali saranno gli esiti di questo ulteriore strumento di integrazione tra ordinamento costituzionale e ordinamento CEDU, tuttavia, in ultima battuta, resteranno comunque sempre le "più alte giurisdizioni" nazionali – qualunque esse siano – a dircelo.

⁵⁶ Al riguardo, si rinvia alle osservazioni di V. Zagrebelsky, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, op. cit., 91 ss.



ISSN 2037-6677

2015/4

Brown v. Board of Education oltre confine: la circolazione transnazionale di una landmark decision nella lotta alle discriminazioni in ambito educativo

Brown v. Board of Education beyond borders: the transnational circulation of a landmark decision in the fight against discrimination in education

Maria Chiara Locchi

Abstract

The present paper aims to address the impact of *Brown v. Board of Education*. It first sums-up the main features of the reasoning of the court: it then analyzes the impact of the decision beyond race-based segregation in schools (e.g., in public spaces, workplaces, and discrimination in school access based on gender, disability, language, ethnicity, etc.). It then analyzes the citation of the foreign legal precedent by other constitutional courts, namely that of Colombia and Czech Republic. The final aim is that of demonstrating that citation ends up being essentially rhetorical.

Tag: Brown, segregation, discrimination, Colombia, Czech Republic



Brown v. Board of Education oltre confine: la circolazione transnazionale di una *landmark decision* nella lotta alle discriminazioni in ambito educativo

di Maria Chiara Locchi

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – *Brown v. Board of Education*: caratteri e implicazioni di una *landmark decision*. 3. – *Brown* oltre confine. 3.1. – *Brown* oltre la discriminazione razziale: la sentenza no. T-429/92 della Corte Constitucional colombiana. 3.2. – Il caso *D.H. v. the Czech Republic*: la multidimensionalità della discriminazione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. 4. – Conclusioni.

1. – Introduzione

Il biennio 2014-2015 rappresenta una ricorrenza di straordinaria importanza per gli Stati Uniti: sessanta anni fa, infatti, iniziava lo smantellamento del sistema di segregazione e discriminazione razziale a danno della minoranza afroamericana, con l'adozione della storica sentenza *Brown v. Board of Education* da parte della Corte suprema (1954) e, nel decennio successivo, l'approvazione dei *Civil Rights Act* (1964) e *Voting Rights Act* (1965). La stagione della lotta per i diritti civili è stata celebrata, tra gli altri, dal costituzionalista B. Ackerman, che ha dedicato il terzo capitolo del suo lavoro sull'esperienza costituzionale americana (*We the People*) proprio a quella *Civil Rights Revolution* contrassegnata dalla formidabile convergenza di spinte progressiste, provenienti non solo dal ramo giudiziario, ma altresì dal Presidente, dal

Congresso e dalla stessa opinione pubblica¹. In polemica con l'approccio "originalista" all'interpretazione costituzionale, sostenuto autorevolmente anche da alcuni giudici della Corte suprema, Ackerman propone una lettura integrata della *landmark decision* del 1954, nella quale *Brown* diventa un tassello, pur fondamentale, di un «nuovo canone costituzionale», che andrebbe recuperato di fronte alle enormi sfide del presente nel campo dei diritti fondamentali e della tutela contro le discriminazioni². Se è innegabile, infatti, che la "storia" iniziata con *Brown* abbia trovato «un suo nuovo punto di approdo simbolico nell'elezione del primo Presidente di colore»³, tali sfide, per limitarsi al solo ambito delle tensioni razziali, si sono manifestate platealmente, proprio a sessant'anni da *Brown*, sotto forma di proteste e scontri in seguito all'uccisione di giovani afroamericani da parte della polizia; esperti e attivisti, d'altra parte, testimoniano che il fronte delle discriminazioni è ancora aperto, e si è anzi registrato un peggioramento complessivo, in relazione all'educazione, al sistema penale, agli stessi diritti politici⁴.

Nella complessa vicenda storica e giuridica relativa al superamento del regime segregativo su base razziale negli Stati Uniti d'America la sentenza *Brown v. Board of Education* del 1954, come si è detto, rappresenta senza dubbio una pietra miliare; tra le decisioni più conosciute e commentate della giurisprudenza della Corte suprema americana, la pronuncia si è rivelata di straordinaria importanza non soltanto per la specifica questione sociale e giuridica affrontata, ma altresì in relazione al contesto geopolitico della sua adozione, alla tematizzazione della razza come questione costituzionale, alle numerose implicazioni metodologiche sul piano dell'interpretazione costituzionale.

2. – *Brown v. Board of Education*: caratteri e implicazioni di una *landmark decision*

¹ Cfr. B. Ackerman, *We The People: The Civil Rights Revolution*, Cambridge, 2014.

² Cfr. E. Balboni, *La systematic humiliation e i costituzionalisti «a una sola dimensione»*, in *Quad. cost.*, 2014, 974.

³ Cfr. A. D'Aloia, *U.S.A.: Brown 60 anni dopo. Il difficile cammino dell'integrazione razziale*, in *Forum di Quad. cost.*, 12 settembre 2014, www.forumcostituzionale.it, che osserva come «Brown e Obama [...], per fare una sintesi, potrebbero essere l'inizio e la fine di un racconto positivo», 5.

⁴ Ci si riferisce, in particolare, alle tensioni seguite alla morte dei giovani afroamericani Eric Garner e Michael Brown nell'estate del 2014, cfr. A. Di Martino, *Le sfide dell'eguaglianza razziale negli Stati Uniti e la decisione del grand jury nel caso Brown*, in www.diritticomparati.it, 18 dicembre 2014.

I casi all'origine di *Brown*, come è noto, riguardavano la richiesta, da parte di minori afroamericani residenti in Kansas, South Carolina, Virginia e Delaware, di essere iscritti nelle scuole pubbliche della propria comunità in un regime di non segregazione; tale richiesta era stata rigettata dai giudici statali sulla base di previsioni, di fonte legislativa e costituzionale, che imponevano o autorizzavano la segregazione razziale in ambito scolastico. Il precedente di riferimento era rappresentato dalla fondamentale decisione *Plessy v. Ferguson* del 1896, con la quale la Corte suprema aveva elaborato la dottrina del «separate but equal», ritenendo la segregazione razziale nell'accesso ai servizi pubblici conforme alla *Equal protection* del XIV em., nella misura in cui la separazione delle razze non implicherebbe che una razza sia inferiore all'altra⁵. Ponendosi nel solco del costituzionalismo liberale americano, fondato sulla centralità della libera iniziativa individuale in assenza di una teorizzazione del dovere dello Stato di supportare le diverse categorie di soggetti deboli, *Plessy* aveva di fatto costituzionalizzato la segregazione razziale⁶. In epoca liberale, in effetti, la Corte suprema non aveva tratto dagli emendamenti post guerra civile le conseguenze radicali che pure potevano derivare all'azione degli Stati nella tutela dei diritti civili della minoranza afroamericana; sebbene dalla fine del XIX sec. i giudici utilizzavano l'*Equality clause* anche oltre gli ambiti originari del diritto civile e penale⁷, l'accesso ai servizi pubblici è rimasto segnato per lungo tempo da un'applicazione attenuata del principio di uguaglianza. Con l'avvento del *New Deal* e la presa d'atto dell'insostenibilità, alla luce del nuovo assetto democratico, dell'«umiliazione istituzionalizzata»⁸ ai danni della minoranza di colore, la Corte suprema presieduta dal *Chief Justice* Earl Warren avviava finalmente un vero e proprio smantellamento del regime segregativo nei servizi pubblici, con

⁵ Nella visione dei giudici le leggi non avrebbero potuto alterare i costumi consolidati della società, che andavano decisamente nella direzione della separazione – e della differenziazione sociale – tra le razze; ciò era dimostrato proprio dall'ambito delle strutture scolastiche. Nella sua *dissenting opinion*, il giudice John Marshall Harlan aveva definito «daltonica» («colorblind») la Costituzione, che «neither knows nor tolerates classes among citizens».

⁶ Cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I La Costituzione liberale*, Torino, 1998, 123.

⁷ Cfr., ad esempio, le sentenze *Strauder v. West Virginia*, 1879 (sull'incostituzionalità dell'esclusione categorica dei neri dalle giurie nei processi penali sulla base dell'appartenenza razziale) e *Nixon v. Herndon*, 1927 (in tema di esclusione dei neri dalle elezioni "primarie" dei partiti politici).

⁸ Cfr. B. Ackerman, *op. cit.*, 127 e s., che ricollega alla «Seconda Ricostruzione» degli anni sessanta la volontà di affermare un principio di *anti-humiliation*.

l'applicazione dello *strict scrutiny* ai trattamenti giuridici differenziati sulla base di classificazioni razziali⁹.

La difesa del caso *Brown* – rappresentata dall'avvocato Thurgood Marshall, attivista della NAACP (National Association for the Advancement of Colored People) e primo afroamericano ad essere nominato, nel 1967, giudice della Corte suprema – aveva sostenuto l'incostituzionalità della segregazione razziale, in quanto in sé contraria al principio di uguaglianza del XIV em. Dopo una fase di stallo dovuta a difformità di vedute, interna alla Corte, rispetto alla misura dell'intervento desegregativo da realizzarsi a seguito di un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità e al risarcimento da assegnare ai ricorrenti, la nomina di Warren nel 1953 si era rivelata risolutiva. Con una decisione assunta all'unanimità i giudici hanno convenuto innanzitutto sull'insufficienza del riferimento alle origini storiche e alle circostanze politico-giuridiche dell'adozione del XIV em., nonché alle pratiche della segregazione razziale diffuse a quell'epoca: pur potendo questi elementi illuminare il problema all'attenzione della Corte, essi sono stati considerati, nella migliore delle ipotesi, «inconcludenti». A differenza di altri casi di oggettiva differenziazione di trattamento sulla base della razza, la Corte ha ritenuto che, nel caso di specie, non si potesse procedere ad una mera comparazione degli aspetti «tangibili» dei servizi scolastici apprestati per i bambini bianchi e neri, poiché era stata dimostrata la sostanziale parità degli stessi in relazione a strutture, curriculum, qualifiche e retribuzione dei docenti, etc. Nell'impossibilità di «spostare le lancette dell'orologio» al tempo dell'adozione del XIV em. o all'epoca di *Plessy*, i giudici hanno coraggiosamente dichiarato di voler guardare al ruolo che l'educazione svolgeva nel presente degli Stati Uniti: nel constatare come la funzione educativa dello Stato fosse di primaria importanza per l'affermazione umana e professionale degli individui e per la costruzione della società democratica, la Corte giungeva quindi a considerare l'«opportunità» educativa che lo Stato avesse deciso di approntare come un «diritto che deve essere garantito a tutti ad uguali condizioni». La domanda utile a risolvere la questione, quindi, andava formulata nei seguenti

⁹ Con la sentenza *Korematsu v. United States* del 1944 la Corte ha affermato che il ricorso alla qualificazione «razziale» da parte del legislatore è di per sé sospetto e giustifica quindi uno *strict scrutiny*. Ciò non comporta l'incostituzionalità in sé della qualificazione razziale in un atto legislativo o amministrativo, ma la necessità del superamento di uno scrutinio rigoroso della giustificazione di tale qualificazione e della correlazione tra criteri adottati e fini perseguiti dal legislatore.

termini: la segregazione dei minori nelle scuole pubbliche soltanto sulla base della razza, anche se a parità di strutture scolastiche e altri fattori tangibili, priva i bambini del gruppo minoritario di uguali opportunità educative? La risposta della Corte, come è noto, è stata affermativa, in considerazione della centralità degli effetti che la segregazione scolastica produce sui bambini di colore: la separazione dai propri coetanei soltanto sulla base dell'appartenenza razziale produce infatti un «sentimento di inferiorità» quanto al proprio *status* all'interno della comunità che può intaccare «i cuori e le menti» in modo irreversibile¹⁰. A supporto di tale considerazione la Corte ha riportato le conclusioni di numerosi studi psicologici, citati nella celeberrima *footnote 11*: il primo e più importante tra gli studi richiamati è quello di Kenneth e Mamie Clark, due psicologi afroamericani i quali, attraverso il “*doll test*”, avevano dimostrato l'effetto negativo della segregazione sull'autorappresentazione dei bambini neri¹¹. I giudici hanno quindi bandito per sempre la dottrina del *separate but equal* dall'ambito scolastico, giungendo a dichiarare che la segregazione razziale è intrinsecamente incostituzionale in quanto disposta in violazione dell'*Equal protection* del XIV em.

L'impatto enorme della sentenza nell'ordinamento giuridico e nelle dinamiche politiche degli Stati Uniti è stato fin da subito controbilanciato dalle resistenze e dai ritardi ad una sua piena attuazione. Da un lato, infatti, è fuor di dubbio che le conquiste fondamentali sul piano dei diritti civili raggiunte nella seconda metà del XX sec. sono state l'esito di una straordinaria sinergia tra la tutela giurisdizionale e l'azione politica, quest'ultima animata da leader politici, tanto repubblicani quanto democratici, che hanno cercato di intercettare le istanze provenienti dai movimenti

¹⁰ Questa è la conclusione alla quale la Corte federale distrettuale del Kansas era già pervenuta nel 1951 in relazione al caso *Brown* (*Brown et al. v Board of Education of Topeka*, 1951), approdando però al rigetto delle istanze dei ricorrenti. In un passaggio dei *findings of fact* del giudice Huxman nella sentenza della corte del Kansas, in particolare, si riportava quanto segue: «Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to retard the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial integrated school system».

¹¹ Cfr. K. B. Clark, M. P. Clark, *Racial Identification and Preference in Negro Children*, in E. E. Maccoley, T. M. Newcomb, E. L. Hartley (eds.), *Readings in Social Psychology*, New York, 1947, 602-11. Il *doll test* consisteva nel mostrare a bambini abituati a un regime scolastico segregativo immagini di bambole di vari colori, chiedendo poi di identificare le bambole “buone” e quelle “cattive”. La maggioranza dei bambini sceglieva immagini di bambole bianche in relazione alle caratteristiche positive, associando le bambole nere ai caratteri negativi.

della società civile¹². Dall'altro lato, il processo di desegregazione scolastica, soprattutto negli Stati del Sud, si è rivelato irto di difficoltà; la stessa Corte aveva rimandato ad una decisione dell'anno successivo, nota come *Brown II*, l'articolazione dei rimedi conseguenti alla dichiarazione di principio del 1954, ben consapevole del carattere problematico del processo di superamento del sistema scolastico segregato. La formula adottata in *Brown II* con riferimento ai tempi della desegregazione – “*with all deliberate speed*” – rimandava all'idea di un intervento rapido, in considerazione della gravità del fenomeno discriminatorio, da attuarsi tuttavia con perizia e ragionevolezza; l'ambiguità della soluzione adottata dalla Corte può essere meglio compresa se si considera che, dieci anni dopo *Brown*, circa il 98 per cento dei bambini afroamericani frequentava ancora scuole segregate negli Stati del Sud¹³.

Tra i numerosissimi profili della sentenza considerati dalla dottrina giuridica, uno dei principali è sicuramente rappresentato dalla tipologia di “discriminazione” delineata dalla Corte.

La ricostruzione dei giudici nel caso *Brown* è riconducibile alla nozione di “discriminazione diretta”, visto che l'atto oggetto di scrutinio introduceva distinzioni e classificazioni basate esplicitamente sulla razza: la segregazione razziale in ambito scolastico era infatti statuita con legge e le pubbliche autorità avevano evidentemente un ruolo di agente attivo delle politiche segregazioniste e discriminatorie¹⁴. Sotto questo aspetto, quindi, la sentenza è espressione di quell'orientamento giurisprudenziale, di tipo risarcitorio e compensativo, all'epoca espresso dalla Corte suprema in materia di diritto antidiscriminatorio; solo in una

¹² È l'ipotesi di lettura del ventennio 1954-1974 avanzata, come già accennato, da B. Ackerman, *We The People, parte III: The Modern Constitutional Order. Un confronto con gli studiosi italiani*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2014, 964, che contesta l'idea di tale rivoluzione egualitaria come il «dono della Corte Warren al popolo americano» e valorizza invece la dimensione costituzionale dei *landmark statutes* del 1964 (*Civil Rights Act*) e 1965 (*Voting Rights Act*). Il ruolo decisivo di Presidente, Congresso e movimento per i diritti civili nel superamento della desegregazione – accanto e oltre *Brown* – è messo in luce anche da G. N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, 2008, 39-172.

¹³ Cfr. G. Orfield, C. M. Lee, *Brown at 50: King's Dream or Plessy's Nightmare?*, *Harvard Civil Rights Project*, 7, 2004, 17. Il processo desegregativo acquistò rapidità a partire dal 1969 (*Alexander v. Holmes County*), con l'obbligo per i distretti scolastici di adottare piani di integrazione elaborati sulla base della distribuzione degli studenti in ciascuna scuola proporzionalmente alla presenza di bianchi e neri nel territorio corrispondente al distretto. Ciò ha comportato in molti casi lo spostamento quotidiano degli studenti in autobus, dal luogo di abitazione fino a quello, anche molto distante, dell'istituto scolastico (il c.d. “*busing*”).

¹⁴ In casi successivi non era stato possibile dimostrare un'azione o un intento specifici del governo in chiave discriminatoria, essendo la segregazione scolastica riconducibile a fattori *de facto* discriminatori quali la distribuzione territoriale o il reddito dei residenti oppure la dislocazione delle aree di *public housing*; in quei casi le corti hanno negato il riconoscimento di forme rimediali (es., *Milliken v. Bradley*, 1974; *Bell v. Sch. City of Gary*, 1963).

seconda fase, tra gli anni Settanta e gli inizi degli anni Ottanta dello scorso secolo, la giurisprudenza in materia di discriminazione razziale, anche in ambito scolastico, si è caratterizzata in senso maggiormente redistributivo, sulla base di una concezione della discriminazione come condizione di esclusione e svantaggio sociale rispetto alla quale si rendeva necessario apprestare strumenti più marcatamente orientati alla realizzazione di un'uguaglianza sostanziale¹⁵. Tale orientamento, peraltro, lungi dal connotare in via definitiva il modello statunitense di diritto antidiscriminatorio, andrebbe letto piuttosto come «opzione dal carattere contingente e legata alla peculiare condizione storica di inferiorità socio-economica dei Neri d'America, perdurante anche successivamente all'approvazione della legislazione antidiscriminatoria federale», come dimostrerebbe, a partire dalla fine degli anni Ottanta, il recupero di centralità della «funzione risarcitoria e compensativa della legislazione antidiscriminatoria» e della «ricerca dell'elemento intenzionale anziché dell'effetto discriminatorio»¹⁶.

Alcuni commentatori, d'altra parte, hanno sottolineato come la sentenza *Brown* risulti più complessa di quanto appaia, offrendo una ricostruzione di “discriminazione” attenta al profilo degli effetti¹⁷ e alternativa a quella dell’“intento discriminatorio”, poi consacrata con il caso *Washington v. Davis*¹⁸: con la sua giurisprudenza successiva la Corte avrebbe, in sostanza, avuto paura delle implicazioni di un orientamento decisamente sbilanciato a favore dell’“impatto discriminatorio”, finendo per «addomesticare» alcuni profili innovativi pur contenuti in quella decisione¹⁹. Nel caso *Brown*, in effetti, la Corte non si è limitata ad applicare lo *strict scrutiny test* previsto in presenza di discriminazioni dirette, ma ha mostrato di

¹⁵ La stessa *Brown II* del 1955 è un esempio dell'attenzione della Corte per il profilo sostanziale dell'uguaglianza attraverso l'adozione di misure di integrazione razziale. Tra le decisioni dell'era post *Brown* che valorizzano la dimensione dell'effettività dell'integrazione cfr. *Green v. County School Board*, 1968.

¹⁶ Cfr. D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello “europeo” dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, 126, 125.

¹⁷ Con il caso *Griggs v. Duke Power Co.* del 1971 – ma già, sul versante legislativo, con il *Civil Rights Act* del 1964 – aveva trovato riconoscimento la nozione di discriminazione “indiretta”: la Corte aveva infatti sostenuto che l’“impatto” discriminatorio fosse sufficiente a fondare una presunzione di comportamento disparato, senza l'ulteriore necessità di provare l'elemento intenzionale. A partire da tale fondamentale sentenza si era poi sviluppato un orientamento delle corti distrettuali.

¹⁸ *Washington v. Davis*, 1976, ha posto fine alla tendenza inaugurata con *Griggs*, stabilendo che – al fine di dimostrare che una qualificazione razziale è “discriminatoria”, e quindi illegittima per violazione del XIV em. – è necessario provare l'intento discriminatorio da parte del legislatore. La semplice dimostrazione dell'impatto discriminatorio non è sufficiente, a meno di non allargare inaccettabilmente lo spettro degli atti governativi potenzialmente sindacabili, con una sovrapposizione indebita del giudice alle valutazioni politiche del legislatore.

¹⁹ Cfr. D.A. Strauss, *Discriminatory Intent and the Taming of Brown*, in 56 *U. Chi. L. Rev.* 935 (1989).

voler considerare il piano sostanziale delle condizioni reali dei bambini neri iscritti nelle scuole segregate, e quindi l’“effetto” della segregazione scolastica in termini di «subordinazione», «stigma» e «cittadinanza di seconda classe»²⁰.

A partire dagli anni Settanta lo spirito profondo di *Brown* sembra essere stato travisato dalla Corte, per mezzo dell’applicazione dello *strict scrutiny* soltanto alle classificazioni vietate e della presunzione di legittimità delle leggi formalmente neutre anche se sostanzialmente discriminatorie poiché caratterizzate da un *disparate impact* nei confronti del gruppo minoritario: in questi casi la Corte ha infatti ritenuto necessario dimostrare l’intento discriminatorio, definito in modo tendenzialmente restrittivo²¹. All’inizio del XXI sec. la giurisprudenza della Corte suprema in materia di discriminazioni e *Equality clause* appare concentrata sul concetto di “classificazioni intenzionali” da parte dello Stato, che vengono valutate dai giudici mediante *strict scrutiny*. La conseguenza è una definizione di disuguaglianza tanto «sotto-inclusiva» – nella misura in cui rimangono esclusi i provvedimenti statali che non introducono classificazioni basate sui gruppi e le discriminazioni non conseguenti ad un’azione intenzionale – quanto «sovra-inclusiva» – poiché non tutte le classificazioni basate sui gruppi sono leggibili in termini di subordinazione²². Quest’ultima incongruenza è efficacemente dimostrata dalla decisione del 2007 nel caso *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District no. 1*, con la quale cinque giudici della Corte suprema hanno dichiarato l’incostituzionalità, per violazione della *Equal protection clause*, dei piani di assegnazione di posti, nelle scuole superiori, che utilizzano classificazioni razziali. Oltre a rappresentare efficacemente l’atteggiamento di chiusura della Corte nei confronti delle *affirmative actions* su base razziale²³, il caso *Parents Involved* è esemplificativo del fraintendimento, se non del vero e proprio

²⁰ Sarebbero queste le concezioni alternative di discriminazione che la Corte Suprema ha «addomesticato» con *Washington*, cfr. D.A. Strauss, *op. cit.*, 941-944.

²¹ Cfr., ad es., *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 1979.

²² Cfr. J. M. Balkin, R. B. Siegel, *Remembering How to Do Equality*, in J. M. Balkin, R. B. Siegel (eds.), *The Constitution in 2020*, New York, 2009, 96, che rilevano con amarezza come oggi la *constitutional equality doctrine* sia troppo spesso utilizzata da giudici conservatori per preservare lo *status quo*.

²³ Il fondamento costituzionale delle azioni positive, alla luce del rischio di una violazione del principio di uguaglianza per mezzo di una *reverse discrimination*, è oggetto di un dibattito antico e mai sopito, sul quale cfr., tra gli altri, A. D’Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002 e M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008. La Corte Suprema americana ha avuto un orientamento oscillante sul punto: se le *affirmative actions*, in quanto esplicitamente basate sull’appartenenza razziale, sono state ricondotte allo *strict scrutiny* e quindi considerate legittime soltanto in presenza di motivi “cogenti” e interessi pubblici preminenti, la posizione della Corte si è assestata su un tendenziale sfavore nei confronti delle classificazioni normative basate sulla razza.

“tradimento”, di *Brown*: nel sostenere che la discriminazione *de facto*, non riconducibile ad un’azione dello Stato, non giustifica un intervento riparatore di quest’ultimo, i giudici hanno richiamato il precedente del 1954, ricavando da esso il rifiuto di qualsivoglia classificazione razziale, anche se volta a promuovere l’integrazione. L’oscuramento del principio giuridico, e del significato profondo, di *Brown* è stato, del resto, messo in evidenza dal giudice Breyer nella sua *dissenting opinion*, nella quale si contesta la distinzione tra segregazione *de iure* e *de facto* a favore di una ricostruzione del senso complessivo di *Brown* come obbligo per i poteri pubblici di sforzarsi di raggiungere l’integrazione razziale²⁴.

Un ulteriore profilo di grande interesse della sentenza *Brown*, al di là della specifica questione razziale, è relativo all’interpretazione costituzionale e, in particolare, al ricorso, da parte della Corte suprema, ad argomenti extragiuridici. Come già accennato, infatti, la valutazione dell’impatto psicologico della segregazione scolastica sui bambini afroamericani ha avuto un ruolo decisivo nell’argomentazione dei giudici e, sotto questo aspetto, la sentenza del 1954 può essere considerata il «manifesto» dell’integrazione del dato sociale nel giudizio costituzionale²⁵. La considerazione degli effetti di una certa misura potenzialmente incidente sul principio di uguaglianza si presta particolarmente all’utilizzo delle scienze sociali (es. economia, sociologia, scienza politica, psicologia) da parte dei giudici, soprattutto in quei casi, di discriminazione indiretta, nei quali il criterio di distinzione/separazione è formalmente neutro e diventa quindi cruciale accertare l’impatto discriminatorio nelle situazioni fattuali; tale utilizzo, d’altra parte, rappresenta ormai un fenomeno consolidato nel contesto delle strategie argomentative delle corti statunitensi e ampiamente indagato dalla dottrina²⁶. Sebbene siano state avanzate ipotesi alternative alla narrativa convenzionale circa il ruolo della nota 11 rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Corte Warren nel caso

²⁴ Nel caso *Parents Involved*, infatti, si contestava la legittimità non già di atti pubblici che imponevano la segregazione razziale, ma di provvedimenti che tentavano di contrastare la risegregazione di fatto in ambito scolastico. Sull’importante sentenza del 2007 cfr. M. Caielli, *Affirmative Actions o misure anti-apartheid? La Corte Suprema torna a pronunciarsi in materia di segregazione razziale*, in questa Rivista, 2007, 1768-1773.

²⁵ Cfr., in questo senso, R. Ibrido, *La Corte messicana tra processi di precomprensione comparative e integrazione del dato sociale: la sentenza sul matrimonio omosessuale*, in LANUS, 2011, 203.

²⁶ Cfr. N. Petersen, *Avoiding the common-wisdom fallacy: The role of social sciences in constitutional adjudication*, in *Int. Jnl. of Constitutional Law*, 2013, 300 e s. Sull’uso delle scienze sociali da parte della Corte Suprema americana cfr., tra gli altri, P. L. Rosen, *The Supreme Court and Social Science*, Champaign, 1972; R. J. Erickson, R. J. Simon, *The Use of Social Science Data in Supreme Court Decisions*, Champaign, 1998; J. Monahan, L. Walker, *Social Science in Law. Cases and Materials*, 8th edition, 2014, St. Paul, 2014.

*Brown*²⁷, la decisione del 1954 continua a rappresentare un imprescindibile paradigma per la riflessione intorno alla natura e ai limiti dell'intervento giurisdizionale e, più in generale, alle capacità trasformative del diritto rispetto a questioni segnate da profonde implicazioni sociali e culturali.

3. – *Brown* oltre confine

L'eredità di *Brown* è oggetto di una letteratura ormai ampia, volta ad indagare il lascito della sentenza sia all'interno dell'ordinamento giuridico – e, più in generale, della società – statunitense, sia con riferimento alla circolazione degli argomenti giuridici sviluppati dalla sentenza al di là dei confini nazionali. L'“oltre confine” a cui qui ci si riferisce, quindi, va inteso tanto in relazione all'influenza di *Brown* al di là dei confini tematici rappresentati dalla discriminazione razziale nelle scuole, quanto al superamento dei confini territoriali del sistema giuridico degli Stati Uniti.

Rispetto al primo punto, è stato messo in luce come le ripercussioni di *Brown* abbiano travalicato il nesso segregazione razziale-sistema scolastico, da una parte aprendo la strada alla desegregazione anche nei luoghi aperti al pubblico²⁸ e in relazione all'accesso al lavoro²⁹ e, dall'altra, impattando sulla discriminazione scolastica motivata da genere, disabilità, lingua, appartenenza etnica e origine nazionale³⁰.

²⁷ Cfr. S. Mody, *Brown Footnote Eleven in Historical Context: Social Science and the Supreme Court's Quest for Legitimacy*, in 54 *Stanford L. Rev.* 4, 794 (2002), il quale – nel ritenere che l'esito giuridico-costituzionale di *Brown* sarebbe stato lo stesso anche senza il riferimento a materiale extra-giuridico – sostiene che i giudici abbiano “puntellato” una decisione socialmente controversa e giuridicamente precaria con l'autorità degli studi delle scienze sociali.

²⁸ Negli anni immediatamente successivi a *Brown* la Corte suprema ha dichiarato l'incostituzionalità della segregazione razziale, ad esempio, nei parchi pubblici (*Holcomb v. Beal*, 1954), nelle spiagge pubbliche (*Mayor of Baltimore v. Davison*, 1955), nei campi da golf municipali (*Holmes v. City of Atlanta*, 1955) e sugli autobus municipali (*Gayle v. Browder*, 1956).

²⁹ L'atto fondamentale nella lotta alle discriminazioni razziali in ambito lavorativo è stato il *Civil Rights Act* del 1964 e, in particolare, il Titolo VII in tema di discriminazioni per motivi legati a razza, colore, religione, sesso e origine nazionale. Così come era avvenuto per la desegregazione scolastica, solo a seguito di una massiccia campagna anti-discriminatoria sostenuta dai legali della NAACP, con centinaia di denunce e segnalazioni alla neo-istituita Equal Employment Opportunity Commission, è stato tuttavia possibile ottenere dei risultati concreti, a partire dal già citato caso *Griggs*.

³⁰ Cfr. M. Minow, *In Brown's wake: legacies of America's educational landmark*, Oxford, 2010, 33 e s., che ricostruisce l'eredità di *Brown* nell'ambito dell'educazione dei migranti non anglofoni, dei bambini svantaggiati sul piano socio-economico, degli studenti disabili e di quelli identificati come gay, bisessuali o transgender, dei membri di minoranze religiose o etniche (in particolare, nativi americani e indigeni hawaiani).

Quanto al secondo profilo, *Brown* ha indubbiamente dispiegato i suoi effetti anche al di là dei confini dell'ordinamento giuridico americano³¹, influenzando in vario modo tanto i movimenti sociali quanto il discorso e le strategie degli operatori giuridici e della giurisprudenza in molti Paesi, con particolare riferimento a quelle esperienze contrassegnate da regimi di discriminazione su base etnico-razziale di parte della popolazione³² e alle altre forme di segregazione scolastica (ad es., in relazione al genere sessuale o alla condizione di disabilità).

Il caso sudafricano è forse quello che più di altri ha subito il condizionamento della sentenza del 1954 con riferimento al superamento dell'*apartheid* scolastico³³. Istituito fin dal 1905, il regime segregativo a danno dei bambini neri era stato rafforzato con la “legge sull'educazione Bantu” del 1953, spiegata dall'allora senatore, e successivamente primo ministro, Verwoerd come la “ragionevole” traduzione giuridico-amministrativa della condizione di segregazione e subordinazione nella quale i “nativi” di fatto si trovavano sul piano socio-economico³⁴. L'adozione di *Brown*, quindi, avveniva di pari passo con il perfezionamento del regime dell'*apartheid* sudafricano, ma fin da subito la carica simbolica della sentenza del 1954 ha iniziato ad operare anche con riferimento all'esperienza sudafricana: dapprima con l'esplicito riferimento, nel 1958, da parte del primo ministro britannico Macmillan durante un discorso presso il Parlamento sudafricano e, a partire dagli anni Settanta, per mezzo del supporto fornito da alcuni avvocati coinvolti nel caso *Brown* all'elaborazione di strategie di attacco all'*apartheid* scolastico sul versante giudiziario. Nell'ambito del nuovo Stato democratico sudafricano post *apartheid*, la Corte costituzionale ha espressamente citato *Brown* in

³¹ Cfr. A. Lester, *Brown v. Board of Education Overseas*, in 148 *Proc. Am. Phil. Soc.* 4, 455 (2004); R. J. Goldstone, B. Ray, *The International Legacy of Brown v. Board of Education*, in *McGeorge Law Review*, 35, 2004; R. Bader Ginsburg, *Brown v. Board of Education in International Context*, discorso tenuto all'Università di Pretoria il 7.2.2006, www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewsspeech/sp_02-07a-06; M. Minow, *In Brown's wake: legacies of America's educational landmark*, Oxford, 2010; M. Minow, *Brown v. Board in the World: How the Global Turn Matters for School Reform, Human Rights, and Legal Knowledge*, in 50 *San Diego L. Rev.* 1, 1 (2013).

³² È il caso, ad esempio, di Israele, Irlanda del Nord, Sud Africa, India e Europa dell'Est.

³³ Cfr. P. E. Andrews, *Perspectives on Brown: The South African Experience*, in 49 *N. Y. L. Sch. L. Rev.* 1155 (2005).

³⁴ Il pluricitato discorso di Verwoerd richiama il nesso tra educazione e opportunità di successo e affermazione personale, rovesciandone completamente il senso rispetto a *Brown*: « ... [t]he school must equip him [the Bantu pupil] to meet the demands which economic life of South Africa will impose upon him. ... The Bantu must be guided to serve his own community in all respects. There is no place for him in the European community above the level of certain forms of labour. ... For that reason it is of no avail for him to receive a training which has as its aim absorption in the European community, where he cannot be absorbed», cfr. N.L. Clark, W.H. Worger, *South Africa: The Rise and Fall of Apartheid*, Abingdon, 2013, 55.

diverse occasioni, in relazione non soltanto al principio di uguaglianza e al ruolo dell'educazione in una società democratica, ma anche a profili più propriamente legati all'interpretazione costituzionale, quali il valore vincolante del precedente giurisprudenziale, l'adattamento delle leggi alla mutevolezza degli scopi o i poteri rimediali della Corte costituzionale³⁵.

Il sociologo e giurista statunitense Sheldon Bernard Lyke ha condotto di recente un lavoro di ricerca particolarmente accurato, anche se non privo di difficoltà metodologiche, volto ad identificare e valutare i richiami di *Brown v. Board of Education* da parte di corti costituzionali, corti supreme e alte corti nel mondo³⁶. Le trentadue sentenze contenenti un'esplicita citazione di *Brown* provengono da dodici corti: argentina (n. 2), australiana (n. 1), brasiliana (n. 1), canadese (n. 5), colombiana (n. 2), indiana (n. 6), israeliana (n. 3), malese (n. 1), neo-zelandese (n. 1), sudafricana (6), singalese (n. 3), britannica (n. 1, emessa dal *Privy Council*). Dall'analisi emergono degli utilizzi di *Brown* non immediatamente associati alla questione specifica affrontata dalla sentenza, e in particolare riconducibili a tre principali modelli. Secondo una prima tendenza, il caso *Brown* è stato considerato una fonte di elementi fattuali – di ordine storico, politico, sociologico, psicologico – rispetto a questioni come lo stigma sociale o l'importanza dell'educazione, nella pressoché totale indifferenza per le argomentazioni giuridico-costituzionali sviluppate dalla Corte suprema. Da un secondo gruppo di decisioni emerge un utilizzo di *Brown* come guida per comprendere il ruolo specifico del potere giudiziario e le regole che governano l'adozione delle decisioni giurisprudenziali. I profili problematici rispetto ai quali la sentenza del 1954 è sembrata poter illuminare i giudici fuori dagli Stati

³⁵ Cfr. i casi *Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995* (CASE CCT 39/95), deciso con sentenza del 4.4.1996; *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others* (Case CCT 8/02), deciso con sentenza del 5.7.2002; *S. v. Jordan and Others* (Case CCT 31/01), deciso con sentenza del 9.10.2002; *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others* (Case CCT 12/03) e *Mablaule and Another v Minister of Social Development* (Case CCT 13/03), decisi con sentenza del 4.3.2004; *Daniels v. Campbell NO and Others* (Case CCT 40/03), deciso con sentenza dell'11.3.2004; *Lesbian & Gay Equal. Project v. Minister of Home Affairs* (Case CCT 60/04) e *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another* (Case CCT 10/05), decisi con sentenza del 1.12.2005.

³⁶ Cfr. S. B. Lyke, *Brown abroad*, in 45 *Vand. J. Transnat'l L.*, 83 (2012). La ricerca è stata condotta per mezzo dei principali database giuridici e dei motori di ricerca delle corti costituzionali, ove esistenti. Tenendo conto delle difficoltà di carattere linguistico o legate al malfunzionamento dei siti internet, l'autore è riuscito ad accedere ad informazioni relative a 100 corti costituzionali. Di queste, 32 corti, pur avendo una presenza *on-line*, non consentivano l'accesso alle proprie decisioni, per mancanza di un motore di ricerca interno, di un database o per impossibilità di reperire le decisioni in formato elettronico. In relazione alle corti rimanenti, in 46 casi non è stato possibile rintracciare un riferimento a *Brown*, mentre 12 corti hanno richiamato *Brown* almeno una volta. L'autore ha dunque analizzato 32 sentenze, procedendo alla codificazione alla luce sia di osservazioni empiriche che di considerazioni di tipo teorico.

uniti sono stati, in particolare, i limiti dello *stare decisis*, le “questioni politiche” e il rispetto della discrezionalità del Legislativo, il ruolo delle corti nella determinazione dei rimedi a favore delle parti danneggiate. Alcune corti, infine, hanno colto in *Brown* un riferimento giuridico di carattere sostanziale utile alla ricostruzione del principio di uguaglianza, anche al di fuori dell’ambito scolastico e al di là del divieto di discriminazione sulla base dell’appartenenza razziale o etnica. La conclusione a cui giunge S. B. Lyke è che la maggior parte dei giudici si sono discostati dal significato e dai caratteri della sentenza della Corte suprema USA, dimostrandosi in tal modo non tanto passivi imitatori di soluzioni e principi trapiantati da un’esperienza considerata autorevole, quanto piuttosto attori di «conversazioni cosmopolitiche» volte a supportare lo scambio transnazionale di idee giuridiche³⁷.

In questa sede saranno considerati due casi di circolazione di *Brown*, entrambi caratterizzati dal duplice livello dello “sconfinamento”: geografico (si tratta di una pronuncia della Corte costituzionale colombiana e di un caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo) e tematico (entrambe le vicende giurisdizionali analizzate sono incentrate sul nesso di educazione, segregazione, discriminazione, anche oltre il dato razziale). La comparazione tra esperienze giuridiche distanti tra loro nel tempo e nello spazio appare giustificabile proprio alla luce dell’indagine che si vuole condurre in questa sede, volta a comprendere la portata del recupero di una sentenza “manifesto”, quale *Brown*, fuori dal contesto storico-politico e giuridico originario, in tal modo verificando la reale consistenza del trapianto formale di principi e argomenti giuridici.

3.1. – *Brown* oltre la discriminazione razziale: la sentenza no. T-429/92 della Corte Constitucional colombiana

La Corte costituzionale colombiana si riferisce a *Brown* in una sentenza del 1992 (la n. 429), una delle prime decisioni dell’organo deputato alla «salvaguardia dell’integrità e della garanzia della Costituzione» ai sensi dell’art. 241 Cost. colombiana del 1991; il caso deciso con la sentenza in questione riguardava la delicata materia dell’“educazione speciale” per bambini con bisogni educativi differenziati, nella sua peculiare dimensione di educazione “segregata”.

³⁷ Cfr. S. B. Lyke, *op. cit.*, 89.

Il richiamo a *Brown* da parte della sentenza T-429/92 – che costituisce l’oggetto specifico di interesse del presente contributo – va letto considerando, più in generale, il carattere integrato ed evolutivo dell’interpretazione costituzionale elaborata dalla Corte colombiana, con particolare riferimento al ricorso alle scienze sociali e al diritto comparato nell’argomentazione dei giudici costituzionali.

In relazione all’argomento comparativo, l’esperienza colombiana si inserisce in un contesto, quello dell’America latina, indubbiamente contrassegnato dalla frequenza dell’utilizzo del diritto comparato – riconducibile ai diversi formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale – da parte delle corti costituzionali. Nel caso della Colombia il riferimento alle esperienze straniere va contestualizzato alla luce del ruolo significativo svolto dalla Corte costituzionale nella trasformazione della cultura giuridica del Paese, attraverso un’interpretazione evolutiva della Costituzione che consente ai giudici di muoversi all’incrocio tra la tradizione romanistica e quella anglosassone³⁸. Se la circolazione del formante giurisprudenziale straniero all’interno della giurisprudenza costituzionale colombiana è indubbiamente legato alla necessità per il giudice di rispondere alla complessità delle questioni sociali e culturali in un contesto giuridico globalizzato³⁹, il ruolo trasformativo della Corte è altresì connesso al richiamo consolidato della dottrina giuridica, interna e straniera. Dalla riflessione teorica intorno all’interpretazione costituzionale emerge la rilevanza, per la Corte, del confronto con le opere dei giuristi stranieri, nella misura in cui il formante dottrinale straniero è in grado di assumere un ruolo «orientativo della interpretazione costituzionale nella dinamica formale e materiale e dunque nella identificazione dei vincoli e dei limiti che la stessa interpretazione può assumere rispetto alla lettera delle sue disposizioni»⁴⁰.

³⁸ Cfr. L. Pegoraro, L. Estupiñán-Achury, Ó.E. Herrera Bedoya, *La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web*, in 128 *Vniversitas Jurídica* (2014), 53.

³⁹ Cfr. L.M. Escobar, *El uso del precedente extranjero por parte de la Corte Constitucional colombiana*, in *International law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 13, 2008, 396.

⁴⁰ Cfr. C. Pastore, *Il “formante” di Karl Loewenstein nella dinamica costituzionale colombiana*, in questa Rivista, 2012, 387. Esempi di tale potenziale sono rintracciabili, da un lato, nella vicenda del trapianto della teoria francese del *bloc de constitutionnalité* in funzione di incorporazione dei trattati internazionali di diritto umanitario tra i parametri costituzionali (sulla quale cfr. I. Spigno, *Tecniche di interpretazione costituzionale nel riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali in Colombia*, in IANUS, 2011, n. 7), e, dall’altro, dall’influenza esercitata dalle teorie riformiste del diritto di matrice francese e statunitense sulla corrente antiformalista dei giuristi colombiani nella prima metà del XX sec. (cfr. D.E. López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, 2009, 270-271, il quale ricorda che, accanto al trapianto «dogmatico» di materiali giuridici «duri», come leggi o codici, il diritto

L'utilizzo delle scienze sociali da parte della Corte costituzionale colombiana costituisce senz'altro un secondo aspetto rilevante della sentenza di cui si discute, tracciando un ulteriore collegamento, oltre quello della citazione esplicita, con *Brown*. Il riferimento ad argomenti extragiuridici (in particolare, filosofici, sociologici, psicologici, antropologici) è registrabile soprattutto nelle decisioni riguardanti i diritti fondamentali, nelle quali la Corte si ritrova a declinare e specificare le clausole aperte contenute nella Carta costituzionale. In una delle prime sentenze della Corte in tema di diritti fondamentali – peraltro richiamata dalla sentenza T-429/92, in quanto entrambe riguardanti il diritto costituzionale all'educazione – i giudici si sono cimentati nella elaborazione dei criteri alla luce dei quali qualificare come “fondamentale” un determinato diritto costituzionale, operazione a sua volta funzionale alla possibilità di ammetterne la protezione in via di tutela⁴¹. Nel decidere quale tipo di percorso argomentativo intraprendere per fondare “ideologicamente” la qualificazione di «diritto costituzionale fondamentale» – e, in particolare, il criterio della «essenzialità» per la persona umana – la Corte ha ritenuto di affidarsi al pensiero di alcuni tra i più importanti esponenti della filosofia occidentale, così da segnare la rottura con il passato e tentare di costruire un nuovo «discorso sui diritti fondamentali» nel contesto giuridico colombiano⁴². Studi di sociologi, psicologi e antropologi colombiani e stranieri – in alcuni casi appositamente affidati ad Università e centri di ricerca ai fini della decisione – sono stati altresì utilizzati dai giudici costituzionali: senza pretese di completezza, possono essere qui citate, a mo' di esempio, le sentenze C-814-01 sull'adozione di minori da parte di coppie omosessuali, SU-510/98 e T-1022/01 riguardanti la libertà religiosa e il diritto all'identità culturale delle comunità indigene, T-552/03 sul riconoscimento

colombiano ha assorbito lentamente nuove teorie del diritto, in grado di incidere sul modo concepire la relazione tra la regola e la realtà). López Medina, peraltro, rileva che il massiccio uso di riferimenti a testi costituzionali e legislativi, nonché alla dottrina straniera, abbia caratterizzato soprattutto la prima fase della giurisprudenza costituzionale, mentre negli ultimi anni sono più frequenti i richiami ai precedenti giurisprudenziali, cfr. D.E. López Medina, *Interpretación constitucional*, Bogotá, 2006, 136-137.

⁴¹ L'*acción de tutela* (art. 86 Cost.) è una delle modalità disciplinate dalla Costituzione colombiana per l'attivazione del controllo di costituzionalità delle leggi e di altre tipologie di atti giuridici: mentre in via di tutela ciascun individuo può far valere la violazione dei propri diritti fondamentali costituzionali ad opera dell'azione o dell'omissione di un'autorità pubblica, l'*acción pública de inconstitucionalidad* (art. 241 Cost.) dà luogo ad un controllo di costituzionalità di tipo astratto.

⁴² Cfr. J. González Jácome, *El problema del las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica*, in 112 *Vniversitas Jurídica* (2006), 269 e ss. Nella sentenza T-002-92 sono citati, tra gli altri, Kant, Bobbio, Platone, Duguit, Dworkin.

costituzionale della giurisdizione indigena, C-507/04 in tema di nullità del matrimonio tra minori, C-241/12 sulla tipizzazione penale dell'incesto.

La sentenza T-429 del 1992 è dunque esemplificativa di tale pluralismo disciplinare della giurisprudenza costituzionale colombiana, il cui carattere aperto e integrato è in grado di potenziare il ruolo della Corte come agente di emancipazione sociale⁴³. Dovendosi pronunciare sulla costituzionalità di un provvedimento di un'autorità scolastica che aveva subordinato l'iscrizione di una minore alla dimostrazione, per mezzo di esami medici, dell'assenza di deficit intellettivi e problemi comportamentali, la Corte ha attinto a un bagaglio eterogeneo di fonti e materiali utili a ricostruire il significato e le molteplici implicazioni dell'“educazione speciale”. Lo sforzo della Corte, in particolare, è andato nella direzione tanto di un intervento che si collocasse all'interno di un discorso “transnazionale” sulla natura e i limiti dell'educazione speciale e la tutela degli alunni con disabilità, quanto di un'interpretazione costituzionale il più possibile dialogante con la realtà sociale ed economica del paese, in modo da rendere la Carta costituzionale una «realidad nueva, positiva y viviente»⁴⁴. In quest'ottica, dunque, si devono considerare i molteplici rimandi al diritto straniero e a fonti extragiuridiche, nazionali e straniere: in relazione al primo si segnalano i richiami al testo della Costituzione brasiliana, alla normativa spagnola e a quella italiana in tema di integrazione sociale delle persone disabili, a precedenti giurisprudenziali (tra i quali *Brown*) e ad opere di dottrina; con riferimento alle seconde rilevano le citazioni di studi di sociologi ed esperti di educazione.

La sentenza T-429/92 era stata originata da un'azione di tutela del Sig. Moreno Alvarez, padre della minore Carol Andrea, contro il Direttore del *Colegio Cooperativo de Primaria y Bachillerato Comercial* di Sopó – un comune del Dipartimento colombiano di Cundinamarca – frequentato dalla figlia del ricorrente. All'atto dell'iscrizione al terzo anno della scuola superiore, il Direttore del Collegio aveva opposto al Sig. Moreno Alvarez la necessità di presentare i risultati di un elettroencefalogramma e di un esame neurologico della ragazza, già precedentemente richiesto dalle autorità scolastiche a partire da una valutazione di difficoltà di apprendimento e di

⁴³ Cfr. Y. Uprimny, M. Rodrigo, García Villegas, *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*, in B. de Sousa Santos, M. García Villegas (ed.), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Bogotá, 2002.

⁴⁴ Cfr. T-429/92, *Consideraciones de la Corte*, punto 5.

aggressività espressa dagli insegnanti e dalla stessa psicologa della scuola, che ritenevano necessaria, per la minore, un'“educazione speciale”. A fronte del rifiuto, da parte del padre, di sottoporre la figlia a tali esami, la scuola aveva negato l'iscrizione, con la conseguente violazione, nella prospettazione del ricorrente, dei diritti fondamentali della minore all'educazione e alla cultura. Il giudice di prima istanza aveva ordinato l'iscrizione della figlia del ricorrente, ritenendo quindi meritevoli di accoglimento i rilievi del Sig. Moreno Alvarez, ma aveva altresì ordinato a quest'ultimo di dimostrare, entro quattro mesi, se la minore avesse in effetti bisogno di un'educazione speciale; nel caso in cui persistesse l'indisponibilità del genitore, o in caso di esito positivo degli esami effettuati, la scuola avrebbe legittimamente potuto negare la permanenza della ragazzina nel proprio istituto.

La Corte costituzionale ha fatto precedere il pronunciamento sul caso concreto da un'ampia ricostruzione di alcuni profili rilevanti in tema di “educazione”, analizzandone le molteplici declinazioni di «derecho fundamental» (II.1)⁴⁵ e «derecho fundamental prevalente» (II.4)⁴⁶, «instrumento de cambio, igualdad y democracia» (II.2)⁴⁷, «servicio público con función social» (II.3)⁴⁸, e affrontando, infine, nello specifico il profilo dell'educazione speciale come educazione “segregata” (II.5).

⁴⁵ Il diritto fondamentale all'educazione, da un lato, risulta funzionale a realizzare il valore e principio materiale dell'uguaglianza (art. 5 e 13 Cost.) e, dall'altro, configura un “diritto-dovere” il cui nucleo o contenuto essenziale non può essere intaccato, pur nel rispetto delle diverse forme e modalità attraverso le quali può essere realizzato. L'art. 67 della Cost. colombiana è dedicato all'educazione come diritto della persona e come servizio pubblico che svolge una funzione sociale in ambito sociale e culturale.

⁴⁶ Ai sensi degli art. 44 e 67 della Cost., trattandosi della tutela dei bambini, l'educazione non costituisce soltanto un «diritto fondamentale», ma un «diritto fondamentale prevalente» sugli altri diritti e libertà. Ciò comporta lo sforzo, da parte delle istituzioni pubbliche, di garantire l'effettività di tale diritto, pur a fronte della precaria infrastruttura statale del sistema educativo colombiano nel suo complesso, come la Corte stessa si trova a dover ammettere. Proprio perché l'educazione realizza un «servizio pubblico con funzione sociale», le istituzioni educative, sia pubbliche che private, devono collaborare al fine di concretizzare il diritto fondamentale all'educazione dei bambini; questo, in determinate circostanze, può anche significare la piena integrazione piena di bambini con bisogni speciali in un'istituzione educativa ordinaria di carattere privato. Poiché la condizione economico-sociale della famiglia non può costituire un impedimento alla tutela effettiva di tale diritto, lo Stato deve inoltre garantire un'uguaglianza delle opportunità in ambito educativo, predisponendo programmi adeguati di sostegno.

⁴⁷ La Corte riflette sulla valenza sociologica dell'educazione, e della scuola, come mezzo di cambiamento e trasformazione sociale, nella misura in cui consente alle persone di acquisire le conoscenze e gli strumenti necessari a sviluppare la propria personalità nel contesto sociale di riferimento.

⁴⁸ Attraverso una ricostruzione della giurisprudenza della *Corte Suprema de Justicia* e del *Consejo de Estado* sull'educazione come «servizio pubblico con funzione sociale», la Corte costituzionale ha rintracciato le radici di tale tradizione colombiana in materia di educazione – consacrata nell'art. 67 della Cost. del 1991 – nei principi costituzionali adottati con la riforma del 1936 e, in particolare, nelle elaborazioni teoriche del giurista francese L. Duguit, che su quella riforma hanno esercitato grande influenza.

Rispetto a quest'ultimo, decisivo, aspetto, la Corte costituzionale si è proposta di accertare la natura e le dimensioni dell'incidenza negativa di un uso inappropriato dell'educazione speciale sulla tutela del diritto fondamentale all'educazione. A tale scopo la sentenza offre una definizione di "educazione speciale" – «un conjunto de procesos remediales de las necesidades educativas y vocaciones de los niños con limitaciones de tipo sociocultural, psicoafectivo, cognoscitivo y neurocortical» – che viene immediatamente ricondotta al centro stesso del paradigma "normale-anormale", con tutto il carico di discriminazione, esplicita e implicita, che ciò comporta.

Il potenziale discriminatorio dell'educazione speciale, di per sé strumentale ad una tutela sostanziale del diritto all'educazione di soggetti con bisogni speciali, è inoltre intensificato dalla connessione, pressoché generalizzata, tra "educazione speciale" e "istituzioni educative speciali", ovvero "segregate". Citando le considerazioni di un esperto di pedagogia e sistemi educativi⁴⁹, la Corte ha rappresentato le conseguenze negative, in termini di integrazione degli alunni con difficoltà nella comunità dei coetanei, dell'educazione speciale "segregata", che in nessun caso dovrebbe convertirsi in uno strumento di esclusione dei bambini dalle opportunità di socializzazione con i propri pari. Nell'ordinamento giuridico colombiano, inoltre, l'uguaglianza delle opportunità acquista una dimensione costituzionale grazie al riferimento, nell'art. 1 della Cost., all'*Estado social de derecho*, con la conseguenza che il compito della Corte diventa quello di determinare se l'educazione speciale «promueve condiciones para que la igualdad de oportunidades sea real y efectiva o, por el contrario, favorece en algún grado la discriminación y el marginamiento de personas con debilidades manifiestas».

Per svolgere un compito così impegnativo i giudici hanno utilizzato, come già accennato, molteplici materiali: opinioni di esperti e elaborazioni giuridiche, di fonte normativa o giurisprudenziale, di altre esperienze costituzionali. È nell'ambito di tale esplorazione che la Corte costituzionale colombiana ha citato espressamente la sentenza *Brown v. Board of Education*, in relazione, cioè, alle implicazioni psicologiche di segno negativo della situazione di isolamento vissuta dai bambini "segregati" nelle istituzioni educative speciali. I giudici costituzionali colombiani, in particolare,

⁴⁹ Cfr. F. Caijao, *Educación Especial y Derechos Humanos*, Bogotá, 1991, 3-4.

hanno richiamato gli esiti, sia in termini di precedenti che di risposte concrete, dell'esperienza nordamericana in materia di discriminazione razziale, con particolare riferimento al caso *Brown* e al contributo che esso ha apportato non solo alla giurisprudenza, ma alla stessa «causa inextinguible de la dignidad humana»⁵⁰.

Secondo la Corte colombiana, il caso *Brown* non rileva solamente in relazione allo stigma derivante dalla discriminazione razziale, rappresentando un riferimento autorevole altresì in relazione agli effetti concreti prodotti dalle istituzioni educative segregate: «En efecto, como lo han destacado sus intérpretes, la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos sugiere una cadena de causas digna de señalar, a saber: la segregación engendra sentimientos de inferioridad que se traducen en una baja motivación para aprender y luego en bajos resultados y poco éxito en la vida»⁵¹. Il nucleo argomentativo della sentenza *Brown* – la segregazione scolastica su base razziale provoca l'insorgere di un sentimento di inferiorità, rispetto alla posizione di un individuo nella comunità, tale da incidere sulla sua personalità in modo permanente – viene dunque astratto dalla motivazione razziale e dallo specifico contesto delle politiche segregazioniste ai danni della minoranza afroamericana; ciò che viene infatti valorizzato è il nesso tra segregazione scolastica, stigma sociale e personale, sentimento di inferiorità, incidenza negativa sulla capacità di apprendimento e scarse possibilità di affermazione nella vita.

Alla luce della complessa analisi condotta – dalla quale emerge che «los problemas propios de los niños con dificultad de aprendizaje deben resolverse con la necesaria colaboración de la familia, la sociedad y el Estado» – la conclusione a cui è giunta la Corte costituzionale è nel senso della incostituzionalità, per violazione del diritto prevalente all'educazione, della subordinazione dell'iscrizione e della permanenza dell'alunna Carol Andrea nella scuola di Sopó all'espletamento di esami medici costosi e di dubbia utilità.

⁵⁰ Cfr. *Sentencia no. T-429/92*, II.5. In particolare, il frammento di *Brown* riportato dalla Corte colombiana costituisce a sua volta un passaggio dei *findings of fact* del giudice Huxman nella sentenza della corte federale distrettuale del Kansas del 1951, cfr., *supra*, alla nota 10.

⁵¹ La Corte cita in nota il passaggio, dedicato a *Brown*, di un volume di uno studioso di etica e filosofia dell'educazione: K.A. Strike, *Educational Policy and the Just Society*, Champaign, 1982, 193.

3.2. – Il caso *D.H. v. the Czech Republic*: la multidimensionalità della discriminazione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

Il caso *D.H. v. the Czech Republic*⁵² ha avuto un ruolo importante nella costruzione del diritto antidiscriminatorio in Europa, un ambito giuridico particolarmente complesso e articolato in relazione tanto alla nozione di “uguaglianza” quanto alla molteplicità delle fonti normative e dei livelli giurisprudenziali nei quali il divieto di discriminazione risulta tutelato. La CEDU sancisce il principio di non discriminazione all'art. 14, con una formulazione da alcuni giudicata prudente e «modesta» rispetto ai testi di molte costituzioni nazionali, e in assenza di un espresso riconoscimento del principio di uguaglianza⁵³. A partire dalla lettera della disposizione convenzionale, d'altra parte, la giurisprudenza della CO. D.U. si è orientata verso la riconduzione del divieto di discriminazione tra i principi cardine della «società democratica»: se in un primo momento i giudici di Strasburgo sono rimasti entro i limiti relativamente angusti di una concezione formale di uguaglianza come divieto di discriminazioni “dirette” in relazione ai diritti espressamente sanciti dalla stessa Convenzione, l'orientamento giurisprudenziale ha progressivamente segnato importanti sviluppi, tanto in relazione all'ampliamento dell'ambito materiale di applicazione del divieto di cui all'art. 14 quanto al ripensamento del concetto stesso di “discriminazione”. Rispetto a quest'ultimo aspetto, infatti, le pronunce della Corte hanno iniziato a tener conto dell'idea di uguaglianza sostanziale, tale da legittimare un trattamento differenziato a favore di persone appartenenti a gruppi svantaggiati, mentre, in relazione alle modalità con le quali la discriminazione può essere operata, la giurisprudenza recente è sembrata valorizzare profili inediti del divieto, riconducibili alle figure della discriminazione “procedurale” e “indiretta”⁵⁴.

⁵² Cfr. la prima sentenza della Seconda Sezione della Corte, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 7.2.2006 e, l'anno successivo, la pronuncia della Grande Camera, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 13.11.2007.

⁵³ Cfr. R. O'Connell, *Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, in *Legal Studies*, 2009, 211 e ss., che si riferisce all'art. 14 come a una «norma cenerentola». L'art. 14 della CEDU («Divieto di discriminazione») è formulato nei termini seguenti: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

⁵⁴ Cfr. ad es., per una concezione “sostanziale” dell'uguaglianza, *Thlimmenos v. Greece*, 6.4.2000 e *Stec and o. v. the United Kingdom*, 12.4.2006. Sulla dimensione procedurale della discriminazione cfr. *Nachova a. o. v. Bulgaria*,

D.H. v. the Czech Republic, in particolare, è risultata una pronuncia storica sotto diversi profili. Essa si inserisce in quel filone giurisprudenziale sviluppato dalla Corte di Strasburgo in tema di protezione giuridica della minoranza rom – a partire dai principi del pluralismo, della protezione delle minoranze e dell’uguaglianza e divieto di discriminazioni⁵⁵ – articolatosi intorno alla tutela, in particolare, degli art. 8 e 14 CEDU. La sentenza *D.H.* rientra nel gruppo di decisioni fondate sul divieto di discriminazioni *ex art. 14*, il quale, in combinato disposto con l’art. 2 Prot. 1, è servito alla CO. D.U. per proteggere il diritto all’educazione dei minori rom con riferimento alla segregazione nelle scuole per mezzo dell’istituzione di classi speciali con programmi semplificati e di classi preparatorie *ad hoc* poste fuori dall’edificio scolastico⁵⁶.

Da un lato, *D.H.* avrebbe segnato, secondo alcuni, una vera e propria «rivoluzione» dei diritti dei rom, nella forma del frequente accoglimento dei ricorsi presentati per violazione dell’art. 14 CEDU⁵⁷. Dall’altro lato, è stata rimarcata l’importanza del contributo specifico della sentenza proprio rispetto all’elaborazione della categoria della “discriminazione razziale indiretta”: nonostante gli atti o i comportamenti delle istituzioni scolastiche ceche non fossero direttamente volti a penalizzare gli studenti rom, infatti, si produceva di fatto un effetto discriminatorio «strutturale», ovvero «istituzionale»⁵⁸.

La pronuncia, in particolare, ha tratto origine dal ricorso di diciotto cittadini cechi di origine rom, che lamentavano – per il fatto di essere stati collocati in scuole speciali per bambini con disabilità – di aver subito una discriminazione per via della

6.7.2005 e *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, 26.7.2007. Sulla discriminazione indiretta cfr. *D.H. a. o. v. Czech Republic*, 7.2.2006 e *Zarb Adami v. Malta*, 20.6.2006, *D.H. a. o. v. Czech Republic*, 13.11.2007.

⁵⁵ Cfr. C. Picheral, *Pluralisme et droits des minorités dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, in M. Levinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l’homme*, Bruxelles, 2010, 295 e s.

⁵⁶ Oltre al caso *D.H.*, cfr. anche *Oršuš and Others v. Croatia*, 16.3.2010; *Sampani and others v. Greece*, 11.12.2012; *Horváth and Kiss v. Hungary*, 29.1.2013; *Lavida and Others v. Greece*, 28.5.2013. Su questa importante giurisprudenza cfr. F. Staiano, *Diritto dei minori rom all’istruzione in condizioni di non discriminazione: il caso Oršuš e altri c. Croazia*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2011, 93 e s.

⁵⁷ Cfr. S. Chabra, *Rights at the Margin*, in *World Outlook*, Summer 2011, 63 e s., che ha mutuato l’idea della «rivoluzione dei diritti» di Charles R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, 1998, secondo il quale una rivoluzione dei diritti è costituita dai tre elementi, interrelati, dell’attenzione dei giudici ai diritti, del supporto giudiziale ai diritti e dell’implementazione dei diritti.

⁵⁸ Cfr. S. Baldin, *Le minoranze rom fra esclusione sociale e debole riconoscimento giuridico. Uno studio di diritto pubblico europeo e comparato*, Bologna, 2012, 93-96. Per la prima volta nella giurisprudenza della CO. D.U., la violazione della Convenzione procede espressamente dalla situazione del “gruppo”, la cui diretta presa in carico è legata al recepimento della nozione di discriminazione indiretta.

propria appartenenza etnica e razziale. Mentre nel 2006 la Seconda Sezione della Corte aveva escluso la violazione dell'art. 14, ritenendo insufficienti le prove del presunto pregiudizio etnico alla base della massiccia inclusione dei bambini rom nelle scuole speciali, la Grande Camera ha ribaltato l'orientamento, soffermandosi su presupposti e modalità probatorie della discriminazione indiretta. La Corte, nel richiamare i principi fondamentali della propria giurisprudenza, ha ricordato come, ai sensi dell'art. 14 CEDU, rilevino anche quelle situazioni *de facto* discriminatorie per un determinato gruppo, destinatario di una misura apparentemente neutra ma che nella sostanza si rivela sproporzionatamente pregiudizievole; una volta che il ricorrente abbia dimostrato la disparità di trattamento, inoltre, spetta al Governo giustificare la *ratio*, tanto più in relazione ad eventi che ricadono, in tutto o in larga parte, nella sfera di competenza esclusiva delle autorità pubbliche.

Passando alla valutazione del caso di specie, i giudici europei hanno quindi rilevato, innanzitutto, la sussistenza di una forte presunzione di discriminazione indiretta, con conseguente inversione dell'onere probatorio a carico del Governo, giungendo poi ad escludere che i risultati dei test utilizzati dalle autorità scolastiche per valutare le eventuali disabilità mentali dei bambini costituissero una giustificazione «oggettiva e ragionevole» *ex art. 14*. In conclusione, considerando l'insufficiente giustificazione delle differenze di trattamento tra bambini rom e non rom e la sproporzione tra mezzi impiegati e scopo perseguito, la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 14 CEDU, in combinato disposto con l'art. 2 Prot. n. 1. L'importanza cruciale della sfera educativa e dell'accesso alle strutture scolastiche è indubbiamente dimostrata, nell'ambito della decisione, dall'inversione dell'onere probatorio e dalla valutazione severa del margine di apprezzamento statale⁵⁹; d'altra parte, c'è chi ha voluto vedere nella condanna della Repubblica ceca, più che l'accertamento di una discriminazione indiretta, lo smascheramento del tentativo di dissimulazione dell'intento discriminatorio, nella misura in cui il provvedimento delle autorità scolastiche, all'apparenza neutro, sarebbe stato in realtà ideato e/o applicato allo scopo di produrre una disparità di trattamento⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. *D. H. and others v. the Czech Republic*, cit., §§ 194-195, 206-207.

⁶⁰ Cfr. D. Strazzari, *C'è un giudice a Strasburgo! La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela contro la discriminazione degli appartenenti all'etnia rom*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Il mosaico rom. Specificità culturali e governance multilivello*, Milano, 2011, 199 e s., che specifica come nelle discriminazioni indirette tale intento discriminatorio non sia presupposto.

Uno dei profili problematici implicati nell'accertamento della discriminazione indiretta è, come già accennato, quello delle modalità di prova dell'impatto sproporzionato, ai danni di un determinato gruppo, di una misura formalmente neutra in relazione alla razza, al colore o all'appartenenza ad una minoranza nazionale⁶¹. Sia i ricorrenti che il Governo hanno sollevato la questione davanti alla Corte: mentre i primi chiedevano alla Grande Camera di chiarire quali fossero i mezzi di prova rilevanti per un ricorso fondato sull'art. 14, anche oltre le statistiche, le autorità governative hanno contestato l'uso dei dati statistici nel caso di specie, specificando che l'affidabilità dei test pedagogici e psicologici utilizzati è oggetto di un continuo approfondimento scientifico che le corti non sono legittimate a contestare in quanto prive delle necessarie conoscenze qualificate⁶². I giudici, nel ribadire l'assenza di preclusioni procedurali per l'ammissibilità delle prove o l'esistenza di formule prestabilite per la loro valutazione, hanno mostrato di considerare sia i risultati di studi sulle conseguenze delle pratiche di segregazione dei minori rom nelle scuole speciali (par. 49-53) sia le evidenze statistiche circa il numero sproporzionatamente alto dei bambini rom in tali scuole (par. 192-193), nell'ottica del ricorso a materiali extra-giuridici in funzione di interpretazione evolutiva della Convenzione.

L'argomento sociologico, in effetti, può risultare decisivo quando la Corte si trova a dover accertare il "consenso europeo", un concetto per la verità sfuggente, che serve tuttavia a legittimare l'interpretazione evolutiva della CEDU, intesa come *living instrument*, in corrispondenza del riconoscimento di un margine di apprezzamento ristretto. I metodi di accertamento di tale "consenso" – coincidente sostanzialmente con la convergenza della maggioranza degli Stati aderenti alla

⁶¹ Cfr., su questo, I. Rorive (ed.), *Proving Discrimination Cases – the Role of Situation Testing*, Migration Policy Group, Centre for Equal Rights, 2009, www.migpolgroup.com.

⁶² Cfr. par. 150. I ricorrenti, dal canto loro, avevano contestato la scientificità dei test, facendo valere che tanto la loro somministrazione quanto la successiva valutazione dei risultati fossero realizzate dai vari centri specializzati in assenza di regole uniformi. I test e le altre prove a cui i bambini rom erano stati sottoposti si dimostravano, a parere dei ricorrenti, «scientificamente viziati e didatticamente infondati» (par. 141), e le stesse organizzazioni umanitarie intervenute in qualità di soggetti terzi (International Step by Step Association, Roma Education Fund, European Early Childhood Education Research Association) avevano rimarcato l'insufficienza e l'inadeguatezza dei test per misurare le capacità mentali e di apprendimento dei bambini rom (par. 168-171). La Corte, pur concedendo di non essere in grado di giudicare la validità dei test, ne ha però sottolineato il carattere ancora controverso nell'ambito della dottrina specializzata, valutandone negativamente l'utilizzabilità in quanto fondamento oggettivo e ragionevole del diverso trattamento dei bambini rom rispetto agli altri bambini, a partire dal pericolo di parzialità dei test e di mancata valutazione dei risultati alla luce delle particolarità dei bambini rom (par. 199-201).

CEDU rispetto a certi principi e norme – non sono stati formalizzati né emergono univocamente dalla giurisprudenza della CO. D.U.; tuttavia essi possono essere identificati, oltre che nella considerazione degli sviluppi legislativi nella maggioranza degli Stati europei, anche nella rilevazione di un *trend* valutabile a partire dalla tendenziale uniformità di vedute degli esperti o dell’opinione pubblica degli Stati rispetto a una determinata questione⁶³. In questo secondo caso il contributo delle scienze sociali – sotto forma di dati statistici, report di organizzazioni internazionali e associazioni, studi di esperti – si dimostra particolarmente utile⁶⁴.

L’utilizzo di materiale extragiuridico ha caratterizzato l’azione degli stessi ricorrenti – rappresentati, tra gli altri, dallo European Roma Rights Centre (ERCC)⁶⁵ di Budapest – sotto forma di frequenti citazioni di statistiche relative alla sovrarappresentazione dei bambini rom nelle scuole speciali (e connessa sottorappresentazione nel sistema educativo ordinario), studi e opinioni di esperti in ambito educativo e psicologico, con riferimento tanto alla realtà ceca quanto all’esperienza statunitense, e report di organizzazioni internazionali attive nella promozione dei diritti umani.

Il ricorso contiene altresì diversi riferimenti all’esperienza giuridica statunitense di superamento della segregazione razziale, non solo in ambito scolastico, per mezzo del richiamo di decisioni giurisprudenziali e atti legislativi.

⁶³ Cfr. P. Johnson, *Sociology and the European Court of Human Rights*, in *The Sociological Review*, 62, 2014, 551. Nel caso *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11.7.2002, ad esempio, la Corte ha esplicitamente riconosciuto di assegnare «less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals» (par. 85).

⁶⁴ Il ruolo dei rapporti e degli studi delle ONG davanti alla CO. D.U. è approfondito da L. Van den Eynde, *An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGO's before the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 31, 2013, 271-313. Per una posizione critica circa l’opportunità per la CO. D.U. di valutare il contesto sociale nel quale si sono originati i singoli ricorsi, M.E.A. Goodwin, *Taking on racial segregation: the European Court of Human Rights at a Brown v. Board of Education moment?*, in *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2009, 122.

⁶⁵ L’ERCC, insieme ad altre organizzazioni per i diritti dei rom (es. la rumena NEKI e la spagnola UR) ha supportato molti ricorsi di membri della minoranza rom alla Corte di Strasburgo, così come ad altri tribunali internazionali. L’accesso alla *strategic litigation* – intesa come utilizzo strategico del contenzioso giudiziario in casi emblematici e attentamente selezionati al fine di ottenere determinati risultati giuridici, trasformazioni sociali o maggiore consapevolezza dell’opinione pubblica su un certo tema – è stato facilitato, oltre che dal contributo delle citate organizzazioni, dall’apporto qualificato di avvocati esperti in diritto umanitario e dal contributo economico di svariate fondazioni private internazionali Cfr. S. Chabra, *op. cit.*, 67 e s. e N. Trehan, *In the name of the Roma? The role of private foundations and NGOs*, in W. Guy (ed.), *Between Past and Future: The Roma of Central and Eastern Europe*, Hatfield, 2002, 134-149.

Brown è citata più volte dai ricorrenti. Un primo passaggio ha riguardo alla supposta violazione dell'art. 3 CEDU, che si realizzerebbe in quanto la segregazione e la discriminazione razziale di fatto prodotte dall'inserimento dei minori rom nelle scuole speciali si risolvono in un trattamento degradante; a tal proposito l'ERCC ha stigmatizzato la volontà «deliberata» del Governo ceco di realizzare una politica di segregazione, richiamando il principio sancito con *Brown*: strutture scolastiche separate sulla base dell'appartenenza razziale sono intrinsecamente «disuguali» (punto 6.2 dell'*Application* n. 57325/00). Un secondo punto è relativo alle conseguenze negative, in termini di privazione dei benefici di un ambiente educativo multiculturale sullo sviluppo dei minori rom, dell'assegnazione in scuole speciali per bambini con disabilità mentali, scuole *de facto* segregate dove più della metà degli alunni sono di etnia rom. I ricorrenti hanno presentato le evidenze scientifiche che già avevano sorretto *Brown* rispetto ai danni che la segregazione razziale comporta tanto sull'educazione quanto sullo sviluppo emotivo e psicologico dei bambini; in particolare, nel richiamare il passaggio della sentenza della Corte suprema americana nel quale i giudici evocano il «feeling of inferiority», si è sostenuto che i bambini rom nelle scuole segregate vanno incontro allo stesso tipo di auto-percezione (punto 6.15 dell'*Application* n. 57325/00). Un altro portato della sentenza *Brown*, e della giurisprudenza che ne è seguita, valorizzato dai ricorrenti è legato all'intento discriminatorio a fronte di un comportamento di matrice razzista rivolto a singoli individui: la dimostrazione di tale intento non sarebbe necessaria, nella misura in cui le politiche segregazioniste sono di per sé sufficienti a dimostrare la discriminazione razziale (punto 7.61 dell'*Application* n. 57325/00).

Un ulteriore collegamento tra il ricorso alla base del caso *D.H.* e la sentenza *Brown* è rappresentato dalla figura di J. Greenberg, avvocato membro della NACCP e personalmente coinvolto in qualità di legale nel caso *Brown*⁶⁶. Interpellato dall'ERCC in occasione dell'avvio della campagna per la desegregazione scolastica nell'Europa orientale, Greenberg si è dedicato allo studio della condizione della minoranza rom sotto il profilo dell'accesso al sistema educativo, attraverso un'analisi

⁶⁶ Jack Greenberg, *Professor of Law* alla Columbia University, è autore di numerose pubblicazioni dedicate alla questione razziale nell'ambito del costituzionalismo americano, anche con riferimento alla sua esperienza diretta nel movimento per i diritti civili della minoranza afroamericana. Cfr., ad es., J. Greenberg, *Brown v. Board of Education: Witness to a Landmark Decision*, New York, 2004 e *Crusaders in Courts: Legal Battles of the Civil Rights Movement - Anniversary edition*, New York, 2004.

giuridica e vere e proprie indagini “sul campo”. Pur censurando l'accostamento acritico tra la situazione dei rom europei e quella della minoranza nera nell'America segregazionista, nonché tra i metodi utilizzati nella contestazione della segregazione, Greenberg è d'accordo nel rintracciare in *D.H.* i tratti di una sentenza fondamentale, nella misura in cui il linguaggio e il tono usati dalla Corte sono quelli di una «piena condanna della discriminazione degli alunni rom, indipendentemente dalla forma di quella discriminazione»⁶⁷.

Se il ruolo di *Brown* è stato dunque decisivo in sede di ricorso – fungendo da motivo di ispirazione ideale e fornendo altresì argomenti a livello metodologico e di merito – lo stesso non sembra potersi dire in relazione al *reasoning* della Corte di Strasburgo.

I giudici europei non hanno mai citato espressamente il caso *Brown*; l'unica decisione della Corte Suprema americana richiamata nel testo della sentenza è *Griggs v. Duke Power Co.*, relativa all'interpretazione del *Civil Rights Act* del 1964 in ambito lavorativo e anch'essa interessata, al pari di *D.H.*, dall'elaborazione della categoria di discriminazione indiretta⁶⁸.

Un primo ordine di considerazioni che possono spiegare tale mancato riferimento è relativo alla diversità della situazione giuridica nei due casi esaminati. Da un lato, infatti, *Brown* ha esplicitamente affrontato i presupposti giuridici della segregazione, sanciti con *Plessy*, arrivando a sconfessarli apertamente al fine di trasformare il diritto, mentre la CO. D.U. non ha affermato, in via di principio, l'illegittimità della segregazione, ma ha assunto il diverso ruolo di ristabilire la legalità ordinando al Governo ceco di applicare un *corpus* normativo antidiscriminatorio già esistente. Dall'altro lato, la vicenda alla base del caso *Brown* riguardava, almeno formalmente, una discriminazione diretta, poiché la segregazione scolastica era disposta esplicitamente sulla base dell'appartenenza razziale, mentre la vicenda relativa ai minori rom nella Repubblica ceca era più correttamente inquadrabile, come si è visto, in quanto discriminazione indiretta. Si è già accennato, d'altra parte,

⁶⁷ Cfr. J. Greenberg, *Report on Roma Education Today: From Slavery To Segregation And Beyond*, in 110 *Colum. L. Rev.*, 919 (2010), 939.

⁶⁸ Cfr. *supra*, nota 17. Il caso riguardava l'interpretazione della sez. 703 del *Civil Rights Act*, che, secondo la Corte, proibiva l'imposizione di condizioni all'apparenza neutre ma produttive di un *disparate impact* su un gruppo minoritario, a meno che la pratica fosse giustificata dalla natura della mansione a cui il lavoratore era assegnato.

alle implicazioni sul piano sostanziale, anche oltre l'ambito della discriminazione diretta, dell'argomentazione articolata dalla Corte Suprema, a partire dal riferimento al «feeling of inferiority» e dall'attenzione per gli effetti di un modello segregazionista formalmente caratterizzato dall'«uguaglianza delle opportunità» educative per i bambini bianchi e neri⁶⁹.

Una seconda ragione che può spiegare l'assenza di *Brown* ha a che fare con la ricostruzione monodimensionale della discriminazione razziale avanzata dai supremi giudici statunitensi, che hanno elaborato le proprie argomentazioni esclusivamente lungo la linea del colore (bianco *vs.* nero) senza valorizzare altre possibili dimensioni dell'esclusione sociale⁷⁰. Nel caso *D.H.* la discriminazione acquista invece un carattere multidimensionale, attraverso la saldatura di razza e handicap come condizioni rilevanti ai fini dell'adozione di misure segregative. La necessità di un approccio intersezionale alla discriminazione, peraltro, ha ricevuto proprio dalla *Critical race theory* americana un contributo decisivo⁷¹. Da questa prospettiva, infatti, la concezione «classica» sarebbe inefficace, nella misura in cui non riesce a dar conto del carattere multidimensionale e stratificato della discriminazione; la considerazione delle singole cause del trattamento discriminatorio – razza, genere, classe, orientamento sessuale, disabilità – non consente di far emergere come tali condizioni, in realtà, si sovrappongano e si intersechino, delineando soggettività internamente differenziate e richiedendo pertanto strategie di azione complesse. Un esempio eloquente può essere fornito – nel contesto della teoria e delle pratiche riconducibili al movimento femminista e a quello per i diritti civili della comunità afroamericana negli Stati Uniti – dalla condizione delle donne di colore, che hanno finito per essere marginalizzate dai discorsi unicamente incentrati sulla razza o sul genere⁷². Lo scopo dell'analisi intersezionale, quindi, è quello di far emergere le

⁶⁹ Si è parlato di un «addomesticamento» dei principi innovativi di *Brown* da parte della giurisprudenza successiva della Corte suprema, cfr., *supra*, note 19 e 20.

⁷⁰ Cfr. M. Minow, *Brown v. Board in the World*, cit., 20, 22.

⁷¹ Sull'importanza dell'intersezionalità e dell'anti-essenzialismo nelle riflessioni della *Critical race theory* cfr. R. Delgado, 96 *Rodrigo's Reconsideration: Intersectionality and the Future of Critical Race Theory*, in *Iowa Law Review*, 1247 (2011), 1259 e s.

⁷² Cfr. K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in 140 *U. Chi. L. Rev.* 139 (1989), 140 e *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, 43 *Stan. L. Rev.* 1241 (1991), 1242-1245. Il rischio, nel passaggio all'identificazione dei bisogni e all'elaborazione delle politiche antidiscriminatorie, è che finiscano per essere intercettate soltanto le esigenze della categoria che risulta «privilegiata» in relazione a uno dei diversi aspetti considerati: ad es., nel caso di riforme ispirate alla parità di genere, quella delle donne «non socialmente svantaggiate» e «bianche».

molte identità, o condizioni, personali che possono comportare uno svantaggio rispetto alle caratteristiche e ai comportamenti dei gruppi socialmente dominanti, con una prospettiva la più ampia possibile che consenta di tener conto dei molteplici aspetti rilevanti, quali il colore della pelle, la classe sociale, la discendenza, la lingua e l'accento, l'età, la religione, la disabilità, lo *status* migratorio, lo *status* di rifugiato, l'orientamento sessuale, l'origine etnica e nazionale⁷³. La multidimensionalità delle discriminazioni razziali segna ancora oggi l'accesso all'educazione negli Stati Uniti, producendo di fatto una "castizzazione" in ambito educativo che si impone all'attenzione sia del legislatore che delle corti. In quanto riferimento imprescindibile per l'interpretazione dell'*Equal protection* costituzionale in ambito educativo, la (limitata) tematizzazione della discriminazione razziale realizzata con *Brown* continua a rappresentare un terreno di contestazione, portando ad emersione la persistente resistenza della Corte suprema ad adottare un approccio intersezionale alla lotta contro le discriminazioni. Gli snodi argomentativi della fondamentale sentenza della Corte suprema del 2007 *Parents Involved*, in tema di classificazioni razziali al fine di realizzare l'integrazione educativa, come già visto, hanno chiamato in causa proprio l'eredità di *Brown*, con particolare riferimento alla possibilità di andare oltre il dato formale (utilizzo esplicito dell'appartenenza razziale come criterio di assegnazione ad un istituto scolastico) allo scopo di realizzare un obiettivo di rilevanza costituzionale (la desegregazione e l'integrazione razziale in ambito educativo). Una lettura letterale e formalistica di *Brown*, quale quella sostenuta dalla maggioranza dei giudici nel caso *Parents Involved*, manca dunque di cogliere il tratto saliente della sentenza del 1954, ovvero l'adesione all'idea di pari dignità e uguali diritti di cittadinanza per tutti e ad un «anti-caste principle» che implica un impegno positivo del Governo a combattere attivamente le molteplici forme di castizzazione nella società⁷⁴.

L'affermazione che *D.H.* è l'equivalente di *Brown*⁷⁵ – pur con i dovuti distinguo legati al carattere "indiretto" e "di fatto" della discriminazione a danno dei bambini rom, in un sistema dove il *separate* non è affatto *equal* – sembra quindi infondata o

⁷³ Cfr. M.J.T. Darling, *Human Rights for All: Understanding and Applying Intersectionality to Confront Globalization*, relazione presentata all'*Association for Women's Rights in Development 9th International Forum* (5 ott. 2002) e reperibile *on-line* sul sito www.gjga.org.

⁷⁴ Cfr. B.K. Fair, *Intersectionality Theory, the Anticaste principle and the Future of Brown*, in 60 *Ala. L. Rev.* 1111 (2009), 1129 e s.

⁷⁵ Si consideri, ad esempio, il parallelo esplicitamente tracciato da James Goldston, già membro dell'ERRC e uno dei rappresentanti dei ricorrenti nel caso *D.H.*, cfr. J. Goldston, *European Court to address racism in landmark cases*, *Open Society Justice Initiative*, 28.02.2005, www.justiceinitiative.org.

va, come minimo, ridimensionata, nel senso che entrambe possono essere considerate delle *landmark decisions* per la lotta alla segregazione razziale in ambito educativo. Ciò che potrebbe accomunare le due decisioni, sotto questo aspetto, è la consapevolezza, da parte dei giudici, dell'importanza e della delicatezza delle questioni da affrontare e la volontà di fissare solennemente un principio in grado di segnare un punto di “non ritorno” rispetto alla lotta alle discriminazioni dei membri dei gruppi minoritari, al di là dell'affermazione della giustizia nel caso singolo. A dimostrazione della volontà della CO. D.U. di procedere ad una valutazione globale della situazione dei minori rom nel sistema educativo della Repubblica ceca, trattando i casi di specie in quanto indicatori di un più ampio fenomeno sociale sul quale era tempo di pronunciarsi, si può citare il par. 209 della sentenza *D.H.*, nel quale i giudici hanno dichiarato espressamente di non aver ritenuto necessario esaminare i casi individuali dei ricorrenti poiché il trattamento discriminatorio era “automaticamente” dimostrato dalla loro appartenenza alla minoranza rom, rispetto alla quale era stato provato l'effetto sproporzionatamente pregiudizievole della legislazione scolastica ceca⁷⁶.

La ricerca delle condizioni ottimali per il trapianto di soluzioni giuridiche e argomenti giurisprudenziali, d'altra parte, può rischiare di disperdere la ricchezza delle diverse esperienze, limitando l'elaborazione creativa di strumenti efficaci, in quanto calati nel contesto specifico, di lotta alle discriminazioni. Ciò che *Brown* e la stagione della lotta alla segregazione razziale, anche in ambito educativo, della minoranza afroamericana negli Stati Uniti dovrebbe insegnare ai giovani rom d'Europa, secondo alcuni osservatori, va piuttosto nella direzione di un ridimensionamento della centralità della *litigation strategy*, a favore della mobilitazione politica e sociale nei singoli Stati nazionali e in Europa: per quanto le decisioni delle

⁷⁶ La sottovalutazione delle circostanze specifiche delle vicende individuali dei ricorrenti è stata rimarcata negativamente dai giudici dissenzienti nel caso *D.H.* (cfr., in particolare, la *dissenting opinion* del giudice Borrego Borrego) e, secondo alcuni, rappresenterebbe uno degli aspetti della non comparabilità della decisione della CO. D.U. con il caso *Brown*. Per Goodwin, ad esempio, i giudici europei non sarebbero stati in grado di pronunciare una sentenza della stessa statura morale di *Brown v. Board of Education* proprio perché si sono spinti troppo avanti nella ricostruzione del contesto socio-giuridico del trattamento differenziale: un tale approccio, per quanto necessario all'avanzamento della tutela del divieto di discriminazioni, avrebbe fatto perdere di vista alla Corte i ricorrenti che, in carne ed ossa, chiedevano giustizia. La mancata attenzione sul singolo bambino – sull'importanza dei suoi desideri e delle sue potenzialità in quanto individuo e in quanto membro della sua comunità e della società tutta – avrebbe impedito alla CO. D.U. di cogliere ed affermare solennemente il valore dell'educazione nella costruzione della “società democratica” e, quindi, la pericolosità e l'intollerabilità della segregazione educativa in Europa, cfr. M. Goodwin, *Taking on racial segregation*, cit., 123-124.

corti, non senza contestazioni, si propongano di affrontare la discriminazione razziale nella sua dimensione di fenomeno sociale su larga scala, esse dovrebbero contribuire tuttavia a promuovere e sostenere un vero e proprio movimento di opinione, sul piano sociale e politico, che possa incidere più efficacemente nell'affermazione dei diritti civili della minoranza rom⁷⁷.

4. – Conclusioni

Il riferimento a *Brown* nei due casi presi in considerazione con il presente articolo si configura come un richiamo di carattere sostanziale, nella misura in cui le fattispecie concrete e le situazioni giuridiche implicate si discostano, sul piano formale, dalla vicenda alla base della pronuncia del 1954.

Nel caso colombiano la circolazione giuridica ha coinvolto la stessa Corte costituzionale: attraverso la citazione esplicita dell'autorevole precedente della Corte suprema americana, i giudici costituzionali colombiani hanno rafforzato la sentenza del 1992 in quanto riferimento fondamentale per una giurisprudenza successiva che ha affermato il carattere eccezionale dell'educazione segregata per persone con disabilità, giungendo a differenziare i casi nei quali la predisposizione di misure segregative corrisponde ad una necessità educativa, ad un diritto dell'alunno con difficoltà o ad una discriminazione vietata dagli art. 13 e 44 Cost.

In assenza di un richiamo espresso, la decisione *D.H. v. the Czech Republic* dei giudici di Strasburgo può piuttosto essere ricondotta a *Brown* sul piano assiologico, in relazione alla tutela del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazioni nei confronti dei minori membri di minoranze etnico-razziali; si è visto, d'altra parte, come la sentenza americana sia stata una fonte di ispirazione decisiva in sede di elaborazione della *litigation strategy* a favore dei diritti dei minori rom nell'accesso all'educazione.

In linea con gli esiti della ricerca giuridica comparata, il trapianto del caso *Brown* sembra dunque avvalorare le critiche alla tradizionale concezione dei *legal transplants* come operazioni grazie alle quali l'“organo” trapiantato continua a svolgere la

⁷⁷ Cfr. M. Goodwin, *White Knights On Chargers: Using The US Approach To Promote Roma Rights In Europe?*, in *German Law Journal*, 2004, 1447 e lo stesso J. Greenberg, *Report on Roma Education Today*, cit., 977 e s.

specifica funzione svolta nel contesto d'origine, in vista della convergenza tra sistemi giuridici in quanto obiettivo ultimo del trapianto stesso⁷⁸. *Brown*, in effetti, si configura piuttosto come “simbolo” a cui gli operatori giuridici di diversi contesti possono attingere, decontestualizzandone e ricontestualizzandone i significati originari alla ricerca di soluzioni giuridiche innovative. L'attività di interpretazione giuridica realizzata dalle corti e dagli altri soggetti ad essa deputati, per questa via, è idonea ad innescare processi di mobilità del diritto attraverso i confini, in un processo dinamico il cui esito finale sembra essere quello dell'eterogeneità⁷⁹.

La vita di una *landmark decision* come *Brown* al di fuori del contesto di provenienza pare quindi connotarsi per un alto grado di astrazione rispetto alle specificità della vicenda originaria, prestandosi a diventare uno strumento retorico attraverso il quale evocare contenuti nuovi, al di là dell'oggettiva trasponibilità degli argomenti giuridici. Alla luce del carattere complesso e controverso dei significati e delle implicazioni della stessa pronuncia della Corte suprema, sembra di potersi concludere che il riferimento a *Brown* nei due casi qui considerati si carichi di molteplici valenze, in relazione, ad esempio, alla tutela del principio di uguaglianza (anche al di fuori dell'ambito educativo e oltre il dato razziale), al ruolo dell'intervento giurisdizionale nella lotta contro le discriminazioni, all'uso di materiali extragiuridici da parte delle corti nell'ottica di valutare le conseguenze di ordine sociale e psicologico delle misure oggetto di scrutinio, alla stessa possibilità di un'interpretazione evolutiva del testo costituzionale – all'insegna di quel costituzionalismo redentore di cui *Brown v. Board of Education* continua a porsi come riferimento fondamentale.

⁷⁸ Cfr. S. B. Lyke, *op. cit.*, 124-125.

⁷⁹ P. Legrand – nel sostenere che il diritto è parte di un apparato simbolico attraverso il quale le comunità mettono in atto processi di auto comprensione – qualifica ogni interpretazione come un prodotto soggettivo e, quindi, necessariamente culturale: « ... the interpretation is, in other words, the result of a particular understanding of the rule that is conditioned by a series of factors (many of them intangible) which would be different if the interpretation had occurred in another place or in another era (for, then, different cultural claims would be made on interpreters)», cfr. P. Legrand, *The Impossibility of “Legal Transplants”*, 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111 (1997), 115.



ISSN 2037-6677

2015/4

Tendenze del costituzionalismo eurasiatico post-sovietico: il caso armeno

Trends in the post-soviet Eurasian constitutionalism: the case of Armenia

Caterina Filippini - Mauro Mazza

Abstract

The present article intends to outline the phases and distinctive features of the constitutional reform, enacted in 2015 in Armenia. In order to do so, it first presents a comparative analysis with an aim to place the reform within the complex framework of amendments procedures in post-soviet countries. In the second paragraph, it will focus more specifically on the innovations introduced by the constitutional reform.

Tag: Armenia, constitutional reform, post-soviet countries, amendments



Tendenze del costituzionalismo eurasiatico post-sovietico: il caso armeno

di Caterina Filippini e Mauro Mazza

SOMMARIO: 1. – La riforma costituzionale in Armenia nel quadro dei procedimenti di revisione costituzionali delle repubbliche -sovietiche tra partecipazione al Partenariato orientale dell’Unione europea e adesione all’Unione economica euroasiatica. 2. – La riforma costituzionale in Armenia: il processo di transizione (in tre tappe) da repubblica presidenziale a sistema semipresidenziale e alla forma di governo parlamentare.

1. – La riforma costituzionale in Armenia nel quadro dei procedimenti di revisione costituzionali delle repubbliche post-sovietiche tra partecipazione al Partenariato orientale dell’Unione europea e adesione all’Unione economica euroasiatica

La modifica della Costituzione della Repubblica di Armenia del dicembre 2015 si inserisce nel quadro di un più ampio processo di riforme costituzionali¹ che ha cominciato ad interessare tutte le nuove Costituzioni delle Repubbliche dell’ex Urss

* Il presente scritto, pur pensato congiuntamente, è da attribuire a Caterina Filippini per il par. 1 e a Mauro Mazza per il par. 2.

¹ Per un’analisi complessiva di tali riforme si veda J. P. Massias in Id., *Droit constitutionnel des Etats d’Europe de l’Est*, Paris, 2008, 421-868.

sin dalla seconda metà degli anni Novanta² e che ha subito una particolare accelerazione in seguito al verificarsi delle cosiddette rivoluzioni “colorate”³ non solo nei Paesi dove hanno avuto luogo, ma anche in altri Stati dell’area.

Tali riforme hanno avuto come oggetto principale, seppure non unicamente, quello della distribuzione delle attribuzioni tra gli organi costituzionali nell’esercizio del potere esecutivo e legislativo.

Nell’attuare tale ripartizione prima delle “rivoluzioni colorate” le Repubbliche in considerazione hanno generalmente subito l’attrazione⁴ nei confronti della forma di governo della Russia con conseguente rafforzamento delle attribuzioni in capo al Presidente della Repubblica, tranne nel caso della Repubblica di Moldova che nel 2000 accoglieva, unica allora tra tutti i Paesi dell’area, la forma di governo parlamentare con conseguente elezione indiretta del Capo dello Stato.

Grazie alle modifiche costituzionali attuate successivamente alle rivoluzioni “colorate” la comparazione tra le forme di governo dei Paesi in considerazione offre invece un quadro più eterogeneo potendosi in primo luogo operare una differenziazione tra: 1) la Costituzione della Moldova che prevede la forma di governo parlamentare altresì contemplata dagli emendamenti introdotti nel dicembre 2015 nella Costituzione dell’Armenia che non sono però ancora completamente in vigore⁵ e 2) le Costituzioni delle restanti dieci Repubbliche dell’ex Urss che, da un lato, conservano l’elezione diretta del Presidente ma, dall’altro, disciplinano in maniera non univoca le relazioni tra Presidente, Governo e Parlamento.

Stante l’elemento comune dell’elezione diretta del Capo dello Stato nell’ambito del gruppo 2) si possono quindi ulteriormente distinguere: 2.1) le Costituzioni del

² In questo scritto vengono prese in considerazione le Repubbliche di: Moldova, Russia, Bielorussia, Ucraina, Georgia, Armenia, Azerbaijan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Turkmenistan e Tagikistan ma non le tre Repubbliche ex sovietiche che nel 2004 sono entrate a far parte dell’Unione europea, ovvero Estonia, Lettonia e Lituania.

³ D. Lane, S. White (eds.), *Rethinking the ‘Coloured Revolutions’*, London, 2012.

⁴ Sull’evoluzione della forma di governo della Russia M. Ganino, *Dallo Zar al Presidente: ricostruzione del modello di governo della Russia tra trasformazioni costituzionali e continuità*, Milano, 1999.

⁵ In particolare gli emendamenti relativi alla forma di governo entreranno completamente in vigore nel momento in cui il primo Presidente armeno eletto dall’Assemblea nazionale assumerà la propria carica. Tale prima elezione indiretta è prevista per il 2018 in quanto le ultime elezioni presidenziali indirette hanno avuto luogo nel 2013. Il giorno successivo alla pubblicazione della revisione costituzionale sono invece già entrati in vigore gli emendamenti relativi ai principi generali e ai diritti fondamentali e alle libertà dell’uomo e del cittadino.

Tagikistan e del Turkmenistan che, attratte maggiormente dalla forma di governo presidenziale, non prevedono il diritto del Presidente di sciogliere il Parlamento né la possibilità per quest'ultimo di sfiduciare l'esecutivo; 2.2) la Costituzione dell'Azerbaijan che, al pari di quelle del Tagikistan e del Turkmenistan, non attribuisce al Presidente la possibilità di dissolvere il Parlamento ma prevede che quest'ultimo possa votare una mozione che, seppure definita «di sfiducia»⁶, non ha efficacia vincolante bensì solo natura raccomandatoria nei confronti del Gabinetto⁷; 2.3) le Costituzioni della Russia, della Bielorussia e del Kazakhstan che stabiliscono che il Governo è sia responsabile nei confronti del Presidente che può sempre direttamente revocare tutti i suoi membri sia politicamente responsabile di fronte al Parlamento; 2.4) la Costituzione dell'Uzbekistan che, rispetto a quanto previsto in Russia, Bielorussia e Kazakhstan, ha circoscritto a solo determinati casi la possibilità del Presidente di revocare i membri del Governo che è sempre contemporaneamente responsabile dinanzi al Parlamento e, infine, 2.5) le Costituzioni della Georgia, dell'Ucraina e del Kyrgyzstan nelle quali il Presidente è stato invece privato completamente del diritto di revocare autonomamente i componenti del Governo soggetto alla fiducia del Parlamento.

Dal breve quadro comparativo delineato⁸ deriva dunque che le riforme costituzionali, oltre a comportare la recezione della forma di governo parlamentare non solo da parte della Moldova ma anche dell'Armenia, hanno determinato un aumento del numero delle Repubbliche che si sono avvicinate alla forma di governo semipresidenziale o nelle quali, utilizzando le categorie di Shugart e Carey, si è passati dalla forma di governo parlamentare con Presidente⁹ al presidenzialismo con Premier¹⁰, ovverosia in Ucraina (modifiche del 2004 in vigore dal 2006 al 2010 e,

⁶ Art. 95, c. 1, p. 14 Cost. Azerbaijan.

⁷ A proposito della “*recommendatory*” nature del voto di sfiducia in Azerbaijan si veda soprattutto la *Opinion on the Draft Constitutional Law of the Republic of Azerbaijan on "Safeguards for the Vote of Confidence to the Cabinet of Ministers by the Milli Majlis"*: Adopted by the Venice Commission at its 49th Plenary Meeting (Venice, 14-15 December 2001), CDL-INF(2001)026, in www.coe.int.

⁸ Per un esame più approfondito dello sviluppo delle relazioni tra gli organi costituzionali nelle ex Repubbliche sovietiche in considerazione mi si permetta di rinviare a C. Filippini, *Evoluzione delle forme di governo nelle Repubbliche dell'ex Urss*, in Id., *La Comunità di Stati Indipendenti a più di venti anni dalla dissoluzione dell'Urss*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 105-176.

⁹ M. S. Shugart, J. M. Carey, *Presidenti ed Assemblee*, Bologna, 1995, 44-45.

¹⁰ M. S. Shugart, J. M. Carey, *ibidem*, 43.

nuovamente, dal 2014)¹¹, Georgia (modifiche del 2010 in vigore nel 2013) e Kyrgyzstan (modifiche approvate e in vigore dal 2010)¹².

Tali cinque Paesi ricomprendono tutti quelli in cui si sono verificate le rivoluzioni “colorate”, ovverosia Georgia, Ucraina e Kyrgyzstan di cui i primi due insieme alla Moldova nell’ambito del Partenariato orientale dell’Unione europea¹³ hanno firmato e successivamente ratificato gli accordi di associazione comprensivi di una zona di libero scambio globale e approfondita (DCFTA). L’Armenia invece, pur rientrando nel quadro del Partenariato orientale, al posto di firmare l’accordo di associazione con l’Unione europea nell’ottobre 2014 ha firmato l’accordo di adesione al Trattato sull’istituzione dell’Unione economica euroasiatica (UEE)¹⁴. Infine nell’agosto 2015 anche il Kyrgyzstan, che diversamente dell’Armenia non fa parte del Partenariato orientale bensì rientra nella Strategia dell’UE per l’Asia centrale¹⁵, è entrato a far parte della UEE la quale, nel porsi come un polo di attrazione regionale alternativo all’Unione europea¹⁶, risulta attualmente formata da: Bielorussia, Russia, Kazakhstan, Armenia e Kyrgyzstan.

Indipendentemente dalle appartenenze regionali e dagli esiti delle riforme costituzionali nel realizzare quest’ultime tutte le Repubbliche ex sovietiche hanno fatto ricorso a procedimenti di revisione che si differenziano da quello previsto dalla Costituzione dell’Urss per cui gli emendamenti costituzionali, che si limitavano peraltro a ratificare decisioni precedentemente assunte dagli organi del partito unico,

¹¹ O. Luchterhandt, *Der Sturz des ukrainischen Präsidenten Janukowyč im Februar 2014 und seine rechtliche Bewertung*, in *Osteuropa Recht*, n. 4, 2014, 387-397.

¹² Il fatto che tali forme di governo operino nell’ambito di democrazie non ancora consolidate pone tuttavia in dubbio la loro effettiva realizzazione. Sul rapporto tra forma di governo semipresidenziale e democratizzazione in particolare R. Elgie, *Varieties of Semi-Presidentialism and Their Impact on Nascent Democracies*, in *Taiwan Journal of Democracy*, n. 2, 2007, 53-71.

¹³ Alla politica di partenariato orientale avviata nel 2009 partecipano sei Stati dell’ex Urss: Armenia, Azerbaijan, Bielorussia, Georgia, Moldova e Ucraina. A. Lang, *Il quadro giuridico delle relazioni tra Unione europea e paesi della Csi*, in C. Filippini (cur.), *La Comunità di Stati Indipendenti*, cit., 40-45.

¹⁴ A. Yeliseyev, *Armenia in the EEU: the thorny path is behind, but challenges remain*, in *Eurasian Review*, n. 3, 2014, 2-8, in <http://belinstitute.eu>.

¹⁵ La Strategia della Ue per l’Asia centrale è stata inaugurata nel 2007. Nel *Joint Communiqué European Union - Central Asia Ministerial Meeting* del 21/12/2015 le parti hanno affermato inoltre che «particularly in today's complex international environment, it is important to strengthen the resilience of societies through good governance, including the protection of human rights, fundamental freedoms and the rule of law, as well as by building a democratic society».

¹⁶ R. Dragneva and K. Wolczuk, *Eurasian Economic Integration: Institutions, Promises and Faultlines in Geopolitic of Eurasian Integration*, IDEAS Reports, 8, in <http://www.lse.ac.uk/IDEAS/publications/reports/reports.aspx>; C. Filippini, *Dalla Comunità economica euroasiatica alla Unione economica eurasiatica: un’evoluzione complessa a più velocità*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2014, 1; A. Yeliseyev, *EEU and EU: Similarities and Difference*, in *Eurasian Review*, n. 2, 2014, 2-5, in <http://belinstitute.eu>.

dovevano essere adottati con la maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna camera del Soviet supremo¹⁷. Tale rigidità era del resto priva di significato sostanziale poiché, in vigenza del monopartitismo, gli emendamenti venivano adottati all'unanimità, tranne pochissime eccezioni¹⁸.

Rispetto al periodo sovietico sono innanzitutto aumentati gli organi che possono promuovere la revisione costituzionale. Le Costituzioni delle Repubbliche ex sovietiche da un lato continuano infatti, ad esclusione di quella della Bielorussia, ad attribuire il diritto di presentare proposte di emendamenti ai componenti del Parlamento¹⁹ ma dall'altro più della metà delle stesse²⁰ riconosce tale diritto anche in capo ai Presidenti così come previsto in Ucraina, in Russia, in Bielorussia, in Azerbaigian, in Armenia²¹, in Kazakhstan, in Kirgizstan e in Tagikistan²². In aggiunta le Costituzioni della Russia, del Kazakhstan e della Moldova attribuiscono il diritto di presentare un progetto di revisione costituzionale ai Governi. Infine sempre la Moldova insieme alla Bielorussia, alla Georgia e al Kirgizstan²³ attribuisce il diritto di iniziativa costituzionale direttamente agli elettori.

Importanti novità sono intervenute anche per quanto riguarda le modalità di approvazione degli emendamenti. Mentre nel periodo sovietico il progetto di

¹⁷ Una procedimento aggravato poteva però essere individuato nell'art. 78 Cost. Urss in base al quale il territorio di una Repubblica federata non poteva essere modificato senza il consenso di quest'ultima.

¹⁸ P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1984, 638-640 e M. Ganino, *La revisione costituzionale in Europa orientale*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (cur.), *La revisione Costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007, 453-455.

¹⁹ Art. 141 Cost. Moldova: a un terzo dei deputati del Parlamento; art. 154 Cost. Ucraina: a un terzo dei deputati della Rada e art. 156 Cost. Ucraina: a due terzi dei deputati della Rada, art. 134 Cost. Russia: a un quinto dei membri del Consiglio della Federazione o dei deputati della Duma di Stato dell'Assemblea Federale, art. 102 Cost. Georgia: a più della metà dei deputati del Parlamento, Art. 111 Cost. Armenia attualmente in vigore; art. 157 Cost. Azerbaigian: 63 deputati del Milli Maglis), art. 62 Cost. Kazakhstan: a tre quarti dei deputati di ciascuna camera del Parlamento bicamerale, art. 114, c. 2 Cost. Kirgizstan: alla maggioranza dei deputati del Parlamento per gli articoli contenuti nei capitoli III, IV, V, VI, VII e VIII e art. 114, c. 3 Cost. Kirgizstan: a due terzi dei deputati del Parlamento per sottoporre una legge di emendamento a referendum; art. 98 Cost. Tagikistan: ad almeno i due terzi dei deputati del Maglis dei Rappresentanti insieme ai due terzi dei componenti del Maglis Milli. Nelle Costituzioni del Turkmenistan e dell'Uzbekistan non vi sono disposizioni che stabiliscono quali organi hanno il diritto di presentare un progetto di riforma costituzionale ma dalla prassi deriva l'esercizio di tale diritto anche da parte dei parlamentari.

²⁰ Ne sono stati invece privati rispetto alla versione originaria dal 2000 il Presidente della Moldova con il passaggio alla forma di governo parlamentare e dal 2013 il Presidente della Georgia.

²¹ Art. 111 Cost. Armenia 2005. Anche il Presidente verrà però privato dell'esercizio di tale diritto in seguito all'entrata in vigore di tutti gli emendamenti costituzionali del dicembre 2015.

²² Art. 154 Ucraina, art. 134 Cost. Russia, art. 138 Cost. Bielorussia, art. 153, c. 2 Cost. Azerbaigian, del art. 93 Cost. Kazakhstan, art. 114 Cost. Kirgizstan, art. 98 Cost. Tagikistan.

²³ Art. 141 Cost. Moldova: 200.000 elettori, art. 138 Cost. Bielorussia: 150.000 elettori, art. 102 Cost. Georgia: 200.000 elettori), art. 114, c. 2 Cost. Kirgizstan: 300.000 elettori ma solo per gli articoli contenuti nei capitoli III, IV, V, VI, VII e VIII.

revisione o di nuova Costituzione veniva generalmente sottoposto alla consultazione di tutto il popolo ma doveva essere successivamente esclusivamente approvato dal Parlamento, le Costituzioni -sovietiche prevedono che gli emendamenti possano essere anche direttamente adottati tramite *referendum*.

L'unica eccezione è rappresentata dalla Georgia la cui Costituzione prevede che si possano modificare le disposizioni costituzionali esclusivamente ricorrendo alla procedura parlamentare nel corso della quale gli emendamenti si ritengono approvati se a loro favore si pronuncia la maggioranza dei $\frac{3}{4}$ dei deputati²⁴.

La disciplina sullo svolgimento e sull'indizione del *referendum* costituzionale varia peraltro da Paese a Paese pur potendosi anche qui individuare degli elementi comuni tra alcune Repubbliche.

La Costituzione del Tagikistan afferma infatti che modifiche alla Costituzione possono essere introdotte esclusivamente in seguito allo svolgimento di un *referendum* indetto dal Presidente o dal Majlis Namojandagon (Parlamento) con il consenso di almeno i due terzi del numero complessivo dei suoi deputati²⁵. La possibilità di introdurre modifiche soltanto attraverso *referendum* è per il momento ancora prevista in Armenia²⁶ ed è stato quello applicato per l'approvazione degli emendamenti costituzionali del 2015.

²⁴ Art. 102, c. 3 Cost. Georgia: «Un progetto di revisione della Costituzione deve essere considerato adottato se è approvato da almeno tre quarti dei componenti del Parlamento della Georgia nel corso di due sessioni consecutive con un intervallo di almeno tre mesi tra l'una e l'altra».

²⁵ Art. 98 Cost. Tagikistan.

²⁶ Art. 111 Cost. Armenia 2005: «La Costituzione è adottata o modifiche sono introdotte nella stessa su iniziativa del Presidente della Repubblica o dell'Assemblea nazionale mediante un *referendum*. Il Presidente della Repubblica indice il *referendum* su proposta o con il consenso dell'Assemblea nazionale. Il corrispondente decreto è approvato dall'Assemblea nazionale con la maggioranza dei voti del numero complessivo dei deputati. Il Presidente della Repubblica entro 21 giorni dal ricevimento del progetto di Costituzione o del progetto contenente le modifiche da introdurre nella stessa può rinviarlo all'Assemblea nazionale con le proprie osservazioni e proposte richiedendo una nuova discussione. Il Presidente della Repubblica entro il termine, stabilito dall'Assemblea nazionale, sottopone a *referendum* il progetto di Costituzione o il progetto di modifiche da introdurre nella stessa ripresentato dall'Assemblea nazionale con il sostegno di almeno due terzi dei voti del numero complessivo dei deputati. Se l'iniziativa promana dal Presidente della Repubblica l'Assemblea nazionale entro tre mesi dal ricevimento del progetto di Costituzione o del progetto contenente le modifiche da introdurre nello stesso pone ai voti la questione della sottoposizione del progetto a *referendum*. Se la maggioranza del numero complessivo dei deputati dell'Assemblea nazionale vota a favore del progetto si considera approvato e viene sottoposto a *referendum* dal Presidente della Repubblica nella data dallo stesso stabilita».

In Uzbekistan²⁷, in Turkmenistan²⁸ e in Kazakhstan per l'approvazione delle modifiche costituzionali si può invece ricorrere sia al *referendum* sia all'*iter* parlamentare con maggioranze qualificate. Stante la possibilità di esercitare tale opzione ai fini dell'equilibrio dei poteri nelle rispettive Costituzioni assume rilievo l'individuazione dell'organo che ha il diritto di decidere in merito alla realizzazione dello stesso. Le soluzioni individuate nei tre Paesi sono peraltro diverse in quanto in Uzbekistan la decisione sullo svolgimento del *referendum* e quella sulla relativa indizione rientrano nella competenza congiunta della Camera legislativa e del Senato dell'Olij Maglis della Repubblica²⁹ mentre in Turkmenistan «la decisione sulla questione dello svolgimento del *referendum*»³⁰ compete al Maglis e «l'indizione della data di svolgimento» dello stesso³¹ al Presidente della Repubblica. Ancora più complessa la soluzione individuata in Kazakhstan la cui Costituzione, rispetto a quella delle altre due Repubbliche, sembra privilegiare maggiormente il ruolo del Presidente. In base ad essa è infatti il Presidente che può decidere se sottoporre un progetto di revisione presentato di propria iniziativa, dal Governo o dal Parlamento direttamente a *referendum* oppure all'approvazione del Parlamento bicamerale. Nel primo caso il *referendum* produce esito positivo se a favore degli emendamenti costituzionali si pronuncia più della metà dei cittadini che vi hanno partecipato³² mentre nel secondo caso gli emendamenti si considerano adottati se ottengono il sostegno di almeno i due terzi dei deputati di ciascuna camera del Parlamento bicamerale (art. 61, c. 3 Cost.). Oltre a ciò qualora il Presidente, che ha ricevuto un progetto di emendamenti dal Parlamento, si rifiuti sia di indire un corrispondente *referendum* sia di sottoporlo all'approvazione del Parlamento bicamerale quest'ultimo può aggirare il veto presidenziale votando direttamente il progetto di legge contenente gli emendamenti con la maggioranza dei voti di almeno i quattro quinti dei deputati di ciascuna camera. Tuttavia anche in questo caso al Presidente rimane

²⁷ Art. 127 Cost. Uzbekistan: «Le modifiche nella Costituzione della Repubblica dell'Uzbekistan vengono introdotte tramite legge approvata dalla maggioranza di almeno i due terzi del numero totale dei deputati della Camera legislativa e dei componenti del Senato dell'Olij Maglis della Repubblica dell'Uzbekistan o tramite *referendum* della Repubblica dell'Uzbekistan».

²⁸ Art. 117 Cost. Turkmenistan: «Le leggi di modifica della Costituzione si ritengono approvate se a favore delle stesse si esprime la maggioranza di almeno di due terzi del numero totale dei deputati del Maglis del Turkmenistan o se nel corso di un *referendum* nazionale si esprime a sua favore più della metà dei cittadini del Turkmenistan che hanno preso parte alla votazione».

²⁹ Art. 78, c. 1, p. 78 Cost. Uzbekistan.

³⁰ Art. 63 c. 1, p. 5 Cost. Turkmenistan.

³¹ Art. 53, c. 1, p. 9 Cost. Turkmenistan.

³² In almeno due terzi delle regioni, delle città di livello repubblicano e della capitale.

un'ultima possibilità per superare la volontà del Parlamento poiché al posto di firmare la legge può decidere di appellarsi all'elettorato sottoponendola a *referendum*.

L'istituto del *referendum* per introdurre emendamenti costituzionali è altresì contemplato in quelle Costituzioni -sovietiche che distinguono procedimenti con differenti aggravii a secondo delle disposizioni costituzionali che devono essere emendate così come avviene in Bielorussia³³, in Ucraina³⁴, in Russia³⁵ e in Kyrgyzstan³⁶. Sotto questo profilo è particolarmente interessante il caso della

³³ La Costituzione della Bielorussia distingue due procedimenti per l'introduzione di modifiche nella Costituzione di cui uno prevede l'alternativa del ricorso alla procedura parlamentare o al *referendum*. Nel caso in cui venga applicata la procedura parlamentare il progetto di legge sugli emendamenti si considera adottato allorché, in seguito a doppia lettura, a suo favore si esprimono i 2/3 dei componenti delle due Camere (art. 140 Cost.) mentre se il progetto di emendamenti viene sottoposto a *referendum* si ritiene approvato qualora a suo favore si sia pronunciata più della metà dei cittadini iscritti nelle liste elettorali. Lo svolgimento del *referendum* repubblicano può essere chiesto da ciascuna delle camere del Parlamento bicamerale oppure dal Presidente ma la decisione sulla sua indizione compete esclusivamente al Presidente della Repubblica (art. 84, c. 1, p. 1). Infine i capitoli I (Basi dell'ordinamento costituzionale), II (Persona, società e Stato), IV (Presidente, Parlamento, Governo, Corti) e VIII (Efficacia della Costituzione della Repubblica di Belarus' e modalità di modifica) della Costituzione della Bielorussia possono essere modificati esclusivamente sulla base dello svolgimento di un referendum (art. 140, c. 3 Cost.).

³⁴ In Ucraina in base al procedimento aggravato il progetto di legge sugli emendamenti costituzionali, si considera adottato se, dopo essere stato inizialmente approvato almeno dalla maggioranza dei componenti della Rada suprema dell'Ucraina, nella successiva sessione ordinaria è sostenuto da almeno i due terzi dei suoi componenti (art. 154 e 155 Cost.). Per la modifica delle disposizioni contenute nei capitoli I «Disposizioni comuni», III «Elezioni. *Referendum*» e XIII «Introduzione di modifiche nella Costituzione dell'Ucraina si applica invece il procedimento super aggravato in base al quale il progetto contenente gli emendamenti costituzionali deve essere inizialmente approvato con la maggioranza dei due terzi dei componenti della Rada suprema dell'Ucraina e poi sottoposto a *referendum* obbligatorio indetto dal Presidente della Repubblica. Nel procedimento super aggravato si prevede altresì un aumento del *quorum* del numero dei deputati necessario per esercitare l'iniziativa costituzionale in quanto viene elevato da un terzo, previsto per la procedura aggravata, a due terzi dei deputati della Rada suprema mentre resta invariata la possibilità di presentare un progetto di legge da parte del Presidente della Repubblica. (art. 156 Cost.) M. P. Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale: limiti e graduazioni*, Torino, 1997, 70.

³⁵ In Russia la procedura aggravata prevede che gli emendamenti delle disposizioni dei capitoli da 3 a 8 devono essere inizialmente approvati da almeno tre quarti dei componenti del Consiglio della Federazione e da almeno i due terzi dei deputati della Duma di Stati per poi essere approvati almeno dai due terzi degli organi legislativi dei soggetti della Federazione (artt. 108 e 136). La procedura super aggravata per modificare le disposizioni dei capitoli 1 (Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale), 2 (I diritti e le libertà dell'uomo e del cittadino) e 9 (Emendamenti costituzionali e revisione della Costituzione) prevede invece che con il sostegno dei tre quinti delle camere parlamentari sia necessario convocare una «Assemblea costituzionale» che è chiamata o a riaffermare l'immutabilità della Costituzione della FR o a provvedere alla redazione di una nuova Costituzione, che può approvare direttamente o sottoporre a *referendum* (art. 135 Cost.). Infine in Russia si prevede un procedimento abbreviato di revisione per l'inserimento nell'art. 65 Cost., che contiene l'elenco dei soggetti della Federazione, di un soggetto di nuova formazione e, ancora maggiormente semplificato, per l'introduzione nello stesso, del cambio di denominazione di un soggetto già esistente. M. Ganino, *La Costituzione della Russia* (1993), in Id. (cur.), *Codice delle Costituzioni*, vol. III, Padova, 2013.

³⁶ Tra tutti i procedimenti di revisione costituzionale dei paesi dell'area quello contemplato all'art. 202 della Costituzione del Kyrgyzstan del 2010 è sicuramente quello che presenta le maggiori difficoltà di interpretazione, pur potendosi individuare due procedimenti: un primo che prevede l'applicazione del procedimento referendario e un secondo, che entrerà però in vigore solo dal 2020, in base al quale i capitoli da 1 a 8 della Costituzione potranno essere altresì emendati in Parlamento. In merito alla difficile interpretazione del sistema delineato si è altresì pronunciata la Commissione di Venezia per la democrazia

Moldova la cui Costituzione distingue due procedimenti. Essa infatti stabilisce che gli emendamenti costituzionali devono essere approvati con i voti di almeno i due terzi dei deputati non prima di sei mesi dalla relativa proposta (art. 143, c. 1 Cost.) tranne che si tratti di emendamenti relativi a disposizioni concernenti la sovranità, l'indipendenza e l'unità dello Stato come pure la neutralità permanente dello Stato in Moldova poiché in questo caso si deve applicare un procedimento super aggravato che consiste nella previa approvazione del progetto di legge di emendamento con i voti di almeno i due terzi dei parlamentari e nella sua successiva sottoposizione a *referendum* obbligatorio che produce esito positivo se a suo favore si pronuncia più della metà degli aventi diritto al voto (art. 142, c. 1 Cost.). Tuttavia la Corte costituzionale della Moldova attraverso la sua giurisprudenza ha affermato che nonostante la Costituzione abbia previsto soltanto due procedimenti di revisione su richiesta degli elettori può essere altresì indetto un *referendum* costituzionale al posto della procedura parlamentare prevista dall'art. 143, c. 1 Cost. In linea con tale sua posizione la Corte il 10 novembre 2015 ha quindi ammesso l'indizione di un *referendum* costituzionale, promosso da un gruppo di elettori, diretto a modificare le modalità di elezione del Presidente della Repubblica da indirette a dirette. Nello stesso parere la Corte inoltre ribadisce che dal momento che il *referendum* è stato dichiarato ammissibile il Parlamento ha l'obbligo di indirlo³⁷. La Costituzione della Repubblica dell'Azerbaijan distingue invece un procedimento per l'introduzione di modifiche (art. 152 Cost.) nella Costituzione da un procedimento per l'inserimento di aggiunte alla Costituzione. Le modifiche possono essere infatti adottate soltanto tramite *referendum* mentre le aggiunte con il sostegno di 95 deputati del Milli Mejlis nella forma di leggi costituzionali (art. 156 Cost.) che, nel costituire una parte imprescindibile della Costituzione, non possono essere in contrasto con il testo fondamentale della stessa. Infine in seguito all'entrata in vigore dei corrispondenti emendamenti costituzionali anche in Armenia accanto alla procedura tramite *referendum* il cui utilizzo viene circoscritto alla revisione di soli determinati capitoli e

attraverso il diritto che, nella sua *Opinion* n. 809/2015 del 19/20 giugno 2015, ha richiamato sue precedenti opinioni in merito ai requisiti che dovrebbero caratterizzare la realizzazione dell'istituto del *referendum* costituzionale,

³⁷ Il testo della parere della Corte del 10 novembre 2015 relativo alla «[i]niziativa dei cittadini di revisionare tramite referendum repubblicano l'art. 60, l'art. 70, l'art. 78 e l'art. 89 della Costituzione della Repubblica di Moldova» in <http://www.constcourt.md/print.php?l=en&idc=7&id=683>.

articoli viene introdotto l'*iter* parlamentare per emendare le restanti disposizioni costituzionali³⁸.

Ulteriore differenza rispetto alla disciplina del periodo sovietico sull'introduzione di modifiche e aggiunte alla Costituzione consiste nel fatto che esse non prevedevano limiti espliciti alla revisione, anche se certamente esistevano dei limiti impliciti³⁹. Al contrario molte Costituzioni -sovietiche prevedono limiti temporali, circostanziali e di contenuto espliciti⁴⁰.

Al fine del rispetto di tali limiti in alcune Repubbliche dell'area in considerazione è stata introdotta una fase di controllo giurisdizionale⁴¹ che viene nella maggior parte dei casi attribuita alle Corti costituzionali non precedentemente contemplate nell'ambito della forma di Stato socialista basata sul principio dell'unità del potere statale. Tra le Costituzioni che hanno introdotto tale tipo di controllo rientrano quella della Moldova la quale prevede che: «I progetti di leggi costituzionali vengono presentati al Parlamento soltanto con un parere della Corte costituzionale approvato da almeno 4 giudici», quella dell'Ucraina per cui: «Un progetto di legge sull'introduzione di emendamenti nella Costituzione dell'Ucraina deve essere preso in considerazione dalla Rada suprema dell'Ucraina dopo che la Corte costituzionale dell'Ucraina ha emanato un parere sulla conformità del progetto di legge con i requisiti degli artt. 157 e 158 della Costituzione»⁴² e quella dell'Azerbaigian per cui: «Se il Milli Maglis della Repubblica dell'Azerbaigian o il Presidente della Repubblica dell'Azerbaigian propongono modifiche al testo della Costituzione prima si deve ottenere il parere della Corte costituzionale sulle

³⁸ In seguito all'entrata in vigore del nuovo art. 202 Cost. i capitoli 1-3, 7, 10 e 15 e singoli articoli contenuti in altri capitoli potranno essere emendati esclusivamente mediante *referendum* che potrà essere richiesto da almeno un terzo dei deputati, dal Governo o da 200.000 elettori e che dovrà essere conseguentemente svolto se a favore della sua indizione si pronunceranno almeno i due terzi dei deputati. Gli emendamenti agli altri articoli, proposti su iniziativa di almeno un quarto dei parlamentari, dal Governo o da 150.000 elettori, potranno essere invece approvati con il voto favorevole di almeno i due terzi dei componenti del Parlamento monocamerale. Oltre a ciò nel testo costituzionale emendato viene disciplinata anche la modalità di adozione di una nuova Costituzione che, deve aver luogo con la stessa procedura prevista per i capitoli 1-3, 7, 10 e 15, ovvero tramite *referendum*.

³⁹ P. Biscaretti di Ruffia, *Sui limiti della revisione costituzionale*, in *Annali Catania*, 1949, 122 ss.

⁴⁰ Limiti espliciti alla revisione sono previsti in Bielorussia, Moldova, Ucraina, Armenia (sia nella versione del testo ancora in vigore sia in quella emendata), Azerbaigian, Georgia, Kazakhstan, Turkmenistan, Tagikistan e Kyrgyzstan ma non in Russia e in Uzbekistan.

⁴¹ In merito all'esercizio di tale controllo G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 9 ed. interamente rivista, Padova, 2013, 300.

⁴² Art. 159 Cost. Ucraina.

modifiche proposte»⁴³. L'introduzione di tale controllo è previsto anche in Armenia grazie agli emendamenti costituzionali del dicembre 2015 in base ai quali: «la Corte costituzionale prima dell'adozione del progetto sugli emendamenti nonché di progetti di legge da sottoporre a referendum costituzionali determina la loro conformità alla Costituzione»⁴⁴. Anche in Tagikistan nelle competenze della Corte costituzionale rientra l'esame dei «progetti di modifica e di aggiunte da inserire nella Costituzione» ma tale competenza non è prevista direttamente in Costituzione bensì dalla Legge costituzionale sulla Corte⁴⁵. In Kyrgyzstan il diritto di «emanare una conclusione sui progetti di modifica alla Costituzione» spetta invece alla Camera costituzionale della Corte suprema in quanto la Costituzione del 2010 ha eliminato la Corte costituzionale.

Da tali formulazioni non risulta sempre evidente se le Corti costituzionali nell'esercizio del loro controllo devono limitarsi a verificare la conformità dei progetti di leggi solo dal punto di vista del rispetto delle regole relative al procedimento di revisione e dei limiti espliciti⁴⁶ ma è certo che la mancata richiesta del parere, laddove prevista, ha prodotto conseguenze importanti sulla successiva evoluzione costituzionale dei Paesi interessati, come ad esempio avvenuto in Ucraina e in Kyrgyzstan in cui le stesse Corti costituzionali hanno successivamente dichiarato nulle le modifiche costituzionali precedentemente intervenute a causa del fatto che non erano state interpellate.

Infine nell'ambito dell'attuazione dei processi di revisione costituzionale alcune Repubbliche dell'area in considerazione sono state “internazionalmente” assistite nel quadro del Consiglio d'Europa. In particolare ciò si è verificato non solo per la Moldova, l'Ucraina, l'Armenia, la Georgia e l'Azerbaijan che fanno parte sia del Consiglio d'Europa e della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, nota come Commissione di Venezia ma altresì per il Kyrgyzstan e, in misura inferiore, per il Kazakhstan che sono soltanto membri della Commissione di Venezia mentre alla Bielorussia è riconosciuto lo *status* di osservatore.

⁴³ Art. 153 Cost. Azerbaijan.

⁴⁴ Art. 168, c. 1, p. 2 Cost. Armenia.

⁴⁵ Art. 34, c. 3 Legge costituzionale sulla Corte costituzionale della Repubblica del Tagikistan.

⁴⁶ Per il ruolo delle corti nei procedimenti emendativi L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007, 122-125.

La Moldova, l'Ucraina e la Georgia hanno inoltre firmato e ratificato gli accordi di associazione comprensivi di una zona di libero scambio globale e approfondita (DCFTA) con la UE che contengono clausole di condizionalità in tema di diritti umani e democrazia.

L'Armenia, pur rientrando nel Partenariato orientale della UE, non ha firmato come sopra già ricordato, un nuovo accordo di associazione ma è entrata a far parte dell'Unione economica euroasiatica.

A fronte dell'ingresso dell'Armenia nella UEE il 7 dicembre 2015 sono state comunque avviate delle nuove trattative tra l'Armenia e la UE ai fini della conclusione di un nuovo accordo che, nel sostituire l'Accordo di partenariato e di cooperazione del 1999, sia compatibile con gli obblighi assunti dalla stessa Armenia nei confronti dell'UEE⁴⁷ nell'ambito della quale, in considerazione di un aumento delle attribuzioni dei suoi organi centrali, si potrebbe altresì presentare la questione della possibile attenuazione della rigidità verso l'alto delle Costituzioni dei Paesi che vi hanno aderito.

Allo stesso tempo non è stata interrotta l'attività di collaborazione tra la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa e l'Armenia in relazione alla revisione costituzionale ivi avviata dopo che il 1 novembre 2013 il Presidente della Corte costituzionale G. Harutyunyan, in veste di coordinatore della Commissione di esperti per la riforma costituzionale presso il Presidente della Repubblica, si era direttamente rivolto alla Commissione di Venezia chiedendo la sua assistenza⁴⁸.

A seguito di tale richiesta è stato costituito un gruppo di lavoro⁴⁹ i cui componenti nel corso del 2014 si sono incontrati tre volte con la Commissione

⁴⁷ A tale proposito negli *Introductory remarks at the launching of negotiations for a new agreement between the EU and Armenia* l'Alto rappresentante della Ue F. Mogherini dichiarava che: «We aim for a comprehensive framework agreement covering political, economic and sectoral cooperation and taking into account Armenia's more recent commitments, derived from its participation in the Eurasian Economic Union. The precise name of the agreement will have to be defined at a later stage, based on the concrete outcome of the negotiations», in http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2015/151207_03_en.htm.

⁴⁸ L'Armenia si è già rivolta alla Commissione di Venezia in occasione della riforma costituzionale intrapresa nel 2001 che però è stata bocciata nel referendum del maggio 2003 e una seconda volta nel 2004 in occasione della riavvio di tale riforma che si è perfezionata con l'approvazione degli emendamenti mediante referendum nel novembre 2005.

⁴⁹ Del gruppo di lavoro ha fatto parte anche il Prof. Sergio Bartole, membro italiano della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto.

costituzionale armena per discutere il progetto di un *Concept paper*⁵⁰ di riforma costituzionale e che è stato oggetto di una prima *Opinion* della Commissione di Venezia del 10/11 ottobre 2014⁵¹.

Nella *Opinion on the Draft Concept Paper* la Commissione di Venezia sottolinea che il *Concept paper* costituisce una base preziosa per l'ulteriore presentazione di un pacchetto di proposte concrete di emendamenti, diretti a rafforzare i principi democratici ed instaurare le condizioni necessarie per garantire la *rule of law* e il rispetto dei diritti dell'uomo, che le posizioni di diritto in esso sostenute sono in linea con quelle in precedenza espresse dalla Commissione di Venezia e che sono stati presi in considerazione i punti di vista espressi dal suo gruppo di lavoro. Infine nello stesso parere la Commissione di Venezia puntualizza che alcune proposte di ampia portata, come quella del passaggio alla forma di governo parlamentare, necessitano un largo consenso da parte della società.

In seguito a tale *Opinion* la Commissione costituzionale armena ha adottato il proprio *Concept paper*⁵² per presentarlo al Presidente della Repubblica e, su incarico di quest'ultimo, ha poi predisposto una versione iniziale di un primo progetto di emendamenti relativo ai capitoli 1 e 2 della Costituzione⁵³ e una versione iniziale di un secondo progetto di emendamenti relativo ai capitoli 4-7 e 10 della Costituzione che sono stati esaminati durante gli incontri svolti con il gruppo di lavoro della Commissione di Venezia (rispettivamente a Parigi il 18/19 maggio e a Vienna 1 e 3 luglio). Tenendo in considerazione i commenti che i relatori del gruppo di lavoro hanno espresso in relazioni ai due progetti sopra menzionati la Commissione costituzionale armena ha quindi predisposto un progetto, che nel sostituirsi ai due precedenti, conteneva gli emendamenti relativi ai capitoli da 1 a 7 e 10 della Costituzione⁵⁴.

⁵⁰ *Draft concept paper on the reforms of the constitution of the Republic of Armenia*, CDL-REF(2014)033, in www.coe.int

⁵¹ *Opinion on the Draft Concept Paper on the Constitutional Reforms of the Republic of Armenia adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session*, Rome, 10-11 October 2014, CDL-AD(2014)027, in www.coe.int.

⁵² *Concept Paper on the Constitutional Reforms of the Republic of Armenia adopted by the Constitutional Commission on 14 October 2014*, CDL-REF(2014)050 in www.coe.int.

⁵³ *Draft Amendments to the first two chapters of the Constitution of Armenia*, CDL-REF(2015)014, in www.coe.int.

⁵⁴ *Draft amendments to the Constitution of Armenia Chapters 1 to 7 and 10*, CDL-REF(2015)023, in www.coe.int.

In merito a tale progetto i relatori del gruppo di lavoro della Commissione di Venezia che hanno prodotto una *Preliminary opinion*⁵⁵ resa pubblica il 30 luglio 2015⁵⁶.

Nella *Preliminary Opinion* la Commissione di Venezia sottolinea da un lato che, grazie al mantenimento di un dialogo aperto da parte dell'Armenia, sono stati fatti passi importanti nella predisposizione del progetto sugli emendamenti costituzionali ma, dall'altro, nell'affermare che nell'ambito di una riforma così importante sarebbe stata grata di potere continuare a cooperare con le autorità armene, suggerisce quattro raccomandazioni ai fini del miglioramento del progetto⁵⁷.

Infine la Commissione di Venezia sulla base *a)* del progetto di emendamenti relativo ai restanti capitoli 8,9 e 11-15 della Costituzione ad essa pervenuto il 6 agosto, *b)* del testo complessivo del progetto di emendamenti alla Costituzione adottato dalla Commissione costituzionale da essa ricevuto il 22 agosto⁵⁸ e *c)* di alcune ultime proposte di emendamento ad essa pervenute il 29 agosto e il 1 settembre ⁵⁹ a seguito di colloqui intercorsi a Yerevan ha prodotto una *Second Preliminary Opinion* che è stata resa pubblica l'11 settembre 2015⁶⁰.

⁵⁵ *Preliminary Opinion on the draft amendments to Chapters 1 to 7 and 10 of the Constitution of the Republic of Armenia*, CDL-PI(2015)015rev. In seguito alla sua approvazione da parte della Commissione di Venezia in seduta plenaria *First Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (Chapters 1 to 7 and 10) of the Republic of Armenia endorsed by the Venice Commission at its 104th Plenary Session* (Venice, 23-24 October 2015), CDL-AD(2015)037, in www.coe.int.

⁵⁶ *Draft amendments to the Constitution of Armenia Chapters 1 to 7 and 10*, CDL-REF(2015)023, in www.coe.int.

⁵⁷ Essa precisava infatti che «limitations to the right to vote and the right to be a candidate for the National Assembly should be lifted (see paragraph 54); - the electoral system should not be set out in detail in the Constitution: the possibility of a second round between the two most voted parties of alliances should be removed (see paragraph 80); - the prohibition of forming new factions in the Assembly during the whole term of a legislature should be removed as it would limit the free mandate of Members of Parliament (see paragraph 97); - as concerns the Judiciary, there should be no interference of a political organ in the procedure of dismissal of judges and in the appointment of judges and court chairpersons of the Court of Cassation (see paragraphs 153 and 158)».

⁵⁸ *Draft Amendments to the Constitution of Armenia (Approved on 20.08.2015 in the sitting of the Specialized Commission on Constitutional Reforms adjunct to the President of the Republic of Armenia)*, CDL-REF(2015)034, in www.coe.int.

⁵⁹ *Draft amendments to the Constitution of Armenia (Submitted by the Specialized Commission on Constitutional Reforms adjunct to the President of the Republic of Armenia to the Venice Commission after the meeting on 24-25 August 2015)*, CDL-REF(2015)036, www.coe.int.

⁶⁰ *Second Preliminary Opinion on the Draft Amendments, in particular to Chapters 8, 9, 11 to 16, of the Constitution of Armenia*, CDL-PI(2015)019. In seguito alla sua approvazione da parte della Commissione di Venezia in seduta plenaria, *Second Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (in particular to Chapters 8, 9, 11 to 16) of the Republic of Armenia endorsed by the Venice Commission at its 104th Plenary Session* (Venice, 23-24 October 2015), CDL-AD(2015)038, in www.coe.int.

Nella conclusione della *Second Preliminary Opinion* la Commissione di Venezia dichiara che le raccomandazioni presentate dalla Commissione di Venezia nella sua *Preliminary Opinion* sono state tutte accolte pienamente o in parte dalla Commissione costituzionale⁶¹ e che: «The atmosphere of genuine dialogue and fruitful exchanges with the Venice Commission has continued and has enabled the Constitutional Commission to produce a text which is now in line with international standards»⁶² senza dimenticare ancora una volta di ribadire: «The importance of an open and continued dialogue with all the political forces and with the civil society of Armenia in order for these constitutional amendments to be adopted by parliament and, subsequently, by referendum, which would represent a further important step forward in the transition of Armenia towards democracy»⁶³.

2. – La riforma costituzionale in Armenia: il processo di transizione (in tre tappe) da repubblica presidenziale a sistema semipresidenziale e alla forma di governo parlamentare

Tenendo conto delle indicazioni e dei suggerimenti forniti dalla Commissione di Venezia⁶⁴, il dibattito politico-parlamentare sulla riforma costituzionale in Armenia ha potuto procedere con celerità. Le tappe fondamentali sono state le seguenti⁶⁵. Il primo passo è stato compiuto dal Presidente della Repubblica di

⁶¹ In particolare constata che: «As concerns the removal of the limitations to the right to be a candidate for the National Assembly (Article 47 § 2), the residence requirement has been lowered from five to four years, which represents an improvement; the exclusion of double nationals from running for the National Assembly, however, has not been lifted. - Article 89 does not provide any more that a second round of elections shall be held, but only that it may be held. In addition, Article 89 has been removed from the list in Article 201 of constitutional provisions which require a referendum in order to be amended. The recommendation contained in the Preliminary Opinion in this respect has therefore been followed, which deserves to be commended. - The explicit prohibition to form new factions during the whole term of a legislature has been removed from Article 105, which represents an improvement, although the possibility of forming new factions remains limited. - The role of the National Assembly in the procedure of appointment of chairpersons of the Court of Cassation Chambers has been duly removed. As concerns the election of judges of the Court of Cassation, the required majority has now been increased to three fifths, which is an improvement».

⁶² Tuttavia la Commissione di Venezia propone ancora delle brevi raccomandazioni affermando che «[t]he present Second Preliminary Opinion contains certain further recommendations for improvement which will be hopefully be taken into account by the Constitutional Commission and by the National Assembly».

⁶³ Per il progetto di emendamenti sottoposto a *referendum* tradotto in inglese si veda *Draft amendments to the Constitution of Armenia. Text adopted by the National Assembly of Armenia on 5 October 2015 to be submitted to a national referendum on 6 December 2015*, CDL-REF(2015)042, in www.coe.int.

⁶⁴ Su cui v. paragrafo precedente.

⁶⁵ Cfr. M. Lorusso, *La riforma costituzionale armena*, in *ISPI Commentary*, 26-11-2015. Della stessa autrice, v. anche *I processi di democratizzazione in Armenia, Georgia e Azerbaijan. Ordinamento presidenzialista e modelli di sviluppo democratico*, paper presentato al Convegno ASIAC 2008: *Asia Centrale e Caucaso. Percorsi di studio e ricerca*, tenutosi

Armenia, Serj Sargsyan, il quale con decreto del 4 settembre 2013 ha istituito la Commissione specializzata per le riforme costituzionali, incardinata presso la Presidenza della Repubblica e incaricata di redigere il progetto della revisione costituzionale⁶⁶. Tale progetto è stato elaborato dalla Commissione e consegnato dalla stessa al Presidente della Repubblica il 21 agosto 2015. Il progetto di riforma è subito apparso di notevole portata, dal momento che modificava tutti gli articoli della Costituzione del 5 luglio 1995⁶⁷, emendata nel 2005⁶⁸, fatta eccezione per i soli due primi articoli della Carta costituzionale. Ricevuta l'approvazione del Presidente della Repubblica, il progetto predisposto dalla Commissione è stato trasmesso dal Capo dello Stato al Parlamento unicamerale dell'Armenia, denominato Assemblea nazionale. Quest'ultima, con deliberazione adottata il 5 ottobre 2015, ha statuito⁶⁹ l'indizione di un *referendum* popolare per l'approvazione del progetto di revisione costituzionale⁷⁰. Il Presidente della Repubblica, in attuazione della risoluzione parlamentare, ha indetto il *referendum* costituzionale con decreto emanato l'8 ottobre 2015, fissando per lo svolgimento del *referendum* medesimo la data del 6 dicembre 2015⁷¹. Il *referendum* si è effettivamente tenuto nella data indicata. Per la validità del *referendum* costituzionale era necessario che almeno un quarto degli aventi diritto al voto si recasse alle urne e che la proposta referendaria ricevesse il sostegno di oltre la metà dei votanti. Ciò si è verificato, dal momento che – secondo i dati resi noti dalla Commissione elettorale centrale della Repubblica di Armenia⁷² – il 63,35 per

a Levico Terme (TN) dal 27 al 28-6-2008, disponibile nel sito web dell'Associazione per lo Studio in Italia dell'Asia Centrale e del Caucaso (www.asiac.net); *The Armenian New Constitution: Winds of (Un)Change?*, nel sito web del *Center for Eurasian Studies* di Ankara (www.avim.org.tr), doc. datato 15-12-2015. V., inoltre, L.A. Nocera, *L'Armenia diventa una repubblica parlamentare?*, nel sito *Diritto Pubblico dei Paesi dell'Europa Centro-Orientale-DIPEO* (<http://users2.unimi.it/dirpubbesteuropa>), doc. del 17-12-2015.

⁶⁶ La Commissione era formata da nove membri, ed è stata presieduta dal Presidente della Corte costituzionale. Tutti i componenti della Commissione sono stati nominati dal Presidente della Repubblica, in assenza di consultazione del Parlamento nazionale o di altri organi.

⁶⁷ La trad. it. della Costituzione armena del 1995, nel testo pubblicato a cura dell'Unione dei giuristi e dei politologi dell'Armenia, è disponibile in F. Lanchester, M.P. Ragionieri (cur.), *I successori dell'Impero. Le Costituzioni degli ordinamenti ex-URSS*, Milano, 1998, 411 ss.

⁶⁸ Si veda C. Filippini, *La revisione "internazionalmente guidata" della Costituzione della Repubblica di Armenia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 607 ss.

⁶⁹ Con 104 voti a favore, 10 contro e 3 astenuti.

⁷⁰ La vigente normativa armena sul *referendum* è contenuta nella legge 9 ottobre 2001, che si compone di trentanove articoli. Essa ha sostituito la legge sul *referendum* del 2 aprile 1991 (vedi nel sito *ACE Electoral Knowledge Network*, aceproject.org). L'art. 6 della legge sul *referendum* del 2001 precisa che essa attua il dettato costituzionale e deve essere integrata dalle disposizioni sulle consultazioni referendarie contemplate dal codice elettorale «e da altre leggi».

⁷¹ La campagna elettorale per il *referendum* costituzionale si è svolta dal 10 ottobre 2015 alla mezzanotte del successivo 4 dicembre.

⁷² V. nel *website* www.elections.am.

cento degli elettori ha preso parte al *referendum* e il 50,51 per cento dei votanti⁷³ si è espresso a favore della riforma costituzionale, che è stata quindi approvata dal voto popolare. I risultati ufficiali del *referendum* sono stati pubblicati il 13 dicembre 2015; il termine per la proposizione del(l'eventuale) ricorso alla Corte costituzionale⁷⁴ è decorso infruttuosamente, dal momento che l'opposizione nell'Assemblea nazionale ha raccolto soltanto la sottoscrizione di diciannove parlamentari mentre ne occorreventisette per avviare il procedimento davanti ai giudici costituzionali, e quindi la (nuova) Costituzione è stata pubblicata il 21 dicembre 2015 sulla Gazzetta ufficiale (*Pashtonakan Teghekagir*)⁷⁵ della Repubblica di Armenia entrando in vigore il giorno successivo⁷⁶.

La riforma, che si è avvalsa anche della collaborazione e/o consulenza di giuristi stranieri, tra cui i costituzionalisti-comparatisti italiani⁷⁷, ha incontrato in Armenia resistenze e sospetti da parte delle forze politiche di opposizione⁷⁸. In sostanza, si è cercato di affermare l'idea per la quale la riforma costituzionale è stata fortemente voluta dal Presidente della Repubblica Sargsyan allo scopo di conservare il potere nelle mani dell'attuale partito di maggioranza, ossia del Partito repubblicano⁷⁹ guidato dallo stesso Sargsyan⁸⁰. L'attuale Capo dello Stato, infatti, non può presentare nuovamente la sua candidatura alla Presidenza della Repubblica nelle elezioni che si terranno in Armenia nel 2018, essendo già al suo secondo

⁷³ I quali sono stati 1.303.466, ovvero circa il 51,1 per cento sul totale dei 2,5 milioni di persone registrate nelle liste elettorali. Si sono validamente espressi a favore della riforma costituzionale 825.622 elettori, corrispondenti al 32,17 per cento degli iscritti nelle liste elettorali; contrari alla revisione 421.593 votanti, pari al 16,42 per cento degli aventi diritto al voto.

⁷⁴ Che scadeva il 18 dicembre 2015.

⁷⁵ Edizione speciale, n. 1118.

⁷⁶ In conformità all'art. 209 del nuovo testo costituzionale, *sub* Cap. 16 dedicato alle disposizioni finali e transitorie, alcune previsioni della Costituzione diventeranno vigenti successivamente, non oltre comunque il 1° gennaio 2017.

⁷⁷ In particolare, i professori Stefano Ceccanti e Carlo Fusaro hanno presentato relazioni in un convegno tenutosi a Erevan nel novembre 2015, con riguardo specifico ai profili costituzionali del diritto elettorale.

⁷⁸ Cfr. R. Elliott, *Dissecting Armenia's constitutional reform debate*, in *Abaka News*, 20-11-2015 (abakanews.org). Si veda, inoltre, S. Petrosyan, *Constitutional Reforms in Armenia: 'Yes' front, 'No' front, and external players*, in *ConstitutionNet* (www.constitutionnet.org), doc. datato 2-10-2015, con riferimento anche alla posizione della Russia, che non appariva tra i sostenitori della riforma costituzionale in Armenia.

⁷⁹ Che detiene la maggioranza assoluta dei seggi parlamentari (70 sul totale di 131), e al quale appartengono inoltre tutti i governatori e tutti (tranne uno) i sindaci.

⁸⁰ Cfr. A. Galyan, *Gearing towards Consensualism or Unrestrained Majoritarianism? Constitutional Reform in Armenia and its Comparative Implications*, in *ConstitutionNet*, doc. datato 23-10-2015, che parla di un potenziale abuso del cambiamento costituzionale, nonché di una via non ortodossa per la riallocazione del potere (finalizzata a mantenere il *single party rule*).

mandato presidenziale⁸¹. Per tal modo, l'intento dei riformatori sarebbe – secondo le voci critiche levatesi dall'opposizione – quella di conservare il potere modificando l'assetto istituzionale, in particolare trasformando – come è avvenuto per effetto della revisione costituzionale definitivamente approvata mediante il *referendum* del 6 dicembre 2015 – il modello costituzionale dell'Armenia da semipresidenziale a parlamentare. Il rafforzamento delle istituzioni parlamentari sarebbe funzionale – nell'ottica dei critici della recente riforma costituzionale – a irrobustire il potere già assai ampio del partito egemone, vale a dire del Partito repubblicano e dunque dello stesso Sargsyan che ne è il *leader*.

L'opposizione⁸², peraltro fortemente divisa al suo interno, non è però riuscita a impedire l'approvazione della riforma costituzionale, pur avendo altresì denunciato il verificarsi di brogli, o comunque di irregolarità procedurali, nello svolgimento delle operazioni referendarie⁸³. Con una dichiarazione ufficiale, diffusa il 13 dicembre 2015, la Commissione elettorale centrale dell'Armenia ha escluso che vi siano state violazioni nelle operazioni elettorali suscettibili di inficiare il risultato del *referendum*⁸⁴.

La riforma ha in larga misura riscritto la Costituzione dell'Armenia *post-sovietica*; basti pensare che i 117 articoli della vecchia Costituzione sono stati sostituiti dai 220 articoli dell'attuale testo costituzionale, cosicché essi sono in definitiva quasi raddoppiati. Sul piano della storia costituzionale, occorre brevemente ricordare che dopo il conseguimento dell'indipendenza nel 1991⁸⁵, la Repubblica armena adottò la Costituzione del 1995⁸⁶, la quale rimpiazzò l'ormai

⁸¹ Sargsyan ha ricevuto due mandati presidenziali (quinquennali) consecutivi, rispettivamente nel 2008 e 2013.

⁸² Su cui v. anche *supra*, in questo paragrafo.

⁸³ Vedasi A. Tilman, *Armenia: la sospetta vittoria del SI nel referendum costituzionale*, in *East Journal* (www.eastjournal.net), doc. datato 10-12-2015.

⁸⁴ Cfr. la nota dal titolo *Armenian Election Officials Say Constitutional Amendments Adopted*, nel sito www.avim.org.tr, doc. del 15-12-2015.

⁸⁵ L'indipendenza armena venne proclamata mediante il *referendum* popolare del 21 settembre 1991; la partecipazione al voto fu in quell'occasione altissima, pari al 95 per cento degli aventi diritto, e la stragrande maggioranza degli elettori, rappresentata dal 95,5 per cento, si esprime a favore dell'indipendenza dell'Armenia -sovietica. Sulla dichiarazione d'indipendenza della ex Repubblica federata d'Armenia, v. J.-P. Massias, *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Paris, 1999, 234.

⁸⁶ Approvata mediante il *referendum* popolare del 5 luglio 1995, con il 68 per cento dei voti a favore e la partecipazione del 56 per cento degli aventi diritto. È stato notato che la Costituzione armena del 1995 ebbe il sostegno di soltanto il 37 per cento dell'intero elettorato; cfr. L. Gönenç, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, The Hague, 2002, 181. Sul processo di adozione della Costituzione -sovietica armena del 1995, v. E. Herzog, *The New Caucasus. Armenia, Azerbaijan and Georgia*, London, The Royal Institute of International Affairs, 1999, 24 ss.

completamente obsoleta Costituzione del 1978 (c.d. *soviet-era constitution*)⁸⁷. Con il *referendum* costituzionale del 27 settembre 2005, venne operata la revisione della Carta costituzionale del 1995. In particolare, gli emendamenti costituzionali del 2005 trasformarono l'Armenia da sistema superpresidenziale a repubblica semipresidenziale⁸⁸. Il processo di trasformazione verso la forma di governo parlamentare è ora giunto a compimento, per effetto delle modifiche costituzionali approvate dal *referendum* popolare del dicembre 2015⁸⁹. La più vistosa delle innovazioni costituzionali del 2015 riguarda, infatti, la figura istituzionale del Capo dello Stato, che subisce una drastica limitazione delle sue prerogative, le quali diventano essenzialmente di natura cerimoniale dal momento che riguardano soprattutto la rappresentanza dell'Armenia nei rapporti internazionali⁹⁰. Il mandato presidenziale, inoltre, viene esteso da cinque a sette anni⁹¹, senza però possibilità di rinnovo⁹². Ciò che più conta, nella direzione della trasformazione dell'Armenia da repubblica semipresidenziale a parlamentare, è il fatto che, ai sensi del nuovo art. 125 della Costituzione, il Capo dello Stato non viene più eletto direttamente dal popolo, come accadeva nel vigore della Carta costituzionale del 1995 (emendata nel 2005), ma è designato con votazione dell'Assemblea nazionale. Il potere dell'Assemblea parlamentare viene, inoltre, rinforzato dalla previsione – nel nuovo dettato costituzionale – di un ulteriore segmento della legislazione, rappresentato dalle leggi costituzionali. Secondo quanto dispone il novellato art. 103 della Costituzione, l'approvazione del regolamento di procedura dell'Assemblea nazionale, del codice elettorale, del codice giudiziario, della legge sulla Corte

⁸⁷ La denominazione per esteso di questo testo costituzionale è: Costituzione della Repubblica Socialista Sovietica di Armenia (RSSA). La Carta costituzionale del 1978 prendeva il posto della Costituzione del 1936, la quale a sua volta sostituì la *lex fundamentalis* del 1922.

⁸⁸ Considerata l'assenza di un efficace bilanciamento dei poteri nella Costituzione del 1995, revisionata nel 2005, si potrebbe più propriamente parlare di un sistema super-presidenziale sotto la copertura di una repubblica semipresidenziale.

⁸⁹ Conforme l'opinione di M. Lorusso, *La riforma costituzionale armena*, cit., la quale osserva, a commento della revisione del 2015, «uno stravolgimento profondo del semi-presidenzialismo armeno, che finora si è impegnato nella prassi di tratti presidenzialisti» (v. 2).

⁹⁰ Ad esempio, prima della riforma costituzionale del 2015 il Presidente della Repubblica era a capo delle Forze armate (v. art. 55, n. 12, Cost.), mentre ora tale carica viene attribuita – ai sensi dell'art. 155, c. 4, Cost. – al Primo Ministro. In precedenza, inoltre, spettava al Capo dello Stato la designazione di quattro giudici costituzionali (v. art. 55, n. 10, Cost.). Ma il Capo dello Stato può tuttora attivare il procedimento davanti alla Corte costituzionale, nei casi previsti dal primo comma dell'art. 129, dal secondo comma dell'art. 139, dall'art. 150, nonché dai commi 1 e 4 dell'art. 168 della Costituzione.

⁹¹ V. l'art. 124, c. 1, della Costituzione novellata, nel raffronto con il testo previgente dell'art. 50, comma 1.

⁹² Cfr. il comma 3 dell'art. 124 Cost. *post* riforma 2015. In precedenza, il comma 3 dell'art. 50 Cost. consentiva alla stessa persona di ricevere due mandati presidenziali (anche consecutivi).

costituzionale, della legge sul *referendum*, della legge sui partiti e della legge sul Difensore dei diritti umani, deve avvenire con la maggioranza rinforzata di non meno dei tre quinti dei membri del Parlamento nazionale. D'altra parte, questa previsione rinforza la posizione dei partiti di opposizione, nella misura in cui pone la garanzia che le disposizioni che riguardano tali importanti aspetti della vita istituzionale del Paese non potranno essere modificate da maggioranze non sufficientemente ampie da raggiungere la consistenza appena indicata (*id est*, i 3/5). L'influenza del modello tedesco è, poi, evidente, nella previsione, contenuta nel nuovo art. 115 della Costituzione, dell'istituto parlamentare della sfiducia costruttiva, per effetto del quale la mozione parlamentare di non fiducia nel Primo Ministro deve essere presentata da non meno di un terzo del totale dei membri dell'Assemblea parlamentare e, inoltre, la mozione non può essere sottoposta a votazione se non viene simultaneamente proposta la candidatura di un nuovo Premier.

Di grande rilevanza appare, altresì, la previsione nel nuovo testo costituzionale almeno di puntigliose regolamentazioni dei diritti fondamentali che non erano contemplati dalla Costituzione del 1995 (revisionata nel 2005). Si tratta: *a*) del diritto all'integrità fisica e mentale (art. 25); *b*) dei diritti dei bambini (art. 37); *c*) del diritto di obiezione – per motivi religiosi o di altro genere – rispetto alla prestazione del servizio militare, con l'obbligo però di svolgere un servizio civile alternativo (art. 41); *d*) del diritto alla buona amministrazione (art. 50)⁹³; *e*) del diritto a ottenere asilo nella Repubblica di Armenia, diritto garantito ai perseguitati politici (art. 54).

Se le innovazioni in tema di forma di governo e catalogo dei diritti fondamentali appaiono le più interessanti nel contesto del rinnovamento costituzionale armeno del 2015, qualche parola aggiuntiva va spesa a proposito del terzo profilo che costituisce la principale modificazione del sistema costituzionale dell'Armenia. Si tratta della disciplina costituzionale del diritto elettorale, in relazione

⁹³ Tale diritto si sostanzia *inter alia* nel diritto alla conclusione entro un termine ragionevole dei procedimenti amministrativi, che devono svolgersi secondo i canoni della imparzialità ed equità, garantendo altresì agli interessati l'accesso alla documentazione amministrativa e con l'obbligo, inoltre, per i funzionari e gli organi pubblici di sentire le persone interessate prima di adottare decisioni che riguardano i diritti e gli interessi delle persone medesime. Non manca, peraltro, chi mette in dubbio la stessa configurabilità di tale (peculiare) diritto; cfr. L. Pegoraro, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto")*, in *Istituzioni federali*, 2010, 543 ss.

alla quale il legislatore costituzionale armeno ha tenuto conto dell'esperienza italiana, sia pure di rango non costituzionale⁹⁴, con particolare riguardo alla regolamentazione che risulti più funzionale alla formazione di un sistema politico-partitico bipolare. In questo contesto, spicca la previsione dell'art. 89 del nuovo testo costituzionale. Esso stabilisce, in primo luogo, che l'Assemblea nazionale venga eletta con la formula elettorale maggioritaria. La disposizione medesima precisa che, qualora in esito alla votazione non emerga una maggioranza stabile, né questa sia raggiunta attraverso la formazione di coalizioni politico-partitiche, allora è possibile (ma non necessario) procedere a un secondo turno di votazioni parlamentari⁹⁵, in previsione delle quali è consentita altresì la creazione di nuove coalizioni politiche⁹⁶. La norma costituzionale⁹⁷ prosegue rinviando, per le previsioni di dettaglio, al codice elettorale, che dovrà stabilire in ordine a restrizioni, condizioni e procedure per la formazione delle coalizioni politiche⁹⁸. In ultima analisi, il problema principale che si pone oggi, all'indomani dell'approvazione referendaria della nuova Costituzione armena, è quello della codificazione della riforma stessa nella legge, dal momento che l'attuazione della Costituzione richiede la riscrittura di numerose disposizioni, incluse quelle del codice elettorale⁹⁹.

⁹⁴ In argomento, v. recentemente F. Lanchester, *Innovations institutionnelles et separation des pouvoirs: considerations sur le dangereux chevauchement des differentes lois electorales italiennes*, in *Nomos*, n. 3/2015 (www.nomos-leattualitaneldiritto.it); E. Mostacci, *Perseverare autem Italicum: rappresentanza e sistema politico all'indomani della legge 52/2015*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015 (www.rivistaaic.it).

⁹⁵ L'incidenza della formula elettorale del doppio turno sulla struttura (o «formato») dei sistemi partitici è stata da tempo finemente indagata dalla dottrina politologica italiana più avvertita; v. G. Sartori, *Le «leggi» sulla influenza dei sistemi elettorali*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1984, 3 ss., sub *Una postilla sul doppio turno*, 33 ss.; D. Fisichella, *Doppio turno e «democrazie difficili»*, *ivi*, 1984, 309 ss.

⁹⁶ Si può parlare, in definitiva, di un *majority assuring PR electoral system*.

⁹⁷ Cfr. il terzo comma dell'art. 89 cit.

⁹⁸ A tale riguardo, è stato vivamente apprezzato dalle autorità nazionali armene (in particolare, dal costituzionalista Vardan Poghosyan, membro della Commissione speciale per le riforme costituzionali) il contributo recato dai giuspubblicisti comparatisti italiani menzionati all'inizio del presente paragrafo.

⁹⁹ Entro il 1° giugno 2016 l'Assemblea nazionale dovrà armonizzare il codice elettorale con gli emendamenti costituzionali, secondo quanto stabilisce il comma 1 dell'art. 210 della Costituzione *post* riforma.



ISSN 2037-6677

2015/4

Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi

**Social market economy and the clash between
capitalisms**

Alessandro Somma

Abstract

The present paper analyzes the development of the liberal thought. Namely, the transition from liberalism to neoliberalism, the Third Way undertaken by the political authorities between the first and second world war to underpin the economical order; the ordoliberal thought and the introduction of the idea of «economic constitution» (Wirtschaftsverfassung); the transition to the social market economy by Alfred Müller-Armack. The final aim is that of interpreting the development of the social market economy in the German area through the lens of the current clash between models of capitalism.

Tag: capitalism, social market, economy, liberalism, Germany



Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi

di Alessandro Somma

SOMMARIO: 1. Dal liberalismo al neoliberalismo. 2. L'ordoliberalismo tra capitalismo e democrazia. 3. Costituzione politica e costituzione economica. 4. L'economia sociale di mercato nell'esperienza tedesca. 5. Economia sociale di mercato fortemente competitiva. 6. Scontro tra capitalismi e ristrutturazione del debito sovrano.

1. – Dal liberalismo al neoliberalismo

Sul finire dell'Ottocento il patto fondativo della società borghese, quello per cui il sovrano concentrava l'impero e assicurava in cambio la proprietà all'individuo, era da tempo in crisi. Con l'avvento della società industriale, infatti, il lavoro non poteva più immettere nella condizione proprietaria, che dunque perdeva la sua forza emancipatoria, divenendo anzi il punto di riferimento per gerarchie sociali immutabili. Di qui il conflitto di classe, che assieme ai numerosi fallimenti del mercato, la cui incapacità di autoregolarsi era oramai evidente, richiedeva un deciso intervento ordinatorio dei pubblici poteri¹.

¹ Citazioni in A. Somma, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 28, 2010, 39 ss.

Furono numerose le modalità attraverso cui vennero accolte le richieste, e numerosi i tentativi intrapresi dagli studiosi di inquadrarle o eventualmente indirizzarle. Uno di questi ci porta a un'iniziativa intrapresa sul finire degli anni Trenta, nel corso della quale si volle fare il punto circa i diversi tentativi di individuare una terza via tra liberalismo tradizionale e collettivismo: il colloquio Walter Lippmann². Fu la prima occasione per delineare i termini di un rinnovamento del liberalismo, che i più intesero realizzare a partire da quanto teorizzato da uno dei partecipanti al colloquio, secondo cui la menzionata terza via doveva ricavarsi dalla subordinazione dell'ordine democratico all'ordine proprietario: doveva condurre all'edificazione di uno Stato di «polizia del mercato», capace di presidiare il meccanismo concorrenziale e realizzare così «la coincidenza di interesse privato e interesse collettivo»³.

Alexander Rüstow, questo il nome del partecipante, fu un protagonista del colloquio e anzi colui il quale si ritiene abbia coniato il termine «neoliberalismo»⁴. Un termine il cui significato si coglie considerando che la personalità cui venne intitolato il colloquio, noto giornalista e commentatore politico statunitense, era l'autore di un fortunato volume scritto proprio per identificare i termini di una terza via tra il *laissez-faire* e il collettivismo: quest'ultimo un fenomeno considerato tipico negli Stati Uniti, allora in pieno New Deal rooseveltiano, identificato con la situazione nella quale il potere politico era invadente perché controllato a monte dai centri di potere economico.

Il volume, per quanto criticato dai suoi contemporanei come testo privo di approccio scientifico⁵, consente se non altro di approfondire un aspetto ricorrente presso un gruppo di studiosi, poi detti ordoliberali, il cui pensiero costituiva un punto di riferimento per Rüstow. Quegli studiosi volevano che la mano visibile dei pubblici poteri intervenisse per sostenere e pacificare il mercato e dunque affermavano la supremazia della politica sull'economia, ma ritenevano anche che la prima dovesse operare per imporre le regole mutate della seconda: per trasformare le leggi del mercato in leggi dello Stato. Similmente Lippmann sosteneva che «le

² Per tutti C. Butterwegge, B. Lösch e R. Ptak, *Kritik des Neoliberalismus*, 2. ed., Wiesbaden, 2008, 21 s.

³ Così Alexander Rüstow, in un contributo pubblicato successivamente: cfr. *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg, 2001, p. 26.

⁴ Per tutti O.M. Hartwich, *Neoliberalism: The Genesis of a Political Slogan*, Centre for independent studies Occasional Paper 114/2009, p. 13 ss.

⁵ Ad es. F.H. Knight, *Lippmann's The Good Society*, in *Journal of Political Economy*, 46, 1938, 867.

leggi della Rivoluzione industriale», quelle concernenti la divisione del lavoro nell'ambito di un'economia di mercato, erano alla base di un modello di produzione ineludibile: non suscettibile di essere «modificato dalla politica». Per questo il liberalismo doveva rinnovarsi a partire da «una filosofia sociale che obbedisca alle leggi della rivoluzione industriale», che sappia «adattare l'ordine sociale alla divisione del lavoro»⁶.

Così ricostruito nelle sue ragioni di fondo, il neoliberalismo fu effettivamente la terza via che il potere politico intraprese tra il primo e il secondo conflitto mondiale al fine di sostenere l'ordine economico. Un ordine peraltro incapace di tenere in equilibrio i due fondamenti della tradizione giuridica occidentale, il capitalismo e la democrazia, destinati a vivere un rapporto complesso anche oltre la conclusione del conflitto mondiale: sino a pregiudicare il processo di costruzione dell'unità europea. Sarà questo il filo conduttore delle pagine che seguiranno, nel corso delle quali metteremo in luce l'ambiguità delle costruzioni utilizzate per occultare la complessità di quel rapporto, e dunque il rischio che produca i medesimi drammatici scenari attorno ai quali si è sviluppato il Secolo breve.

2. – L'ordoliberalismo tra capitalismo e democrazia

Gli ordoliberali iniziarono a definire il loro credo negli ultimi anni dell'esperienza weimariana, alla cui drammatica fine contribuirono non poco attraverso cruenti attacchi al meccanismo democratico. L'avversione per quest'ultimo costituì anzi il filo conduttore per un gruppo di studiosi ritenuti i padri nobili dell'economia sociale di mercato: gli economisti Walter Eucken e Leonhard Miksch, e i giuristi Franz Böhm e Hans Großmann-Doerth. È in tale ambito che si delinearono i fondamenti dell'ordoliberalismo e della sua ricerca di una terza via tra liberalismo classico e socialismo, individuati con il contributo determinante di due esponenti del cosiddetto umanesimo economico: oltre a Rüstow, del quale abbiamo appena detto, Wilhelm Röpke.

Tra gli attacchi ordoliberali alla democrazia spiccava quello di Eucken, e in particolare uno scritto confezionato un anno prima della presa del potere da parte dei nazisti. Lì si riflette sui motivi della «crisi del capitalismo», attribuita all'interventismo dei pubblici poteri e più in generale alle modalità con cui

⁶ W. Lippmann, *The Good Society*, Boston 1937, 203 ss.

procedevano al coordinamento delle opposte istanze liberatorie e ordinatorie espresse dal mercato. L'interventismo era salutato con favore se realizzava il supremo interesse all'equilibrio e allo sviluppo dell'ordine proprietario, fatto coincidere con «l'interesse statale puro», così come si era verificato nei primi anni dell'Impero germanico, quando si raggiunse l'unità tedesca sotto Guglielmo I. All'epoca, infatti, il Cancelliere Bismarck aveva completato la transizione dalla società borghese alla società industriale attraverso un «interventismo della ragion di Stato», comprendente l'indebolimento delle istituzioni parlamentari e la costruzione di un sistema di prestazioni sociali, concepito come contropartita per la rinuncia da parte dei lavoratori alla lotta di classe: a rimarcare come «tutti i problemi di politica economica erano considerati problemi di politica generale»⁷.

A questo esempio virtuoso di interventismo dei pubblici poteri, Eucken contrapponeva il modello adottato dalla Repubblica di Weimar, il cui legislatore democratico si occupava dell'ordine economico, tuttavia in assenza di una visione complessiva circa il modo di coordinare le forze del mercato: era dedito al mero recepimento delle più disparate istanze di parte, nel disprezzo dell'interesse generale. Con il che la crisi delle istituzioni repubblicane non derivava dalla loro incapacità di affrontare la questione sociale e dal relativo conflitto sociale, considerato per lo più il frutto di un agire irrazionale. Il problema era la cessione da parte dello Stato di potere decisionale ai centri di interesse formati nella transizione dalla società borghese alla società industriale. In questo modo il funzionamento del meccanismo democratico provocava l'alterazione del meccanismo concorrenziale, schiacciato dal potenziamento dei centri di interessi «anticapitalisti»: la forza lavoro contrapposta alle forze del capitale nella lotta per imporre i rispettivi disegni di parte. La crisi della Repubblica di Weimar era insomma dovuta alla confusione tra Stato e società, quindi al prevalere di quei corpi intermedi tra l'individuo e la comunità statale sul cui contrasto si era edificata la società borghese: la crisi era il frutto di cedimenti verso il pluralismo e la «democratizzazione dei partiti e delle masse da essi organizzate». E proprio questo aveva trasformato lo Stato forte bismarckiano in uno «Stato economico» (*Wirtschaftsstaat*), entità chiamata a corrispondere alle più disparate aspettative parziali e dunque in balia di forze centrifughe⁸.

⁷ W. Eucken, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 36, 1932, 303 ss.

⁸ *Ibidem*.

Anche Rüstow, come Eucken, invocava «l'interventismo liberale», rimarcando nel contempo come fosse inadeguato e deleterio quello realizzato dalla Repubblica di Weimar. Quest'ultima si era resa interprete di interessi di parte e aveva pertanto cessato di presiedere alla direzione politica della comunità economica: aveva edificato uno «Stato impotente», confuso con la società e dunque condannato a divenire uno «Stato preda»⁹. Preda in particolare dei partiti e dei gruppi di pressione, fonti di debolezza dell'esecutivo, la cui azione occorre allora contrastare ricorrendo niente meno che a una «dittatura entro i confini della democrazia»¹⁰.

La democrazia parlamentare era insomma il nemico da battere, per impedirle di divenire quanto Eucken considerava uno strumento al servizio delle «forze caotiche della massa» contro «la forza ordinante scaturita dalla vita dei popoli»¹¹. Il pluralismo, incalzava Röpke, sottraeva forza al potere statale di direzione della vita economica, impedendo a quest'ultima di svilupparsi nel rispetto dei fondamenti dell'ordine proprietario. Il potere politico doveva allora tornare a prevalere in chiave ordinatoria sulle istanze liberatorie espresse dai poteri privati per ripristinare il funzionamento del meccanismo concorrenziale, e più in generale per operare affinché «il liberalismo non sia sopraffatto dalla democrazia»¹².

Da menzionare a questo punto anche il pensiero di Alfred Müller-Armack, la cui proposta differiva in parte da quelle degli altri ordoliberali, in quanto traeva spunto dall'idea che lo Stato forte chiamato a risolvere la crisi del capitalismo non dovesse ripristinare la separazione tra società e Stato: la confusione tra questi ultimi era oramai irreversibile, sicché occorreva più opportunamente trasformarla in una fusione della prima nel secondo. Di qui l'ammirazione per il fascismo italiano, esaltato come sistema capace di mobilitare e unire le masse attorno a una «idea nazionale mezza vera e mezza inventata»: l'idea collettiva di «interesse nazionale capitalistico» in luogo di quella individualista di mero «interesse capitalistico»¹³.

Perfettamente in linea con il pensiero ordoliberales era invece la critica radicale di Müller-Armack al parlamentarismo come fonte di pluralismo, che aveva dato

⁹ A. Rüstow, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in *Der deutsche Volkswirt*, 7, 1932, 171.

¹⁰ A. Rüstow, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie* (1929), in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 7, 1959, 98 s.

¹¹ W. Eucken, *Staatliche Strukturwandlungen*, cit., 312.

¹² W. Röpke, *Epochenwende* (1933), in Id., *Wirrnis und Wahrheit*, Erlenbach e Stuttgart, 1962, 113 e 124.

¹³ A. Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, 1932, 110 ss. e 213 ss.

prova di essere inesorabilmente incompatibile con lo sviluppo dell'ordine proprietario: «tutta l'attività parlamentare è inevitabilmente votata alla ricerca di bilanciamenti di interessi e di compromessi», e questo implica la necessità di «ricompensare coloro i quali sono colpiti dall'intervento» dei pubblici poteri al solo fine di «mantenere l'equilibrio parlamentare»¹⁴.

3. – Costituzione politica e costituzione economica

Passiamo a considerare le elaborazioni degli ordoliberali che in modo più o meno esplicito si legarono al regime, salvo poi essere scagionati dalle ricostruzioni in cui li si è voluti presentare come oppositori interni impegnati a limitare i danni. Per ricevere un'impressione opposta basta però considerare, tra gli scritti confezionati durante il nazismo, una sorta di manifesto ordoliberalo a firma di Böhm, Eucken e Grossmann-Doerth. Lì si sviluppano i temi anticipati nella fase conclusiva dell'esperienza weimariana, a partire dalla critica alla democrazia come ostacolo all'utilizzo della forza statale nel presidio dell'ordine proprietario, in funzione del quale orientare i comportamenti individuali. L'unica differenza rispetto a quanto scritto a cavallo degli anni Venti e Trenta, era che non si trattava più di mere teorizzazioni, bensì di aperto sostegno all'involuzione totalitaria originata proprio da quelle teorizzazioni¹⁵.

Il tutto viene introdotto da una polemica sul metodo, innanzi tutto quello elaborato dalla Scuola storica dell'economia, accusata di aver «distrutto la fede nell'esistenza di un sistema naturale del diritto e dell'economia» e indotto così la diffusione di atteggiamenti «relativisti» e «fatalisti». Occorreva però evitare anche l'approccio dogmatico puro, incapace di valorizzare «la molteplicità e l'individualità storica dell'oggetto di studio», assumendo una prospettiva olistica, per cui «occorre conoscere il tutto nelle sue relazioni per comprendere l'esistenza economica dell'individuo»¹⁶.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ F. Böhm, W. Eucken e H. Großmann-Doerth, *Unsere Aufgabe*, in F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart e Berlin, 1937, vii ss.

¹⁶ W. Eucken, *Nationalökonomie wozu?*, Leipzig, 1938, p. 10 ss.

Questa attitudine avrebbe caratterizzato la ridefinizione ordoliberal della «costituzione economica» (*Wirtschaftsverfassung*), ovvero della «decisione sul complessivo ordine della vita economica nazionale»¹⁷.

La costituzione economica era una «costituzione giuridica», e in quanto tale realizzava una condizione imprescindibile per la costruzione di uno Stato forte: il «primato della politica». Era cioè una «costituzione parziale», che la scienza giuridica era chiamata a mettere in sintonia con «la costituzione politica complessiva»: per «gettare un ponte tra la politica economica e la complessiva politica nazionale», esattamente come era opportuno fare rispetto ai nuovi stimoli provenienti da altri settori della conoscenza, come la «politica demografica» (*Bevölkerungspolitik*) e la «biologia razziale» (*Rassenbiologie*)¹⁸.

Costituzione politica e costituzione economica stabilivano tra loro un rapporto gerarchico, e tuttavia finivano per assolvere a compiti complementari. L'ordine economico doveva svilupparsi secondo linee indicate da un'entità collocata al vertice dell'ordine politico, e dunque strutturarsi come parte integrante di quest'ultimo. L'ordine politico era tuttavia preposto al presidio dell'ordine proprietario, e finiva così per assolutizzarne le dinamiche proprio perché rivendicava «il punto di vista di un'economia diretta dallo Stato»¹⁹.

Per attuare la costituzione politica, e dunque la costituzione economica, i pubblici poteri dovevano operare in un ambiente pacificato, entro cui l'individuo era sciolto nell'ordine: il conflitto avrebbe impedito la «sinfonia sociale»²⁰. Ciò equivaleva a promuovere per il potere economico l'esatto contrario di quanto si auspicava per il potere politico: se il secondo doveva essere concentrato e dunque statalizzato, il primo doveva essere azzerato, spolitizzato, ridotto all'irrelevanza quale forza centrifuga in danno al funzionamento del sistema. Era questo il senso del motto, coniato da Carl Schmitt, per cui una «economia sana» presupponeva uno «Stato forte»²¹.

¹⁷ F. Böhm, W. Eucken e H. Großmann-Doerth, *Unsere Aufgabe*, cit., xix. Anche W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 2. ed., Jena, 1941, 64.

¹⁸ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., 9 ss.

¹⁹ L. Erhard, *Einfluß der Preisbildung und Preisbindung auf die Qualität und Quantität des Angebots und der Nachfrage*, in Id. e G. Berlger (a cura di), *Marktwirtschaft und Wirtschaftswissenschaft*, Berlin, 1939, 82.

²⁰ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., 21.

²¹ C. Schmitt, *Starker Staat und gesunder Wirtschaft*, in *Volk und Reich*, 9, 1933, 87.

Da ciò la necessità di promuovere e presidiare con la costituzione economica la concorrenza perfetta, fonte e prodotto di un ambiente in cui «il fenomeno del potere economico svanisce»²². Da ciò anche la soppressione del conflitto di classe, considerato la violazione di un «dovere giuridico», stigmatizzata anche in quanto trasgressione di un imperativo «sociale fondato sull'onore»²³.

Tutto ciò venne teorizzato dagli ordoliberali legatisi più o meno esplicitamente al regime nazista, ma non troppo diverse furono le teorizzazioni di alcuni studiosi che scelsero la via dell'esilio: tra questi i già menzionati Röpke e Rüstow. Entrambi vollero riformare il sistema delle libertà economiche secondo schemi che, se anche non contemplavano la soppressione delle libertà politiche, preludevano quanto meno alla loro compressione, del resto indispensabile a produrre le forme di coesione sociale la cui sopravvivenza veniva messa a rischio dal funzionamento del meccanismo democratico.

Durante l'esilio l'attività pubblicistica di Röpke si caratterizzò per il netto rifiuto della dittatura nazista, stigmatizzata tuttavia più per la sua compressione delle libertà politiche, nella misura in cui era ritenuta un sintomo di decadimento della cultura occidentale, piuttosto che per le modalità di riforma delle libertà economiche. Venne concepita in questo periodo la trilogia che sarà pubblicata nella prima metà degli anni Quaranta²⁴, dove si promuovono l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine proprietario attraverso la modernizzazione, ma anche un ritorno a motivi premoderni e in ultima analisi antidemocratici, ritenuti anch'essi un imprescindibile presidio dell'ordine.

Non deve stupire se alla base di tutto ciò veniva posto il progetto di un «liberalismo sociologico», inteso come il credo che unisce liberalismo politico e liberalismo economico, sul presupposto che il mercato concorrenziale necessita del primo per potersi realizzare. Giacché il liberalismo politico di Röpke non mirava a promuovere il pluralismo, ritenuto all'origine della «massificazione dell'individuo»: indicava il favore per la società borghese intesa come ordine sociale tipico delle società preindustriali, caratterizzate da una struttura gerarchica e olistica capace di

²² W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, cit., 242 s.

²³ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., 77.

²⁴ W. Röpke, *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*, Zürich, 1942; Id., *Civitas Humana. Grundfragen der Gesellschafts- und Wirtschaftsreform*, Zürich, 1944 e Id., *Internationale Ordnung*, Zürich, 1945. Id., *Die Lehre von der Wirtschaft* (1937), Zürich, 1943 viene indicata dal suo stesso autore come una sorta di premessa al primo volume della trilogia.

ricondurre gli individui all'ordine proprietario, e dunque di prevenire la loro «proletarizzazione»²⁵.

Era questa l'essenza di quanto Röpke chiamava «umanesimo economico», alla cui teorizzazione si dedicò anche Rüstow. Entrambi consideravano il capitalismo il fondamento di un ordine economico bisognoso di essere presidiato dall'ordine politico, onde evitare di rivelarsi «un catastrofico insuccesso». L'ordine politico doveva infatti prevenire la «massificazione della società» indotta dal pluralismo, ritenuto una «forma di governo patologica», e doveva fare ciò abbandonando l'assolutizzazione del principio di concorrenza. Non certo per depotenziarlo, bensì per presidiarlo attraverso una sua combinazione con valori etici, indispensabili a produrre una «forza integratrice dai contenuti pseudo religiosi», efficace in quanto punto di riferimento per combinare modernità e valori premoderni²⁶.

4. – L'economia sociale di mercato nell'esperienza tedesca

Alla conclusione del secondo conflitto mondiale era diffusa la convinzione che l'ordoliberalismo avesse fallito: non tanto perché aveva affermato il primato della politica, quanto perché era stato incapace di proteggere la democrazia dal capitalismo. Quest'ultimo aveva infatti contribuito non poco all'affermarsi delle dittature fasciste, che del resto avevano affossato le libertà politiche al fine di riformare, e non anche travolgere, il sistema delle libertà economiche, di cui si erano conservati i fondamenti: proprietà privata dei mezzi di produzione e principio di concorrenza²⁷. Fu del resto questo il senso dell'osservazione per cui il fascismo, al netto delle necessità imposte dal conflitto bellico, aveva realizzato la terza via tra liberalismo tradizionale e socialismo²⁸.

Tutto ciò fece da sfondo a uno scontro relativo al tipo di ordine economico di cui la rinata democrazia tedesca si sarebbe dovuta dotare, magari proprio per prevenire un ritorno della dittatura fascista e del suo modo di subordinare le necessità del capitalismo a quelle della democrazia. Intendiamo lo scontro tra fautori della democrazia economica, fondata su una forma di pianificazione e sull'intervento

²⁵ W. Röpke, *Civitas Humana*, cit., 51 ss. e 239 ss.

²⁶ A. Rüstow, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg, 2001, 1 e 90 ss. (la I ed. è del 1945).

²⁷ Citazioni in A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt M., 2005, p. 81 ss.

²⁸ W. Röpke, Voce *Staatsinterventionismus*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4. ed., Jena 1929, 881 s.

diretto statale in determinati settori produttivi, e sostenitori della democrazia ordoliberal, in cui l'intervento in discorso si concepisce come volto a definire il quadro normativo necessario e sufficiente ad assicurare il confronto tra le forze del mercato²⁹.

Inizialmente la democrazia economica, sponsorizzata dai Socialdemocratici, sembrò riscuotere consensi superiori rispetto a quelli raccolti dalla democrazia ordoliberal. Venne parzialmente accettata anche dai Cristianodemocratici, tra le cui fila si riteneva che «il sistema economico capitalista» si fosse «suicidato con le proprie leggi», e che la disponibilità delle materie prime si dovesse assicurare con la creazione di un sistema di «produzione collettivistico»³⁰.

Peraltro la democrazia economica non incontrò il favore delle forze di occupazione, intenzionate, all'alba della Guerra fredda, a imporre modelli economici in cui fosse marcato il rifiuto di soluzione di ispirazione socialista. Le forze politiche impegnate nella redazione della Legge fondamentale decisero nel frattempo di non includervi espliciti riconoscimenti a una delle posizioni in campo: l'articolato doveva mostrarsi sul punto sostanzialmente neutrale. I Cristianodemocratici si accontentarono di un riferimento alla Repubblica federale tedesca come Stato federale democratico e sociale (art. 20). Soluzione che i Socialdemocratici accettarono, in parte perché barattarono la desistenza sui diritti sociali con la rinuncia dei conservatori a insistere sulle tematiche religiose, e in parte perché convinti di poter affermare la loro visione una volta giunti al potere.

Le cose, però, andarono diversamente. Le prime elezioni non premiarono la Socialdemocrazia, costretta all'opposizione in un parlamento dominato dai Cristianodemocratici di Konrad Adenauer. E questi, su pressione statunitense, affidò la guida del dicastero economico a Ludwig Erhard, che a sua volta rimise la definizione delle linee di politica economica ad Alfred Müller-Armack. Fu quest'ultimo a coniare la locuzione «economia sociale di mercato»³¹, e a definirla come la situazione in cui i principi del libero mercato, in particolare la proprietà privata e la libertà di contrarre, sono affiancati da interventi statali volti a

²⁹ Cfr. rispettivamente A. Arndt, *Das Problem der Wirtschaftsdemokratie*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1, 1946, 137 ss. e F. Böhm, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, *ivi*, 141 ss.

³⁰ Così il Presidente del Nord Reno-Vestfalia nel discorso di insediamento riprodotto in G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 2, Frankfurt M., 1979, 334 ss.

³¹ A. Müller-Armack, Voce *Soziale Marktwirtschaft*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, vol. 9, Stuttgart, 1956, 392.

condizionare le libertà economiche solo nella misura in cui ciò sia indispensabile ad evitare i fallimenti del mercato. Alla redistribuzione della ricchezza tendono invece direttamente le sole misure di solidarietà tra lo Stato e gli individui, che tuttavia operano fuori dai confini del mercato con interventi finanziati dalla contribuzione fiscale³².

È appena il caso di avvertire che l'espressione «economia sociale di mercato» fu scelta per motivi per così dire promozionali: per la sua distanza dal linguaggio utilizzato nel corso dell'esperienza nazionalsocialista, che pure aveva elaborato concetti del tutto assimilabili nell'ambito del pensiero ordoliberal. A ben vedere, però, si tratta di una distanza ambigua, evocata da una terminologia scelta ad arte, priva di riscontri. L'espressione, infatti, sembrava e sembra alludere a un non meglio definito capitalismo dal volto umano, mentre voleva e vuole più semplicemente indicare che il mercato è un'istituzione sociale in quanto tale³³, cui destinare correttivi solo nella misura necessaria e sufficiente a produrre pacificazione sociale³⁴. Tanto che Friedrich von Hayek ebbe a osservare: «non mi piace questo uso, anche se grazie a esso alcuni amici tedeschi sembrano riusciti a rendere appetibile a circoli più ampi il tipo di ordine sociale che difendo»³⁵.

Comunque sia, è un dato di fatto che la formula dell'economia sociale di mercato abbia riscosso notevoli successi, dovuti anche al relativo benessere ottenuto durante la cosiddetta *Era Adenauer*. Di qui la conclusione che la formula, molto più della Legge fondamentale, costituisce il mito fondativo della Repubblica federale tedesca³⁶. Esattamente come la riforma monetaria con cui venne introdotto il Marco tedesco, varata per ripristinare «la relazione naturale tra prestazione e controprestazione, affinché i salariati si trasformino in acquirenti e si creino così le condizioni per un incremento del rendimento lavorativo e della produzione»³⁷.

Peraltro il riconoscimento nell'economia sociale di mercato sarebbe di lì a poco divenuto pressoché unanime, se non altro perché i Socialdemocratici avrebbero dovuto mutare pelle in vista della loro presa del potere: dapprima nell'ambito della

³² A. Müller-Armack, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (1946), München, 1990, 65 ss. e 116 ss.

³³ H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, 572 ss.

³⁴ R. Blum, *Soziale Marktwirtschaft. Wirtschaftspolitik zwischen Neoliberalismus und Ordoliberalismus*, Tübingen, 1969, 130 ss.

³⁵ F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1973-79), Milano, 2000, 283, nt. 26.

³⁶ Ad es. M. von Prollius, *Deutsche Wirtschaftsgeschichte nach 1945*, Göttingen, 2006, 63.

³⁷ Nota introduttiva al *Gesetz über Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform* del 24-6-1948.

prima Grande coalizione, quella presieduta dal cristianodemocratico Kurt Georg Kiesinger dal 1966 al 1969, e poi con gli esecutivi guidati da Willi Brandt, tra il 1969 e il 1974, e da Helmut Schmidt, tra il 1974 e il 1982. Il tutto preceduto dal noto Congresso di Bad Godespberg, che sul finire degli anni Cinquanta sancì l'abbandono della democrazia economica come punto di riferimento programmatico, aprendo la strada alla progressiva accettazione dell'economia sociale di mercato.

Il programma varato a Bad Godespberg combinava l'abbandono della democrazia economica con l'esaltazione di elementi destinati a celebrare lo scioglimento dell'individuo nell'ordine economico. Prevaleva infatti la preoccupazione per il controllo sulla concentrazione del potere economico piuttosto che sulle modalità del suo esercizio, per il suo azzeramento piuttosto che per la pluralistica formazione di contropoteri, per il funzionamento del meccanismo concorrenziale piuttosto che di quello democratico. Certo, ci si imbatteva ancora in formule ereditate dalla tradizione, rilette però alla luce della precisazione che il Partito socialdemocratico «approva il libero mercato nel quale regni la libera concorrenza», volendo intervenire solo «laddove i mercati cadano sotto il predominio di singoli o gruppi» per imporre «misure volte a ottenere la libertà nell'economia»³⁸.

È sicuramente vero che la presa del potere da parte dei Socialdemocratici coincise con il varo dell'«economia di mercato globalmente diretta» (*globalgesteuerte Marktwirtschaft*)³⁹: lo schema per il quale la politica di bilancio doveva essere decisa tenendo conto dell'«equilibrio economico complessivo» (*gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht*), e dunque controllando il livello dei prezzi, ma anche promuovendo la piena occupazione⁴⁰. Peraltro furono proprio i Socialdemocratici a decretare, dopo un decennio circa, la crisi dell'approccio keynesiano alla base di questo schema. Furono loro a resuscitare l'idea che i pubblici poteri dovessero costituire innanzi tutto un presidio del meccanismo concorrenziale: che fosse necessario un governo politico dell'economia più rispettoso delle leggi del mercato. A questo mirava

³⁸ *Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands. Beschlossen vom außerordentlichen Parteitag der sozialdemokratischen Partei Deutschlands in Bad Godesberg vom 13. bis. 15. November 1959*, Druckhaus Deutz, Köln, 1959, 8 ss.

³⁹ Ad es. R. Zuck, *Wirtschaftsverfassung und Stabilitätsgesetz*, München, 1975, 61 ss.

⁴⁰ Cfr. il *Fünfzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* dell'8-6-1967, che ha modificato l'art. 109 GG. V. anche il *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*, anch'esso dell'8-6-1967.

l'approccio pragmatico del Cancelliere Schmidt, che volle distinguersi dal predecessore Brandt celebrando il meccanismo concorrenziale come fonte di «progresso economico», e il presidio statale dell'economia di mercato come soluzione «migliore degli altri modelli economici ad essa comparabili»⁴¹.

5. – Economia sociale di mercato fortemente competitiva

Dopo la parentesi degli esecutivi socialdemocratici, i Cristianodemocratici tornarono al potere con Helmut Kohl, che aveva inteso riformare la politica economica tedesca in senso più autenticamente ordoliberal. Ciò nonostante, per centrare l'obiettivo, si dovette attendere il ritorno al potere dei Socialdemocratici, che con Gerhard Schröder governarono il Paese per due legislature, tra il 1998 e il 2005.

Se non altro il Cancelliere Kohl ebbe modo di varare la prima definizione legislativa di «economia sociale di mercato», dalla quale ricavare in modo incontrovertibile la sua coincidenza con i dettami ordoliberali della prima ora. Poco prima della riunificazione, avvenuta nell'ottobre 1990, venne infatti concluso il Trattato sull'unione monetaria, economica e sociale tra le due Germanie, dove si esplicitano i fondamenti di quell'unione. E tra questi campeggia proprio l'economia sociale di mercato, definita come l'ordine economico fondato su «proprietà privata, libera concorrenza, libera formazione dei prezzi, e circolazione fondamentalmente libera di lavoro, capitali, beni e servizi»⁴².

Ma torniamo al Cancellierato Schröder. Fu nel corso della seconda legislatura che si marcò in modo deciso l'adesione ai dettami dell'ordoliberalismo. Il programma di governo a cui volle ispirarsi era concentrato sul proposito di «imprimere un nuovo impulso nella lotta alla disoccupazione» attraverso la rottura del compromesso keynesiano: una riduzione della pressione fiscale, da bilanciare con una riforma del sistema della sicurezza sociale destinata a contenere la spesa pubblica. Quanto al mercato del lavoro, lo si sarebbe «modernizzato» promuovendo formazione, autoimprenditorialità, pari opportunità e riforme destinate a combinare «flessibilità» e «sicurezza»⁴³.

⁴¹ *Regierungserklärung von Bundeskanzler Helmut Schmidt* del 17-5-1974.

⁴² Art. 1 *Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik* del 18-5-1990.

⁴³ *Spd - Bündnis 90 Die Grünen Koalitionsvertrag 2002-2006: Erneuerung - Gerechtigkeit – Nachhaltigkeit*, ad es. in www.nachhaltigkeit.info.

Le misure progettate per tradurre simili propositi vennero riassunte sotto la denominazione di «Agenda 2010», formalizzata dal Cancelliere nel corso di un dibattito parlamentare sul programma di governo. Il tutto attuato con un pacchetto di quattro riforme ispiratesi al cosiddetto «concetto Hartz», dal nome di chi ha presieduto la commissione che lo ha elaborato: Peter Hartz, membro del Partito socialdemocratico e all'epoca dirigente della Volkswagen, poi condannato a due anni di reclusione per infedeltà patrimoniale per aver distratto ingenti somme dal bilancio della casa automobilistica.

Di particolare interesse sono i primi due pacchetti, destinati precarizzare e svalutare il lavoro, e il quarto pacchetto, dove sono confluite misure volte a edificare il cosiddetto Stato sociale attivatore: capace di spingere i disoccupati nel lavoro, e dunque di incrementarne la svalutazione.

Con il primo pacchetto di riforme (Hartz I) si è disposto in tema di lavoro interinale, per un verso estendendo le tutele previste per questa forma di impiego, ma per un altro prevedendo la possibilità di derogarvi, quindi rimuovendo i principali ostacoli al suo ricorso abusivo⁴⁴. Il secondo pacchetto (Hartz II) riguarda in particolare la possibilità di instaurare rapporti di lavoro «marginali» (*geringfügige Beschäftigung*), i cosiddetti *Minijob*, se retribuiti 400 Euro al mese, successivamente elevati a 450, e i *Midijob*, se il salario era contenuto entro gli 800 Euro, poi portati a 850⁴⁵.

Il quarto pacchetto (Hartz IV) ha infine inciso sulla sicurezza sociale, una materia nella quale si conoscevano tre forme di intervento perequativo: l'indennità di disoccupazione, agganciata al reddito venuto meno e corrisposta per un certo periodo (*Arbeitslosengeld*), il sussidio di disoccupazione, agganciato anch'esso al reddito venuto meno ma corrisposto senza limiti di tempo (*Arbeitslosenhilfe*), e l'assistenza sociale erogata per consentire a chiunque di condurre «una vita corrispondente alla dignità umana» (*Sozialhilfe*). Ebbene, la riforma ha da lato ridotto drasticamente il termine di corresponsione dell'indennità di disoccupazione, da 32 a 12 mesi, e dall'altro unificato il sussidio corrisposto senza limiti di tempo e l'assistenza sociale, ora chiamati sussidio di disoccupazione II (*Arbeitslosengeld II*)⁴⁶. Nel fare questo si è però eliminata ogni relazione con l'eventuale reddito venuto

⁴⁴ *Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt* del 23-12-2002.

⁴⁵ *Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt* del 23-12-2002.

⁴⁶ *Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt* del 24-12-2003.

meno: l'entità del sussidio dipende da una stima circa le «esigenze normali» (*Regelbedarf*)⁴⁷.

Ma non è tutto. I beneficiari del sussidio di disoccupazione, tra i quali si annoverano anche coloro i quali percepiscono salari inadeguati a consentire loro la conduzione di una vita dignitosa, come i salari previsti per i lavori «marginali», sono tenuti a concludere un vero e proprio contratto di diritto pubblico con cui si impegnano a massimizzare la loro capacità di produrre reddito. Ciò significa che non possono rifiutare offerte di «impiego ragionevole» (*zumutbare Arbeit*), tale anche se di «bassa qualità» in rapporto al grado di istruzione, o «meno vantaggioso» rispetto all'occupazione precedente⁴⁸. Significa poi che la violazione di un simile impegno viene sanzionata, a titolo di inadempimento contrattuale, con la diminuzione e persino la cancellazione del contributo: misure poi ritenute in parziale contrasto con quanto la Corte costituzionale tedesca definisce come «diritto alla garanzia del minimo esistenziale» (*Existenzminimum*)⁴⁹.

Mentre venivano realizzavano le riforme appena illustrate, i tedeschi si sono impegnati in un acceso dibattito concernente il rinnovamento dell'economia sociale di mercato, ovvero la sua rilettura in chiave se possibile ancora più fedele ai dogmi ordoliberali. Si è parlato nel merito di «nuova economia sociale di mercato», espressione utilizzata da Angela Merkel all'epoca del Cancellierato Schröder⁵⁰, a partire da quanto elaborato in seno a un *think tank* che porta esattamente quel nome: Iniziativa nuova economia sociale di mercato (*Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft*)⁵¹.

È soprattutto a livello di Unione europea che si sono accolte le indicazioni formulate in questo ambito, il che non stupisce più di tanto: come è noto, l'avventura europea nel suo complesso nasce e si sviluppa come progetto ordoliberales. Anche a livello europeo, però, l'esplicito richiamo all'economia sociale di mercato è relativamente recente, essendo dovuto al Trattato di Lisbona del 2007. È in quel contesto che compare il richiamo, oltretutto completato con l'inciso «fortemente competitiva» (l'art. 3 Trattato Ue.). È sparito nel contempo il riferimento

⁴⁷ Cfr. *Bundestag-Drucksache*, 17/3404 (26-10-2010), p. 49 ss.

⁴⁸ Per tutti J.R. Karash, *Fünf Jahre Hartz IV. Eine Bilanz*, in «Arbeitsrecht im Betrieb», 2010, p. 168.

⁴⁹ BVerfG, 9-2-2010, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 2010, 175 ss. Da segnalare anche che il 27 maggio 2015 il *Sozialgericht* Gotha ha investito la Corte costituzionale tedesca della questione di legittimità delle sanzioni previste per chi non adempie a quanto prescritto nel menzionato contratto di diritto pubblico.

⁵⁰ Cfr. *Bundestag - Plenarprotokoll*, 15/32, p. 2496 ss.

⁵¹ Cfr. R. Speth, *Die politische Strategien der Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft*, Hans-Böckler-Stiftung Arbeitspapier 96/2004.

all'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza», e questo ha autorizzato i più a ritenere che l'Unione europea intenda ora mediare tra istanze neoliberali e non meglio definite istanze sociali⁵². Peraltro sappiamo oramai che si tratta di un'illusione ottica, la stessa alimentata nella Germania del secondo dopoguerra, dalla quale non dovrebbe a questo punto essere difficile immunizzarsi.

6. – Scontro tra capitalismi e ristrutturazione del debito sovrano

Le vicende che hanno riguardato lo sviluppo dell'economia sociale di mercato in area tedesca devono essere lette alla luce dell'attuale scontro tra modelli di capitalismo. Uno scontro relativamente datato, che ha preso corpo nel momento in cui, cessato con il crollo del Muro il confronto con il socialismo, ci si è finalmente dedicati ai diversi modi di concepire l'ordine economico incentrato sul mercato concorrenziale.

Gli studiosi si sono fin da subito concentrati sulla varietà di capitalismo realizzatasi in area tedesca, indicata come capitalismo renano, ricostruita ricorrendo a dati relativi agli anni ottanta e utilizzata come principale termine di raffronto con quanto fu definito come capitalismo neoamericano. Quest'ultimo era il modello sviluppatosi negli Stati Uniti e nel Regno Unito per effetto delle riforme di Ronald Reagan e Margaret Thatcher, quelle che segnarono la crisi del paradigma keynesiano e il trionfo del neoliberalismo.

Il capitalismo renano viene descritto come dominato da banche che intrattengono relazioni strette con le imprese, e come fondato sull'idea che queste ultime sono comunità complesse bisognose di armonia. Ecco la ragione per cui è tipica di questo modello di capitalismo un'organizzazione del lavoro incentrata sulla cooperazione tra lavoratori e datori di lavoro⁵³. Da ciò un'estesa disciplina delle relazioni industriali basate sulla ricomposizione collaborativa dei conflitti, e a monte sulla stabilità e durata nel tempo dei rapporti di lavoro.

Opposto il capitalismo neoamericano, innanzi tutto in quanto tipicamente le imprese si finanziano attraverso la borsa, e poi perché si percepiscono come comunità conflittuali, nelle quali le relazioni industriali non sono incentrate sul tema della collaborazione tra capitale e lavoro. Il conflitto ispira anche la considerazione

⁵² Ad es. L. Fumagalli, *Sub Art. 3*, in A. Tizzano (cur), *Trattati dell'Unione europea*, 2. ed., Milano, 2014, 18.

⁵³ M. Albert, *Capitalismo contro capitalismo* (1991), Bologna, 1993, 113 ss.

del sistema della sicurezza sociale, che nel capitalismo renano, oltre ad assumere la funzione di fondamento della pace sociale, è anche strumento di emancipazione. Nel capitalismo neoamericano, quel sistema viene invece ritenuto un catalizzatore di inattività e dunque di improduttività⁵⁴: il mercato deve restare il principale strumento per la redistribuzione della ricchezza.

Queste distinzioni tra modelli di capitalismo non sono più attuali. Fin dagli anni Novanta si è infatti documentata una massiccia «americanizzazione» del capitalismo renano, resa evidente in particolare da due fenomeni: l'affermarsi della borsa come canale privilegiato di finanziamento delle imprese, e la flessibilizzazione del rapporto di lavoro⁵⁵. È del resto questa la direzione nella quale spingono con decisione le istituzioni di governo dell'ordine economico internazionale: Banca mondiale e Fondo monetario internazionale.

Provengono dalla Banca mondiale i noti Rapporti *Doing business*, prodotti annualmente al fine di misurare i costi economici della regolamentazione giuridica sopportati dalle imprese nei diversi ordinamenti nazionali. Il tutto per confezionare un *ranking* destinato a premiare gli ordinamenti ritenuti *business friendly*, e a punire quelli che invece non sono ritenuti tali dal punto di vista neoliberale⁵⁶. I parametri utilizzati sono quelli messi a punto dalla Nuova economia comparata e dal movimento di *Law and finance*, sulla scia di quanto già da tempo sostenuto dalla Nuova economia istituzionale: i diritti nazionali che richiedono un numero elevato di adempimenti beneficiano solo i professionisti della politica, i burocrati statali e le imprese da essi supportate. Al contrario, i diritti nazionali che limitano gli adempimenti richiesti beneficiano i mercati, essendo tipici di ordinamenti che «facilitano l'accesso al potere politico» e «pongono maggiori limiti agli organi amministrativi»⁵⁷.

L'impostazione viene evidentemente condivisa dal Fondo monetario internazionale, chiamato a implementarla anche in sede di ristrutturazione del debito sovrano dei Paesi europei, cui partecipa come componente della famosa *Troika*. Il

⁵⁴ Ivi, 71 ss.

⁵⁵ M. Albert, *Capitalismo contro capitalismo*, in V. Castronovo (cur.), *Storia dell'economia mondiale*, vol. 6, Roma-Bari, 2002, 269 ss.

⁵⁶ Il primo rapporto è *Doing Business 2004. Understanding Regulation*, The World Bank, Washington 2004. Da ultimo *Doing Business 2015. Going Beyond Efficiency*, The World Bank, Washington, 2015.

⁵⁷ S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez de Silanes e A. Shleifer, *The Regulation of Entry*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 117, 2002, 1 ss.

tutto per l'esperienza che il Fondo ha maturato in tema di condizionalità, ovvero di riforme strutturali alla cui realizzazione viene subordinata l'assistenza finanziaria. È quanto si sottolinea tra l'altro con riferimento al Meccanismo europeo di stabilità, il cosiddetto *fondo Salva Stati*, che come è noto concede «assistenza finanziaria» ai Paesi indebitati solo se utile a «salvaguardare la stabilità della Zona Euro nel suo insieme», e solo se «soggetta a una rigorosa condizionalità» (art. 136 Trattato FUE)⁵⁸.

Sono finora tre i Paesi dell'Eurozona che hanno ricevuto o che stanno ricevendo assistenza finanziaria dal Fondo Salva Stati: Spagna, Cipro e Grecia. La Spagna ha ottenuto prestiti finalizzati alla ricapitalizzazione del settore finanziario nell'ambito di un programma iniziato nel luglio del 2012 e conclusosi nel dicembre del 2013, sviluppatosi attorno a condizionalità specifiche per il settore bancario. Altri settori sono però entrati in gioco, per effetto delle indicazioni fornite nell'ambito della normale sorveglianza economica e di bilancio esercitata dalla Commissione: tra esse l'invito a limitare la spesa pensionistica e sanitaria, a liberalizzare il settore dei servizi e a riformare il mercato del lavoro per favorire la flessibilità e la moderazione salariale.

Il programma di assistenza finanziaria a Cipro è invece iniziato nel maggio del 2013 e non si è ancora concluso. In questo caso le condizionalità hanno coinvolto direttamente i vari comparti della spesa pubblica, così come i settori in cui occorrevano riforme destinate a sostenere in termini neoliberali l'ordine economico.

Quanto alla Grecia, il programma di assistenza è iniziato nell'agosto del 2015. Si presenta come una prosecuzione di altri programmi già avviati negli scorsi anni dalla Troika, motivo per cui le condizionalità coinvolgono tutti i settori rilevanti per la spesa pubblica⁵⁹.

Prima dell'entrata in funzione del Meccanismo europeo di stabilità, l'assistenza finanziaria ai Paesi in difficoltà è stata assicurata dal Fondo europeo di stabilità finanziaria e dal Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, oltre che da alcuni altri programmi specifici. In tutti i casi si è affiancato il Fondo monetario a presidiare l'impegno a realizzare le riforme strutturali individuate come condizione

⁵⁸ Per tutti E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Pol. dir.*, 2013, 481 ss.

⁵⁹ Tutti i documenti relativi all'assistenza finanziaria di Spagna, Cipro e Grecia si trovano sul sito del Fondo Salva Stati: www.esm.europa.eu/assistance/index.htm.

per l'ottenimento del prestito ed elencate in dettagliati «Memorandum delle politiche finanziarie ed economiche»⁶⁰.

I *Memorandum* seguono tutti un identico schema: includono impegni a diminuire le uscite, a incrementare le entrate e a liberalizzare i mercati, incluso quello del lavoro. Tra gli impegni del primo tipo spiccano le misure volte a contenere la spesa pensionistica e sociale, compresa ovviamente quella per la sanità e l'istruzione, a congelare o ridurre le retribuzioni dei pubblici dipendenti, e in genere a ridimensionare la Pubblica amministrazione. Gli impegni destinati a incrementare le entrate si traducono invece in un programma di privatizzazioni, a cui affiancare un piano di liberalizzazioni, in particolare nei settori dell'energia, delle telecomunicazioni e delle assicurazioni, oltre che nei servizi pubblici locali in genere. Quanto alle riforme del mercato del lavoro, è costante l'impegno a ripristinare più elevati livelli di libertà contrattuale, utili fra l'altro a rimuovere gli ostacoli alla flessibilizzazione e precarizzazione del rapporto di lavoro da un lato, e alla sua svalutazione dall'altro. Il tutto completato dall'indicazione per cui si inciderà sul sistema di relazioni industriali per limitare il potere dei sindacati dei lavoratori, ad esempio promuovendo la possibilità per gli accordi a livello di singola impresa di derogare agli accordi conclusi a livello centrale. Da notare infine gli impegni a incentivare la partecipazione dei lavoratori agli utili di impresa, misura capace di indurre cooperazione e collaborazione tra capitale e lavoro senza il rischio di introdurre forme anche blande di democrazia economica.

La storia economica ci mostra come le fasi di sviluppo del capitalismo siano tutte inscindibilmente legate all'indebitamento, che dunque è una condizione fisiologica di funzionamento dell'ordine proprietario. Ciò nonostante proprio il debito viene ora presentato come una patologia dell'ordine, e il rapporto debitorio come il paradigma delle relazioni tra l'Unione europea e i Paesi membri: relazioni tra impari, sviluppate secondo modalità che rispecchiamo l'interesse del creditore a prostrarle nel tempo al fine di esercitare a lungo, secondo la logica dell'usura, il proprio controllo⁶¹.

⁶⁰ I *Memorandum* sono pubblicati sul sito del Fondo monetario, nello spazio dedicato ai singoli Paesi: www.imf.org/external/country/index.htm.

⁶¹ Cfr. A. Somma, *The Biopolitics of Debt-Economy*, in B. Lomfeld, A. Somma e P. Zumbansen (cur), *Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, Cambridge, 2016, in corso di pubblicazione.

È con queste modalità che si sono ottenute e si stanno ottenendo le riforme cui abbiamo appena fatto cenno. Riforme che hanno interessato e interessano soprattutto i Paesi le cui Costituzioni si riconoscono nel principio della democrazia economica, evidentemente da sacrificare nel nome dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva.



ISSN 2037-6677

2015/4

**Il fascino discreto della competizione. Legami di
solidarietà e pressione competitiva nel processo di
integrazione europea**

**The discreet charm of the competition. Solidarity
bonds and competitive pressure in the European
integration process**

Edmondo Mostacci

Abstract

The economic and financial crisis, mainly in the EU area, profoundly impacted the perception of the role of the Union and the functioning of the institutions. The paper purports to affirm that a lack in solidarity among communities in Europe increases the weight of competition aspects, and that the European constitution itself has a competitive vocation. In order to do so it will analyze: the political integration through the internal market, the neutrality of the Central Bank, the prohibition on bail-out, the debts crisis. Finally, will be retraced the link between the competitive vocation and the resort to the intergovernmental method.

Tag: financial, crisis, EU, competition, solidarity



Il fascino discreto della competizione. Legami di solidarietà e pressione competitiva nel processo di integrazione europea

di Edmondo Mostacci

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'integrazione politica attraverso il *mercato interno*. 3. La necessaria neutralità del banchiere centrale. 4. Il divieto di *bail out* e la competizione tra politiche economiche statali. 4.1. La cd. crisi del debito e il principio di stretta condizionalità. 5. Considerazione conclusive.

1. – Introduzione

La crisi economica e finanziaria, potentemente emersa nel corso del 2007 e perdurante, pur secondo un'evoluzione non perfettamente lineare, ancora al termine del 2015, ha investito in misura assai significativa l'Unione europea (UE) e, in particolare, l'Unione economica e monetaria (UEM). Questa incidenza di carattere più generale, che ha necessitato un processo di riforma ampio e non ancora terminato, non ha mancato di inerire a due direttrici, distinte ma non per questo prive di forti correlazioni, entrambe relative al livello di solidarietà o, all'inverso, di competizione connaturato all'architettura complessiva dell'Unione.

In primo luogo, la crisi ha inciso profondamente sul modo di guardare all'Unione di larghi strati delle cittadinanze europee. Se in una grande parte dei Paesi dell'Europa unita, il processo *lato sensu* federativo è stato per molti anni un potente aggregatore di energie morali ed intellettuali, l'orizzonte di senso dell'operato di larga

parte delle classi dirigenti e uno dei più stabili centri di gravità dell'indirizzo politico perseguito dagli organi istituzionalmente competenti, al termine della prima decade del nuovo millennio tale panorama ha subito una profonda trasformazione: per un verso il dibattito pubblico ha iniziato ad interrogarsi con maggiore consapevolezza sui costi e le rinunce derivanti dalla *more perfect union* al di qua dell'atlantico e a porre il progredire dell'integrazione non più come una finalità valida in sé, ma come scopo da perseguire in quanto compatibile con altre esigenze, a partire dal mantenimento di un certo tenore di vita per i cittadini del proprio Paese; per l'altro, tale mutamento di paradigma si è accompagnato, specie (ma non esclusivamente) negli ordinamenti della fascia mediterranea, alla crisi dei partiti tradizionalmente europeisti, a tutto vantaggio di soggetti il più delle volte di nuova costituzione e accomunati dall'aperto scetticismo circa la desiderabilità di forme ulteriori di integrazione e dalla corrosiva critica al frutto dell'integrazione già compiuta¹.

Dal punto di vista del radicamento sociale del progetto di integrazione, inoltre, l'autopercezione dei singoli cittadini europei circa la partecipazione a un'unica comunità politica sovranazionale, come messo in luce dai dati semestralmente raccolti da Eurobarometro², ha subito nell'ultimo lustro un significativo decremento, solo parzialmente compensato da una recente inversione di tendenza.

La seconda direttrice riguarda il versante istituzionale: la crisi ha evidenziato come la complessiva costruzione europea sia permeata soprattutto da istanze competitive, le quali derivano a loro volta tanto dalla strategia di integrazione interordinamentale attraverso il mercato interno – preconizzata sin dagli anni settanta dalla Corte di giustizia³ e, da Maastricht in avanti, apertamente perseguita dai diversi attori coinvolti⁴ – quanto dai fondamenti economico-politici posti a fondamento della costruzione complessiva.

¹ Il p.to è analizzato con dovizia di particolari nei contributi raccolti nella sezione monografica *I partiti antipartito nella crisi della rappresentanza politica*, pubblicata sul n. 3/2015 di *Dir. pubbl. comp. eur.*, pp. 581 ss., alla quale si rimanda.

² Disponibili all'url ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/Survey/index#p=1&instruments=STANDARD

³ V. J.H. Weiler, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of Free Movement of Goods*, in P. Craig, G. De Burca (Eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1998, 349 ss.

⁴ Sul p.to, v. M.E. Streit, W. Mussler, *The Economic Constitution of the European Community: From "Rome" to "Maastricht"*, in *Eur. L.J.*, 1995, 5 ss.

Almeno in prospettiva funzionalista, nel disegno originario, queste istanze competitive avrebbero dovuto trovare il proprio naturale riequilibrio in quella che si definiva una spontanea convergenza tra i singoli sistemi economici nazionali. In particolare, quest'ultima sarebbe dovuta essere il prodotto del co-agire di tre distinti fattori e di quello che è considerato il loro necessario corollario: da un lato il mercato comune, la moneta unica e l'implementazione di politiche fiscali virtuose; dall'altro politiche economiche strutturali incentrate sul buon funzionamento del mercato concorrenziale, in entrambe le sue articolazioni fondamentali (prodotti e fattori della produzione)⁵. Tuttavia, negli anni successivi all'adozione della moneta unica, gli andamenti macroeconomici dei diversi Paesi aderenti all'EMU hanno mostrato una evidente dinamica divergente che, con lo scoppio della crisi, non soltanto si è ripercossa sul versante finanziario – originando la cd. crisi del debito sovrano e destabilizzando la stessa costruzione sottesa alla moneta unica – ma ha pure esaltato gli elementi di competizione che già caratterizzavano il disegno complessivo, facendone la cifra essenziale delle innovazioni nella *governance* europea dello scorso lustro.

I due piani ai quali ci si è testé riferiti – vale a dire quello più propriamente politico-sociale e quello istituzionale – non sono del tutto irrelati. Al contrario, si influenzano vicendevolmente, motivo per il quale i diminuiti legami di solidarietà tra le diverse comunità politiche europee, tanto dal punto di vista obiettivo che da quello non meno rilevante dell'autopercezione, accrescono l'impatto degli elementi di competizione e ne rafforzano il ruolo; al contempo, questi ultimi retroagiscono sui primi, enfatizzandone la sensazione e, di conseguenza, la portata.

All'interno di questa macrocornice, lo scopo del presente contributo è quello di offrire una chiave di lettura delle innovazioni istituzionali della *governance* dell'UEM e dei suoi presupposti, incentrata sulla prevalenza – da un punto di vista strutturale – delle dinamiche competitive sull'operare di istituti volti a preservare e implementare i legami di solidarietà tra i diversi tasselli della costruzione europea. A tal fine, si affronteranno essenzialmente tre questioni. In primo luogo, ci si soffermerà sulle conseguenze che derivano dalla strategia incentrata sul mercato comune prescelta per l'integrazione ordinamentale (par. 2); successivamente, lo sguardo verrà rivolto a

⁵ V. J.A. Frankel, A.K. Rose, *The Endogeneity of the Optimum Currency Area Criteria*, in *The Economic Journal*, 1998, p. 1009.

due elementi che qualificano l'UEM, quale sostanziale “avanguardia” dell'UE: la posizione della Banca centrale europea (BCE), chiamata a attuare una precisa regola monetaria (par. 3), e il divieto di *bail out* (par. 4), con le sue più recenti trasformazioni (par. 4.1). Il par. 5, infine, cercherà di trarre le somme del percorso ricostruttivo precedentemente offerto e svilupperà quindi alcune riflessioni di carattere conclusivo.

2. – L'integrazione politica attraverso il *mercato interno*

Il nerbo competitivo della costruzione comunitaria si sviluppa in primo luogo in conseguenza della scelta di costruire un ordinamento sovranazionale per il tramite del *mercato interno*.

Per la precisione, non si tratta del semplice rilievo che, sin dal tempo del trattato di Roma, il *mercato comune* ha avuto nella costruzione della comunità economica europea. In origine, infatti, la costruzione tripartita – CECA, CEE, CEEA – mostrava un atteggiamento tutt'altro che monolitico rispetto al rapporto Stato-mercato e, quindi, al tema dell'intervento pubblico nell'economia e a quello non meno rilevante della politica economica. Da un lato, in una pluralità di settori, a partire da quello carbossiderurgico⁶, i poteri di stampo pubblicistico di direzione del mercato e di correzione dei quei suoi esiti socialmente indesiderabili permangono pressoché intatti, per quanto soggetti a forme anche penetranti di coordinamento sovranazionale. Dall'altro, l'integrazione dei singoli mercati nazionali in un'unica struttura comune, denominata *mercato europeo comune*, ha conosciuto un processo evolutivo segnato da una pluralità di fasi che non è possibile ripercorrere in questa sede con la calma e la precisione che sarebbero opportune. Sia quindi sufficiente rammentare almeno quelle che sembrano essere le due tappe di maggiore rilievo di questo processo. Si allude in primo luogo agli sviluppi della giurisprudenza *Dassonville*⁷, con la quale la Corte di giustizia, soprattutto in seguito a *Cassis de dijon*⁸, ha fornito un'interpretazione degli art. 28 e 30 del TCE (oggi art. 34 e 36 TFUE) ostativa nei confronti di gran parte delle ipotesi di regolazione pubblica delle attività

⁶ Sul p.to v., ad esempio, M. Pilotti, *C.E.C.A. (Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio)*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. III, Torino, 1961, 76 ss.

⁷ Corte giust., sent. 11-7-1974, causa c-8/74.

⁸ Corte giust., sent. 20-2-1979, causa c-120/78.

economiche, con ciò alterando in misura significativa il rapporto tra Stato e mercato sotteso ai trattati istitutivi delle tre comunità, a tutto beneficio del secondo di questi termini. In secondo luogo, viene in rilievo la decisione – assunta dapprima con la direttiva del Consiglio 88/361/CEE, del 24 giugno 1988 e, poi, definitivamente consacrata nel diritto primario con il Trattato di Maastricht – che ha parificato, a far data dal 1 luglio 1990, la libera circolazione dei capitali, senza alcun genere di specifica restrizione, alle altre libertà comunitarie.

Questa complessiva evoluzione pone il mercato comune in una posizione strategica, sia in prospettiva statica, sia soprattutto dal punto di vista del processo di integrazione sovranazionale.

In prima istanza, come accennato, si modifica il rapporto Stato-mercato in senso assai favorevole al secondo di tali termini: la *taxis* sottesa all’approccio ai rapporti economici del trentennio successivo alla seconda guerra mondiale finisce per lasciare spazio ad una visione incentrata sulla tendenziale autosufficienza del *cosmos*⁹. Ciò si riflette, tra l’altro, nel progressivo scivolamento, per ciò che concerne il governo delle istituzioni comuni, da un’idea di progressiva e perfettibile legittimazione dal basso¹⁰, verso un paradigma a ciò alternativo, incentrato sull’*output* e quindi sulla bontà del risultato complessivo¹¹. Di conseguenza, si modifica a tutto vantaggio del secondo termine anche il rapporto tra teologia politica e *praxis* tecnica.

Da un punto di vista diacronico, questo rovesciamento non è a sua volta privo di specifiche conseguenze: da questo momento, il processo di integrazione sovranazionale è chiamato a svilupparsi attraverso il mercato e il suo rafforzamento, a discapito del ruolo giocato dagli Stati e soprattutto dai decisori politici nazionali¹², il cui primo compito, per ciò che concerne lo sviluppo della costruzione europea, è quello di non intralciarne il “naturale” sviluppo.

⁹ Si riprende sul punto la nota terminologia usata da F.A. von Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, London, 1973.

¹⁰ Emblematica, a questo proposito, la visione di Altiero Spinelli, espressa in numerosi scritti, oggi raccolti nel volume *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa*, Mulino, 1989.

¹¹ V. K. Tuori, *La Constitution économique parmi les constitutions européennes*, in *Rev. Internat. Dr. Éc.*, 2011, 587.

¹² Si noti come ciò operi un radicale rovesciamento della cifra essenziale del costituzionalismo democratico. Laddove questo si era caricato sulle spalle il compito rivoluzionario di sottoporre la sfera dell’economico – e il potere ad esso immanente – alla “*vis* ordinante” – e cioè limitatrice e distributrice – della Costituzione (v. M. Luciani, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 160 ss.), l’integrazione attraverso il mercato marginalizza lo Stato in quanto vettore politico, per embricare l’ordine attorno alla formula – invero economicistica più che economica – del *cosmos*.

A ben vedere, non si tratta soltanto di una conseguenza del mutare dei tempi a cavallo di accadimenti – a partire dal crollo di *bretton woods* e dalla prima crisi petrolifera – che hanno determinato un vero e proprio riorientamento gestaltico nella visione economico-politica egemone del mondo occidentale. Piuttosto, tale riorientamento ha offerto una nuova prospettiva capace di recidere il nodo gordiano costituito dall'inconciliabilità di due necessità reciprocamente contraddittorie: quella scaturente dal processo di rafforzamento della costruzione comunitaria di accrescere i poteri e le funzioni del livello sovranazionale in materie politicamente sensibili e quella, all'opposto derivante dalla piena realizzazione del principio democratico, di allocare poteri e funzioni in quelle stesse materie in favore di soggetti pienamente rappresentativi. Da questo punto di vista, il superamento della politicità della dimensione statuale, grazie a una rinnovata fiducia nelle capacità autoregolatrici e allocative del mercato, ha permesso di procedere sulla strada dell'integrazione, in assenza di una comunità politica europea sufficientemente strutturata al fine di sorreggere processi democratici e partecipativi di livello sovranazionale.

In buona sostanza, il potenziamento del ruolo del mercato comune o interno ha costituito il fulcro del processo di integrazione comunitaria, almeno dalla seconda metà degli anni settanta, e ha probabilmente consentito di addivenire a un livello di reciproca interdipendenza tra i tasselli nazionali di cui l'Unione si compone altrimenti irraggiungibile. Parimenti, esso ha anche permesso di perseguire livelli di armonizzazione giuridica, grazie sia all'adozione di atti di diritto derivato, sia al ruolo omogeneizzante di procedure di coordinamento *soft* come il quelle del *metodo aperto*¹³, sia infine all'accresciuto ruolo di regolatori tecnici, a loro volta strutturati in reti articolate attorno a un coordinatore continentale¹⁴.

Se tali risultati sono stati innegabilmente colti, poco proficuo sarebbe negare le conseguenze che sono scaturite da questo indirizzo strategico dal punto di vista dei legami di solidarietà sottesi alla costruzione complessiva. Si tratta, al contrario, di una questione cruciale al fine di comprendere appieno le dinamiche che hanno caratterizzato i più recenti sviluppi dell'UE e della sua *governance*.

¹³ Sul p.to v. S. Deroose, D.K. Hodson, J. Kuhlmann, *The Broad Economic Policy Guidelines: Before and after the Re-Launch of the Lisbon Strategy*, in *J. Comm. Mkt Stud.*, 2008, 827 ss.

¹⁴ Sul tema v. C. Franchini, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 659 ss.

L'analisi in merito si dipana a partire da alcuni assunti in merito alla macrostruttura dell'Unione, la quale può essere alternativamente vista come spazio unitario, speculare ad un mercato unico ormai privo di frontiere e, almeno a nell'area euro, di segmentazioni, o, al contrario, come costruzione complessa in cui coesistono il mercato interno e appartenenze nazionali ancora significative. Nel primo caso, l'Unione e il suo mercato vedono di fronte a sé una serie di operatori – privati cittadini, imprese, istituzioni pubbliche – privi di legami specifici di carattere territoriale, i quali dal punto di vista economico competono e raggiungono accordi di carattere sinallagmatico, con l'ovvia eccezione di quanto posto in essere, per le finalità di pubblico interesse ammesse dai trattati, dalle istituzioni pubbliche.

Nel secondo caso, lo schema finisce per essere decisamente più complesso. Per un verso, ciascun soggetto è chiamato a relazionarsi e, nel mercato interno, a competere con operatori di diversi Paesi, come nello schema sopra delineato. Per altro verso, questa competizione si incrocia con le singole appartenenze nazionali. Di conseguenza, la capacità di ciascun agente di stare sul mercato interno è direttamente condizionata dal sistema economico di appartenenza e dalle sue *performances*: giusto per limitarsi a qualche esempio più significativo, la capacità di questo di formare capitale umano, di fornire le infrastrutture essenziali, di erogare i necessari servizi pubblici ad un costo – che si ripercuote sulla fiscalità e quindi sull'onere tributario imposto a ciascuno – competitivo, di rendere disponibile credito ad un tasso di interesse moderato, e via dicendo. Inoltre, è necessario sottolineare come, a sua volta, il sistema economico nazionale necessiti di operatori economici dinamici e capaci di farsi valere sul *mercato interno*: in caso contrario, la perdita di rilievo sul mercato europeo si ripercuote sul reddito dell'intero sistema, con conseguenze di varia natura che vanno dalla perdita di risorse da impiegare in investimenti e spese produttive, alla maggiore incidenza dei costi dell'operatore pubblico sulla più ristretta platea di soggetti economici competitivi¹⁵.

In buona sostanza, la scelta strategica di perseguire l'integrazione attraverso il mercato interno ha sicuramente inciso in senso riduttivo sul *ruolo* giocato – almeno nei rapporti economici – dallo Stato apparato; al contempo, esso ha tutt'altro che esaurito il *rilievo* dello Stato-comunità e dello stesso operato dei poteri pubblici. Di

¹⁵ V. W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000, 3 ss.

conseguenza, la competizione che caratterizza il mercato interno – e che concerne in prima battuta gli operatori economici che sul mercato si muovono – si riflette in misura altrettanto significativa sui sistemi economici nazionali, ognuno chiamato a migliorare le proprie *performances* sia in termini assoluti, sia e soprattutto in termini relativi (e cioè, nel confronto con gli altri tasselli statuali dell’Unione). Ciò conduce a una contraddizione drammaticamente emersa con la cd. crisi del debito e a cui una delle innovazioni più significative nella *governance* economica europea – e cioè la procedura per gli squilibri macroeconomici – cerca di porre rimedio: la competizione tra gli agenti nel mercato interno è fortemente influenzata da quella tra sistemi economici nazionali e può concretamente funzionare a beneficio del complessivo sistema solo laddove la seconda si mantenga entro un certo equilibrio. A sua volta, però, questo equilibrio è continuamente minacciato e reso instabile sia dalla competizione stessa tra i sistemi nazionali, sia dall’incidenza su questa della competizione degli agenti economici.

3. – La necessaria neutralità del banchiere centrale

La struttura competitiva della costruzione europea emerge in modo particolarmente evidente a livello di UEM, la cui struttura mostra alcune peculiarità degne di grande considerazione. Tra queste, un ruolo di primo piano è rivestito dalla posizione della BCE e del Sistema europeo di banche centrali (SEBC).

La posizione di indipendenza della BCE e la sua devozione alla stabilità monetaria sono note, al punto da poter essere date per scontate in questa sede: per un verso, al SEBC non è consentito né accettare né sollecitare alcun tipo di istruzione da organi di governo della Comunità o degli Stati aderenti; per l’altro, ciò è primariamente volto a garantire che la politica monetaria perseguita sia volta alla garanzia dell’obiettivo principale, normativamente indicato, senza che essa sia distolta da quest’ultimo, in favore di scopi diversi e individuati da un qualche decisore politico, europeo o nazionale. Anzi, come sottolineato da autorevole dottrina, all’interno dell’architettura disegnata a Maastricht la stabilità dei prezzi è innalzata a vera e propria *grundnorm*¹⁶ dell’UEM.

¹⁶ V. A. Manzella, *Il «vincolo europeo» sul governo dell’economia*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 1489.

Questa scelta è sicuramente coerente con gli assunti economici e politici posti alla base dell'UEM – e sostanzialmente condivisi oggi da tutta la complessiva costruzione europea – derivati dalle teorizzazioni di una specifica scuola del pensiero economico¹⁷. Infatti, e in estrema sintesi, il paradigma articolato dalla *New Classical Macroeconomics* (NCM) respinge recisamente l'approccio al governo dell'economia dei “trenta gloriosi” per esaltare, di converso, l'insostituibile contributo alla crescita economica degli operatori privati¹⁸. Di conseguenza, alla luce dello schema teorico della NCM, la migliore politica economica possibile è quella che mette i singoli soggetti privati nella condizione di meglio svolgere il proprio indefettibile ruolo e, in particolare, di operare le previsioni più accurate possibili sullo sviluppo del contesto economico, onde meglio calibrare le proprie strategie e scelte di investimento. In altre parole, per un verso le politiche discrezionali sono da evitare poiché prive di effetti benefici, in quanto finiscono, al più, per indurre in errore gli agenti economici; per l'altro, la politica monetaria deve favorire l'equilibrato sviluppo diacronico dei valori monetari e quindi garantire la stabilità del tasso d'inflazione, modificando, possibilmente attraverso formule prestabilite e condivise con la platea dei soggetti interessati, il tasso di interesse.

Tuttavia, la coerenza con i dettami della scuola del pensiero economico più influente dell'epoca in cui l'UEM è stata progettata e successivamente implementata non è di per sé una ragione in grado di rendere compiutamente conto delle motivazioni sottese alla particolare posizione di autonomia della BCE e alla primazia della stabilità monetaria. Anzi, al contrario, sembra corretto sottolineare come vi sia una corrispondenza – quasi dei «longs échos qui de loin se confondent» – storicamente fondata tra gli assunti della NCM e le necessità scaturenti da quel processo di integrazione europea attraverso il mercato interno di cui si è detto al paragrafo precedente. In altre parole, oltre ad essere il frutto del momento storico e della particolare evoluzione del ciclico susseguirsi di paradigmi interpretativi della realtà economica, il ruolo centrale della NCM è anche la specifica conseguenza delle dinamiche dell'integrazione, in quanto gli assunti di tale scuola del pensiero economico permettevano un sufficiente livello di ottimismo quanto alla realizzabilità

¹⁷ Sul p.to, v. tra i molti A. Verde, *Unione monetaria e nuova governance europea*, Roma, 2012.

¹⁸ Sulla NCM, V. E. Marelli, *Scuole macroeconomiche ed il dibattito di politica economica*, Torino, 1997, 121 ss.

della Unione monetaria e, nello specifico, di fornire una risposta soddisfacente ad alcune istanze fondamentali, legate a doppio filo con il carattere genuinamente competitivo dell'architettura istituzionale in costruzione, che se non soddisfatte avrebbero minato alla base la possibile riuscita del progetto.

In particolare, la scelta in favore di un'istituzione sovranazionale, cui affidare la politica monetaria dell'UEM, in posizione di marcata indipendenza risponde all'esigenza, evidentemente ineludibile all'interno di un contesto caratterizzato dalla chiara prevalenza della pressione competitiva sui legami di solidarietà, di avere un banchiere centrale strettamente neutrale rispetto al confronto tra i sistemi economici nazionali e al loro esito. Parimenti, la stessa logica innerva ancor più candidamente la decisione di legare strettamente ogni futura decisione dell'autorità centrale a una regola monetaria, costruita attorno al mantenimento dell'inflazione al di sotto, ma vicina, al 2% annuo. Una maggiore discrezionalità della BCE nel comporre esigenze potenzialmente confliggenti, sulla falsariga di quanto posto in essere, ad esempio, dalla FED – che compenetra le esigenze di contenimento dell'inflazione con quelle derivanti dalla piena occupazione e dalla disponibilità di credito ad un costo sufficientemente contenuto per i diversi soggetti dell'economia americana – avrebbe revocato in dubbio la posizione di neutralità soggettiva, e quindi l'indipendenza, della BCE. Al contempo, una qualunque scelta discrezionale si sarebbe dimostrata nei fatti più favorevole ad alcuni Paesi dell'Unione e meno favorevole per gli altri; e ciò avrebbe inibito la neutralità oggettiva dell'istituzione¹⁹.

In prospettiva storica, l'esigenza di neutralità appare senz'altro più pregnante ed esplicativa della semplice conformità al paradigma interpretativo offerto da una scuola economica egemone nel periodo ma destinata, con ogni probabilità, ad essere superata da visioni con essa contraddittorie, in virtù dell'evoluzione non solo della scienza economica ma anche dello stesso oggetto che quest'ultima si propone di studiare ed esplicare.

¹⁹ Il termine neutralità viene inteso nel senso di equidistanza – oggettiva e soggettiva – rispetto alla competizione tra i singoli sistemi economici. Non è certo, invece, assenza di politicità del ruolo del Banchiere centrale, pur costretto all'interno della regola monetaria del 2%, e di irrilevanza dal punto di vista delle politiche economiche perseguibili e concretamente perseguite. Sul p.to v. A. Predieri, *Non di solo Euro. Appunti sul trasferimento di poteri al Sistema europeo delle Banche centrali e alla Banca centrale europea*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, p. 27 ss.

D'altra parte, l'esperienza del primo quindicennio di lavoro effettivo dell'istituzione conferma il ruolo imprescindibile della neutralità del banchiere centrale: sinché l'applicazione della regola del 2%, per il tramite di operazioni ortodosse di politica monetaria sostanzialmente incentrate sul principio di Taylor, è stata sufficiente a guidare l'opera della BCE e a raggiungere risultati ritenuti soddisfacenti, l'architettura istituzionale ha svolto appieno il suo ruolo e si sono evitate frizioni di qualche rilievo all'interno del Comitato esecutivo e del Consiglio direttivo o tra i diversi soggetti che compongono il SEBC. Viceversa, il quadro è mutato in modo significativo con l'emergere della crisi, soprattutto con i recenti acquisti di titoli, finalizzati a scongiurare il rischio deflazione, lanciati tra la seconda parte del 2014 e il gennaio 2015 (cd. *quantitative easing* della BCE)²⁰.

4. – Il divieto di *bail out* e la competizione tra politiche economiche statali

La natura intimamente competitiva dell'UEM è inoltre testimoniata da alcune regole sostantive concernenti il rapporto tra Stati nazionali e istituzioni dell'Unione.

In primo luogo, è da considerarsi il divieto di *bail out*, sancito dall'art. 125 del TFUE. Esso ha una sua specifica ragion d'essere – come messo in luce dalla dottrina²¹ – nel dare credibilità alle *fiscal rules* attraverso le quali è perseguita l'integrazione negativa delle politiche di bilancio. In buona sostanza, se la costituzione finanziaria europea prescrive finanze pubbliche nazionali virtuose – nel senso di tenute indenni da debito e indebitamento eccessivi – il divieto in parola serve a veicolare a tutti i soggetti interessati il messaggio per cui la partecipazione ad una stessa area valutaria non esime ciascun Paese dal tenere fede, ovviamente in via esclusiva, ai propri debiti.

Si tratta di un messaggio rivolto a tre diverse categorie di soggetti.

Il primo destinatario del messaggio è costituito dai singoli Stati membri, i quali sono così chiamati a condurre la propria politica di bilancio avendo ben presente la necessità di rimborsare autonomamente i debiti contratti alla loro scadenza, senza

²⁰ Sul Q.E. della BCE sia consentito il rinvio a E. Mostacci, *Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche della separazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 221 ss.

²¹ V. M.L. Tufano, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, 505 ss.

cultivare illusioni circa una mutualizzazione delle passività sovrane a livello di eurozona, foriera di forme ancorché atipiche di *moral hazard*.

Secondo destinatario del divieto sono le opinioni pubbliche dei Paesi storicamente caratterizzati da finanze pubbliche “non avariate”, le quali erano ovviamente preoccupate dalla prospettiva di doversi fare carico delle passività accumulate dal decisore politico di ordinamenti spesso inclini a utilizzare il *deficit* più come strumento di rimozione delle questioni allocative in materia di spesa che come leva di politica economica propriamente detta²². Si tratta di un punto facilmente comprensibile, anche se questa narrativa ha talvolta nascosto divergenze culturali profonde tra Paesi europei circa il ruolo di debito e inflazione all’interno dell’indirizzo di politica economica.

Il terzo e forse più importante destinatario è costituito dai mercati. Almeno nella prospettiva primigenia, l’incerta definizione dei meccanismi di *enforcement* da parte del cd. *braccio correttivo* del Patto di stabilità e crescita avrebbe trovato una compensazione più che adeguata nel corretto funzionamento dei meccanismi di mercato²³. Al posto di una incerta valutazione politica, rimessa a sedi istituzionali eccessivamente permeabili ad istanze irriducibili alla fredda analisi economica, la sostenibilità della politica di bilancio messa in atto da un certo Stato membro è affidata al giudizio dei mercati finanziari, i quali assorbirebbero – questa la tesi – solo titoli del debito pubblico il cui tasso di interesse sia sufficientemente elevato da compensare il rischio di *default* anche solo parziali, con chiari incentivi ai decisori pubblici in senso contenitivo di debito e indebitamento. Tuttavia, presupposto indefettibile affinché i mercati operino in concreto questa valutazione è che non vi siano meccanismi di supplenza nel caso in cui il Paese in questione abbia difficoltà a onorare il proprio debito alla scadenza. La garanzia di tale ultimo presupposto costituisce la *ratio* fondamentale del divieto di *bail out*.

La vocazione del divieto di *bail out* che si è appena esposta è altresì confermata da alcune ulteriori circostanze. In primo luogo, è necessario considerare l’art. 125 nella sua interezza. Esso, dopo avere fatto divieto all’Unione di rispondere o di farsi

²² Sul tema, per un breve raffronto tra Italia, Germania e Francia negli anni ‘70, v. S. Rossi, *La politica economica italiana 1968-2007*, Roma-Bari, 2007, 43 ss.

²³ Sul p.to v. Corte giust., sent. 13-7-2004, causa C-27/04, *Commissione c. Consiglio*. Sul tema, tra i molti, in dottrina v. G. Della Cananea, *Dal vecchio al nuovo Patto di stabilità*, in *GDA*, 2004, 221 ss.

comunque carico degli impegni assunti dalle amministrazioni nazionali, precisa che gli Stati membri «non sono responsabili né subentrano agli impegni» delle stesse debitorici, con una sottile variazione lessicale: entrambi – Unione e Stati membri – non sono responsabili; la sola Unione *non si fa* neppure *carico*, mentre gli Stati *non subentrano*. Vi è in buona sostanza la possibilità per un singolo ordinamento di concedere un ausilio ad un altro membro della comunità in momentanea difficoltà finanziaria; tuttavia, sarà questa una sua scelta libera, *individuale* e slegata dalla condivisione della stessa valuta.

Il secondo elemento da tenere in considerazione è invece dato dalla possibile e parziale eccezione al divieto in parola. A norma dell'art. 122, c. 2, del TFUE, infatti: «Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio» può concedere assistenza finanziaria.

In particolare, pregno di significato sembra essere il presupposto ineludibile per cui la difficoltà, a cui l'aiuto corrisponde, debba essere causata o da calamità naturali o da altre “circostanze eccezionali” che si caratterizzano per la totale non riconducibilità alle scelte del decisore pubblico in materia di politica economica. Ancora una volta, il messaggio al debitore e ai mercati è coerente con quanto disposto dall'art. 125: se il *default* è dovuto a una politica di bilancio non sufficientemente prudente, non vi sarà intervento suppletivo delle istituzioni europee, BCE in testa.

Lo schema appena delineato trova poi ulteriore conferma nel divieto recato dal primo comma dell'art. 123 di concedere facilitazioni creditizie alle amministrazioni pubbliche.

Il meccanismo teso a funzionalizzare ad esigenze di stabilità dell'area monetaria il controllo dei mercati sulle finanze pubbliche nazionali ha il proprio architrave nella definizione del tasso di interesse ad opera di questi stessi soggetti, sulla base delle aspettative in merito al rischio di credito scaturenti dalla politica di bilancio. Ciò ha richiesto l'ulteriore garanzia a che non tornassero alla ribalta le strategie di supporto del banchiere centrale alla finanza pubblica nazionale. Infatti, acquisti dei titoli rimasti invenduti sul mercato, eventuali scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, nel ridurre l'offerta effettiva di titoli del debito

pubblico, determinano un calo del prezzo e cioè del tasso di interesse offerto dal Tesoro agli acquirenti di titoli di Stato. In particolare, si vogliono evitare prassi come quella che ha caratterizzato tra gli altri anche il nostro Paese prima del divorzio del luglio 1981²⁴, per le quali la Banca centrale interviene al termine delle aste di collocamento acquistando tutti i titoli rimasti invenduti, al tasso di interesse deciso dall'emittente, le quali sposta(va)no recisamente l'equilibrio tra lo Stato (debitore) e il mercato (finanziario) a evidente beneficio del primo di detti termini.

Ultimo tassello di questa breve ricognizione è costituito dall'ultimo periodo dell'art. 123, c. 1, il quale fa esplicito divieto alla BCE di acquistare titoli del debito pubblico sul cd. mercato primario, onde evitare aggiramenti del divieto di concedere facilitazioni creditizie alle amministrazioni pubbliche. Tale previsione, ancora una volta, enfatizza il ruolo del mercato e degli operatori privati nei confronti degli Stati emittenti. In particolare, nell'attuale fase obbliga la BCE a coinvolgere – e, tra l'altro, a remunerare²⁵ – gli intermediari finanziari nella sua opera di acquisto dei titoli sovrani nell'ambito del cd. *quantitative easing*.

Il divieto di *bail out*, per come lo si è ricostruito nelle pagine precedenti, comporta tre conseguenze di rilievo dal punto di vista della prevalenza, nella struttura dell'UEM, di elementi di competizione tra i sistemi economici nazionali sui legami di solidarietà.

La prima, più evidente e immediata conseguenza del divieto è il rifiuto in via di principio di mutualizzazione del debito sovrano: ciascun ordinamento è responsabile delle passività accumulate negli anni e i trattati dichiarano che mai altri Stati o le istituzioni europee, in virtù della condivisione della stessa moneta, saranno chiamati a sopportarne il peso e a rimborsare prestiti contratti da altri.

Il secondo esito deriva dalla scelta di avere lasciato ciascuno Stato “solo di fronte ai mercati”. Ciò per un verso ha inciso nei rapporti tra potere pubblico e operatori economici a consolidamento evidente della posizione dei secondi. Per l'altro, ciascun Paese è chiamato a competere con gli altri per mostrarsi quanto più

²⁴ Sul quale v. G. Carli, *Cinquanti anni di vita italiana*, Roma-Bari, 1996, 427 s. V. anche la testimonianza di uno dei due protagonisti, il ministro del Tesoro dell'epoca, B. Andreatta, *Il divorzio tra Tesoro e Bankitalia e la lite delle comari, uno scritto per il Sole del 26 luglio 1991*, ora sul sito del Sole24ore, all'url www.ilsole24ore.com/fc?cmd=art&artId=891110&chId=30.

²⁵ Il punto non è, tra l'altro, privo di implicazioni. Sia ancora consentito rinviare a E. Mostacci, *Alla maniera di Asghar Farhadi*, cit., 233 ss.

possibile sicuro dal punto di vista dell'investitore, con potenziali ma evidenti ricadute circa gli equilibri finanziari e soprattutto per l'indirizzamento della spesa a favore di attività immediatamente produttive. In altre parole, la prospettiva dell'operatore pubblico, nella gestione della politica fiscale, finanziaria e di bilancio, è chiamata ad aderire e a schiacciarsi su quella degli investitori privati, con conseguenze il cui carattere strettamente positivo è ancora tutto da dimostrare.

Infine, la terza conseguenza incide sulla stessa funzionalità della UEM.

Il punto può essere compreso in seguito ad alcuni semplici ma concatenati passaggi. Punto di partenza, di cui si è già dato conto, è la necessità dello Stato di finanziarsi sul mercato finanziario, senza ausilio da parte della banca centrale. Questo, come visto, comporta che ciascun Paese paga sui titoli emessi dal Tesoro un tasso di interesse proporzionato al proprio rischio di credito. Ciò tuttavia non incide soltanto sul costo del debito pubblico. Infatti, i soggetti che svolgono l'indispensabile funzione di offrire crediti all'economia reale sono banche nazionali o locali, per le quali il rischio Paese – scontato sul mercato internazionale – è un presupposto implicito della propria attività di impresa. Di conseguenza, nessun istituto finanziario ha alcun tipo di incentivo a fornire credito a un'azienda o a una famiglia a condizioni più vantaggiose di quelle praticate allo Stato di appartenenza: se i titoli del debito pubblico spagnolo offrono un rendimento del 5% annuo, abbiamo la certezza che le banche che operano nel Paese praticheranno a tutti gli altri operatori ivi stabiliti tassi di interesse superiori al 5%.

Questa semplice regola è foriera di numerosi risultati. In primo luogo, dimostra al di là di ogni speculazione che le *performances* dell'attore pubblico incidono in misura significativa sui costi della produzione di aziende che poi sono chiamate a competere sul mercato interno dell'UE: l'azienda del Paese A, i cui tassi di interesse sono per ipotesi del 4% più alti, dovrà competere con quella del Paese B, i cui tassi sono inferiori, con ovvie e divergenti conseguenze sulla competitività di entrambe.

Inoltre, e più drammaticamente, divergenze nei tassi di interesse sui titoli pubblici mettono fuori giuoco i meccanismi di trasmissione della politica monetaria: il tasso ufficiale di sconto praticato dalla BCE alle banche dell'eurozona finisce per incidere assai meno del dovuto sul tasso di interesse praticato da queste ultime nei rispettivi sistemi economici. Si badi che ciò non incide soltanto sulla capacità del

banchiere centrale di attendere regolarmente alle sue funzioni. Al contrario, se si rammenta l’ovvia circostanza per cui una moneta non è soltanto un *set* di variopinte banconote, ma è soprattutto mezzo di scambio, di misura e di riserva di valore, ci si accorge che tassi di interesse significativamente differenziati rendono la *moneta comune* solo formalmente *unica* e, nella sostanza, portano l’euro ad essere un sistema di cambi fissi²⁶ particolarmente rigido e irreggimentato: una cosa del tutto diversa da quella che ciascun cittadino europeo (*rectius*: dei Paesi dell’UEM) ritiene di avere in tasca.

4.1. – La c.d. crisi del debito e il principio di stretta condizionalità

A dispetto delle cautele mostrate dal trattato di Maastricht nel chiarire il principio della responsabilità di ciascuno Stato per le proprie passività, nei primi anni di vita della moneta unica, la logica stessa dell’integrazione in un’area monetaria ha prevalso e la convinzione diffusa tra gli addetti ai lavori sembra essere stata quella di un ben più elevato livello di solidarietà tra i Paesi aderenti all’eurozona: nonostante *performances* economiche disomogenee e rischi di credito anche molto divergenti, i tassi di interesse sui titoli sovrani hanno per lungo tempo converso su un valore comune, assai vicino a quello che era ragionevole aspettarsi per i Paesi più solidi e considerati più “virtuosi”.

Il quadro è mutato recisamente con lo scoppio della crisi finanziaria del 2007: come è noto, nel torno di poco più di un anno, le crisi greca e irlandese hanno messo sotto scacco la moneta unica, proprio a partire dal tradimento di quella che era stata intesa come una promessa implicita – benché tutta politica e in evidente contrasto con il diritto primario dell’Unione – di tendenziale mutualizzazione del rischio sovrano a livello europeo. Quando l’atteggiamento assai prudente dei Paesi dell’area centrale della zona euro ha chiarito l’assenza di disponibilità in tal senso, la crisi del debito sovrano ha iniziato la sua drammatica epopea, in un mix di: 1. rivalutazione critica delle capacità dei singoli Stati di fare fronte ai propri impegni; 2. acuta sofferenza dei sistemi finanziari e bancari dei Paesi periferici (Grecia, Irlanda, Portogallo, Spagna e Italia – GIPSI), chiamati a contrastare il deflusso di capitali di provenienza francese e tedesca che, negli anni precedenti, avevano alimentato la

²⁶ V. M. Minenna, *La moneta incompiuta. Il futuro dell’euro e le soluzioni per uscire dalla grande crisi*, Roma, 2013, 35 ss.

domanda aggregata nazionale; . e, infine, movimenti di capitale di carattere speculativo.

La contraddizione tra le istanze politiche tendenti alla responsabilizzazione dei Paesi indebitati e la logica propria di un'area valutaria – incompatibile, almeno in assenza di un bilancio *lato sensu* federale con il fallimento di uno Stato sovrano – ha portato all'enucleazione di un compromesso fondato su tre distinti pilastri: la costituzione di fondi di sostegno *ad hoc*; la concessione ai Paesi in difficoltà di prestiti a condizioni di favore; la sostanziale sostituzione (o, secondo i punti di vista, l'integrazione) del divieto di *bail out* con il principio di stretta condizionalità.

Ai fini dell'indagine sulla prevalenza di elementi di competizione all'interno della struttura dell'UEM e del loro rafforzamento sostanziale durante la crisi, il principio di condizionalità si mostra di grande interesse. Esso postula che la richiesta di ausilio di uno Stato sia necessariamente accompagnata dalla redazione di un piano di aggiustamento macroeconomico, volto al ripristino della normale capacità dell'assistito di finanziarsi sul mercato finanziario. Esso – e qui sta il cuore del principio in esame – va redatto con l'accordo della BCE, della Commissione e del Fondo monetario internazionale ed è soggetto all'unanime approvazione da parte dei Ministri delle finanze degli altri Paesi aderenti alla moneta unica. In buona sostanza, la stretta condizionalità sembra volta a garantire che l'aiuto sia temporaneo e immediatamente accompagnato da misure atte a garantire l'eccezionalità della situazione che lo ha reso necessario²⁷ – al fine di assicurare quegli stessi interessi posti alla base del divieto di *bail out* o, secondo alcune tesi, di salvaguardarne il rispetto²⁸ –, mentre l'idoneità delle misure concordate a perseguire la finalità appena segnalata è soggetto al giudizio insindacabile dei Paesi finanziatori.

Sotto un certo profilo, le cautele di cui l'assistenza dei Paesi aderenti alla moneta unica è circondata sono giustificate, dal momento che l'aiuto è posto in

²⁷ V., con particolare riferimento alla crisi greca, R. Cisotta, A. Viterbo, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal compact*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, 323.

²⁸ Per questa tesi, v. J.V. Luis, *The no bail out clause and rescue packages*, in *Comm. Mkt L. Rev.*, 2010, 971 ss. Tuttavia, se la condizionalità sembra finalizzata a garantire interessi simili a quelli sottesi al divieto di *bail out*, come ammesso dalla Corte di giustizia in *pringle* (p.ti 135 e 136), ciò non significa affatto che essa sia volta a garantire (almeno da un punto di vista giuridico) il rispetto di questo divieto; al contrario è proprio perché si supera questo divieto che si è sentita l'esigenza di individuare un principio nuovo e diverso atto a svolgere una funzione del tutto simile. Sul p.to v. G. della Cananea, *L'Unione economica e monetaria venti anni dopo: crisi e opportunità*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, n. 3, 10 s.

essere con le risorse che questi mettono a disposizione²⁹. Tuttavia, la circostanza non esaurisce i punti di vista rilevanti. Infatti, essa conferma in modo chiaro la vocazione genuinamente intergovernativa dei *fondi salva stati* (EFSF e ESM) e dello schema fondamentalmente sotteso alla loro enucleazione. Esso testimonia altresì di relazioni tra ordinamenti improntate a una logica in buona misura sinallagmatica³⁰, in cui l'approccio al problema finanziario di uno Stato è affrontato non nell'ottica di preservare la funzionalità di un sistema economico in buona misura integrato, interdependente e soprattutto innervato da legami non evanescenti di solidarietà, ma in quella di un collegio di pari che agisce in favore di un singolo membro e richiede a quest'ultimo garanzie circa la natura circostanziata e temporanea dell'intervento di favore.

La condizionalità, oltre a rimarcare la posizione di alterità tra i singoli Stati membri, è legata al carattere competitivo dell'Unione (europea, e non soltanto economica e monetaria) sotto un profilo ulteriore. Infatti, i piani di aggiustamento macroeconomico contengono in realtà più di quanto il loro nome lasci intendere e sono sostanzialmente finalizzati ad accrescere il livello di competitività dei sistemi economici degli Stati indebitati, soprattutto per il tramite della compressione del quantitativo di risorse assorbite dall'operatore pubblico e dei costi di produzione riconducibili alla remunerazione del fattore lavoro utilizzato nei processi produttivi. Qui, l'adesione in un certo senso forzata a un modello economico fortemente competitivo – sancito tra l'altro dall'art. 3 del TUE – da parte di ordinamenti caratterizzati, almeno a livello costituzionale, da un approccio meno mercatista al governo dell'economia appare di prima evidenza³¹.

Simili a quelle dei *memoranda* di aggiustamento macroeconomico sono oggi, almeno in via potenziale, le conseguenze che derivano da un altro importante lascito della crisi sulla struttura della *governance* europea: si allude alla procedura per gli squilibri macroeconomici, la quale istituzionalizza una procedura di controllo delle istituzioni europee operata non tanto sulla capacità di competere dei singoli sistemi economici nazionali che compongono il mercato interno, quanto piuttosto sui

²⁹ V. D. Triantafyllou, *Les plans de sauvetage de la zone Euro et la peau de chagrin*, in *Rev. Dr. UE*, 2011, 197.

³⁰ Evidenza e lamenta questa natura del supporto finanziario, come emerso dalle innovazioni recenti, R. Bieber, *Sans solidarité point d'Union européenne*, in *RTD Eur.*, 2012, 304 ss.

³¹ Sul p.to v. la ricostruzione operata da A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, 2014, 224 ss.

risultati delle *performances* che ciascuno di essi realizza anno dopo anno. Se il controllo è sulle *performances*, le sue conseguenze attengono tuttavia alla competitività di ciascun sistema-Paese e, eventualmente, alla necessaria redazione di un piano d'azione in grado di riportare quest'ultimo verso uno *standard* di competitività adeguato alla partecipazione ad un contesto istituzionale incentrato sul mercato interno, quale quello descritto nelle pagine precedenti, e asserito dall'art. 3 del Trattato UE.

5. – Considerazioni conclusive

Le riflessioni sviluppate nelle pagine precedenti suggeriscono che, nel complesso, la costruzione europea – in specie la parte sottesa all'UEM – sia caratterizzata da una vocazione competitiva che supera e nasconde nel suo cono d'ombra gli istituti volti a rinsaldare i legami di solidarietà tra gli Stati e tra i cittadini dell'UE. Se da un lato è indubbio che il livello di armonizzazione giuridica e di integrazione economica ha raggiunto un livello di prim'ordine, sembra altrettanto manifesto che la competizione tra sistemi economici e giuridici sia un tratto distintivo del sistema costruito a partire dai trattati di Parigi e Roma.

Tale carattere, che pure ha avuto un ruolo indiretto ma significativo nelle dinamiche dell'integrazione e nel parziale superamento delle gelosie nazionali, oggi risulta essere il principale limite del percorso sin qui compiuto. In particolare, nel momento in cui emerge la necessità di forme più stringenti di coordinamento, soprattutto ma non solo in materie quali la politica economica onde rispondere alle sfide del mondo contemporaneo, un alto livello di competizione tra i diversi sistemi economici nazionali – alcuni dei quali minacciati significativamente nel proprio benessere e nella propria coesione sociale – diviene un ostacolo in apparenza – e forse anche fattualmente – insuperabile.

In primo luogo, l'attuale livello di competizione tra sistemi economici nazionali è – si crede – la prima e più rilevante causa del declino del metodo comunitario e della parallela crescita del rilievo del metodo intergovernativo. Complice anche la congiuntura economica sfavorevole, la concezione secondo cui il mercato e la competizione avrebbero prodotto un'efficiente divisione intracomunitaria del lavoro e prodotto vantaggi per tutti i “cittadini-consumatori” dell'Unione ha lasciato il

posto a visioni meno disincantate, caratterizzate da decise venature di mercantilismo, e a tentativi di produrre crescita grazie all'incremento delle esportazioni, a principale danno dei *partners* europei. In questo quadro, la delega di potere reale a soggetti propriamente europei, *in primis* la Commissione, diviene una scommessa il cui ritorno atteso non sembra più in grado di giustificare il rischio intrapreso.

D'altra parte, la pressione competitiva impedisce al metodo intergovernativo di funzionare nel medio periodo: come potrebbe infatti un ordinamento accettare che le scelte strategiche in ordine al proprio sviluppo economico vengano prese in una sede dove sono primariamente rappresentati i sistemi economici nazionali con i quali è chiamato a competere? Si tratta di un'eventualità destinata a realizzarsi soltanto in casi particolari, caratterizzati da una debolezza particolarmente accentuata del Paese destinatario delle raccomandazioni. Al di fuori di questa eventualità, la spinta contrastante degli interessi non potrà non dispiegare i suoi effetti paralizzanti.

Al contempo, l'adeguamento alla pressione competitiva – soprattutto nella fascia mediterranea, dove la debolezza del tessuto socio economico si è palesata con maggiore evidenza – riduce gli spazi e le risorse per immaginare, definire e realizzare percorsi di sviluppo nuovi, adeguati alle difficoltà di una congiuntura inedita per i moderni Stati del benessere; in sintesi estrema, un gioco a somma negativa dal quale sembra, oggi, quasi impossibile trovare riparo.



ISSN 2037-6677

2015/4

Etichettatura e presentazione dei prodotti alimentari: caveat emptor e tutela del «consumatore medio»?

Labelling and the presentation of food products: caveat emptor and the protection of the 'average consumer'?

Gianluca Bellomo

Tag: consumer, protection, labelling



Etichettatura e presentazione dei prodotti alimentari: *caveat emptor* e tutela del «consumatore medio»?

di Gianluca Bellomo

1. – Quotidianamente milioni di consumatori che si recano a fare compere sono bombardati da una moltitudine di messaggi, presenti sui prodotti alimentari che acquistano, che dovrebbero consentirgli, nello scarso tempo a disposizione, di scegliere in modo consapevole i prodotti di maggiore interesse. Le aziende produttrici, da parte loro, investono ingenti somme sullo studio dei propri *packaging* dei prodotti alimentari e sulle informazioni che questi possono veicolare agli acquirenti così da garantire, sia il rispetto di una serie di norme che obbligano i produttori a riportare le informazioni relative alle caratteristiche del prodotto o del produttore sia di riprodurre sulle confezioni ulteriori elementi grafici o testuali con l'obiettivo di cercare di influire sulle scelte di acquisto dei singoli consumatori in modo da indurre alla scelta dei propri prodotti rispetto a quelli concorrenti. Le dinamiche di mercato descritte creano, se troppo spregiudicate, occasioni di conflitto sia tra i diversi produttori di beni alimentari concorrenti (si pensi al fenomeno nell'ambito delle pubblicità comparative, su cui cfr. G. Rossi, *La persuasione pubblicitaria tra diritto ed etica: uno sguardo comparatistico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2002, 427 ss.) sia tra le aziende che realizzano e

commercializzano detti prodotti ed i consumatori destinatari delle informazioni su questi riportate.

I legislatori nazionali e quello europeo, proprio con l'intento di cercare di evitare, o quanto meno di ridurre il più possibile, i conflitti tra i differenti portatori di interessi coinvolti, hanno cercato già da tempo di fissare alcune regole che consentano di porre limiti precisi alla tipologia e alle modalità in cui queste informazioni siano riportate sulle confezioni dei prodotti alimentari commercializzati. Alle problematiche qui descritte, infine, si aggiunge l'esigenza odierna di confrontarsi in modo sempre più ineluttabile con il repentino innalzamento dei livelli di competitività presenti sia sul mercato interno che su quello comune ed internazionale dove vigono regole e standard di tutela dei consumatori fortemente differenziati.

All'interno di questo scenario, qui appena accennato, si colloca la sentenza in commento che aggiunge un ulteriore tassello nella definizione del quadro di regole volte ad evitare possibili distorsioni della concorrenza derivanti dall'immissione in commercio di possibili etichettature riportanti informazioni ingannevoli.

2. – La controversia che ha dato luogo alla richiesta di rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia nasce tra la *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.* (Unione federale delle organizzazioni e associazioni di consumatori; d'ora in poi *BVV*) e la società tedesca *Teekanne Gmbh & Co. KG* (d'ora in poi *Teekanne*), che commercializza un infuso ai frutti denominato «Felix Himbeer-Vanille Abenteuer» («Felix avventura lampone-vaniglia»). Sia sulla confezione di cartone pieghevole, a forma di parallelepipedo e contenente venti bustine di infuso, che sulle singole bustine, fanno bella mostra, insieme ad altri elementi grafici e testuali, immagini di lamponi e di fiori di vaniglia, oltre alle scritte in lingua tedesca «infuso ai frutti con aromi naturali», «infuso ai frutti con aromi naturali – gusto lampone-vaniglia» e alla scritta, sempre in lingua tedesca, «solo ingredienti naturali» apposta all'interno di un sigillo dorato.

Analizzando l'elenco degli ingredienti riportato sul retro della medesima scatola si legge che le singole bustine contengono, in ordine decrescente di quantità, «ibisco, mela, foglie di mora, scorza d'arancia, rosa canina, *aroma naturale al gusto di vaniglia*,

scorza di limone, *aroma naturale al gusto di lampone*, more, fragole, mirtilli, bacche di sambuco».

Alla luce di quanto esposto il *BVV* contesta, di fronte al *Landgericht Düsseldorf* (tribunale regionale di Düsseldorf), alla Teekanne un uso ingannevole delle immagini riportate sulla confezione che potrebbero ragionevolmente indurre il consumatore medio a ritenere che all'interno dell'infuso tra gli ingredienti che lo compongono siano presenti vaniglia e lamponi o quanto meno aromi naturali di vaniglia e lamponi. Quanto descritto, nei fatti, risulta non veritiera, come peraltro correttamente dichiarato dalla stessa Società per mezzo dell'elenco degli ingredienti riportato sulla scatola.

Il 16 marzo 2012 il *Landgericht Düsseldorf* accoglieva il ricorso avverso il quale la Teekanne proponeva appello di fronte al *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale regionale superiore di Düsseldorf), che il 19 febbraio 2013 annullava la sentenza del tribunale regionale e respingeva il ricorso dell'Associazione dei consumatori.

Il *BVV* proponeva, successivamente, ricorso di «*Revision*» di fronte al *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia), che a sua volta provvedeva a proporre la seguente questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia: «Se sia consentito che l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari nonché la relativa pubblicità suggeriscano, tramite l'aspetto, la descrizione o le illustrazioni, la presenza di un particolare ingrediente, quando invece, in effetti, tale ingrediente non è presente e ciò si evince unicamente dall'elenco degli ingredienti ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, punto 2, della direttiva 2000/13».

3. – Preliminarmente va chiarito che la disciplina oggetto del giudizio della Corte, benché sia stata successivamente più volte modificata da molteplici provvedimenti del legislatore europeo, fino ad essere sostituita e abrogata dal Regolamento (UE) n.1169/2011 (su cui per un primo quadro d'insieme cfr. A. Di Lauro, *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, in *Rivista di diritto alimentare*, n. 2, aprile-giugno 2012; L. Costantino, *La nuova disciplina comunitaria sull'etichettatura degli alimenti e l'indicazione dell'origine*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, n. 2-3, 2012, 129-149), resta

comunque la direttiva 2000/13 che di fatto disciplinava la controversia principale all'epoca dei fatti.

La questione posta dal giudice del rinvio, quindi, tende in buona sostanza a chiarire se, in base a quanto previsto dal diritto comunitario, sia sufficiente per il produttore riportare la corretta composizione degli ingredienti sulla confezione affinché si possa escludere a priori l'ingannevolezza dell'etichetta di un prodotto alimentare. Si dovrà quindi valutare in concreto, per risolvere la questione, se la prima impressione errata o equivoca eventualmente ricevuta dal "consumatore medio", per mezzo delle immagini e dei testi considerati nel loro insieme e riportati sull'etichetta, possa essere sufficientemente ricondotta a verità dalla esatta elencazione degli ingredienti riportati sulla confezione del singolo prodotto alimentare.

La Corte, di fatto, si rifiuta di dare una soluzione univoca alla questione rinviando al giudice nazionale la pronuncia definitiva sul caso di specie. Infatti il giudice nazionale sarà quello che meglio di ogni altro potrà valutare se nel complesso le rappresentazioni grafiche e testuali presenti sulla confezione possano veicolare nei confronti del "consumatore medio" del proprio stato una informazione ingannevole circa le reali caratteristiche del prodotto alimentare che sta acquistando (p.ti 35 e 42). D'altra parte, come già sancito in precedenti pronunce (cfr. Corte giust., sent. 12.9.2000, *Geoffry*, causa C-366/98, p.ti da 18 a 20, in *Racc.*, 2000, I-06579; e Corte giust., sent. 10.9.2009, *Severi*, causa C-446/07 p.to 60, in *Racc.*, 2009, I-08041, p.to 60), ciò non osta a che la Corte in occasione di una pronuncia pregiudiziale possa, ove lo ritenga necessario, «fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua decisione» (p.to 35). Secondo la Corte, quindi, gli elementi presenti sulla confezione che il giudice nazionale dovrà necessariamente prendere in considerazione nel loro complesso dovranno essere: i termini e le immagini utilizzate, la collocazione, la dimensione, il colore, il carattere tipografico, la lingua, la sintassi e la punteggiatura dei vari elementi riportati (p.to 43).

La sentenza qui in commento introduce un'importante elemento di novità rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte (tra le altre cfr. Corte giust., sent. 26.10.1995, *Commissione c. Germania*, causa C-51/94, p.to 34, in *Racc.*, 1995, I-03599) spostando ulteriormente la disciplina in materia richiamata dal brocardo latino

“*caveat emptor*”, e cioè dalla presunzione di una sorta di “competenza professionale” del consumatore che si accinge a comprare un prodotto alimentare (e che quindi dalla sola lettura degli ingredienti, se correttamente riportati, dovrebbe già essere in grado in assoluto di correggere ogni eventuale iniziale impressione ingannevole circa la composizione alimentare del prodotto), ad un orientamento che vede nel consumatore un possibile *contraente debole* rispetto al produttore. Così il giudice nazionale è tenuto a valutare l’elemento della corretta indicazione dei prodotti alimentari sulla confezione da parte del produttore solo come uno degli elementi che concorrono ad informare correttamente un ipotetico «consumatore medio», normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, e non come un elemento sufficiente di per sé ad evitare ogni tipo di informazione ingannevole. Con tale pronuncia, pertanto, la Corte tende ad ampliare i casi nei quali il giudice nazionale possa intervenire in favore del consumatore per evitare, in concreto, acquisti effettuati alla luce di caratteristiche del prodotto alimentare presunte sulla base dell’etichettatura ma di fatto assenti.

Ancora una volta, quindi, la Corte, applicando un principio di effettività e non di mero formalismo giuridico, funzionalizza alla creazione di un mercato unico improntato alla lealtà dell’informazione tra gli operatori economici la disciplina di una materia ad elevato contenuto tecnico, come l’etichettatura dei prodotti alimentari, di fatto restringendo ulteriormente i confini entro i quali le aziende possono muoversi nella pubblicizzazione del proprio prodotto.

4. – Sia consentito, infine, qualche breve accenno al concetto di «consumatore medio» (su cui cfr. A. Saccomanni, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/Ce*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, 141 ss.).

Tale modello ideale di consumatore, infatti, costituisce uno degli elementi chiave alla luce del quale il giudice nazionale deve valutare, di volta in volta, se possa o meno sussistere il carattere dell’ingannevolezza rispetto alle informazioni veicolate all’acquirente dall’etichettatura di un determinato prodotto alimentare.

Più in dettaglio, come già ricordato, il parametro ideale di giudizio dovrebbe essere quello di un consumatore «medio», «normalmente informato» e

«ragionevolmente attento e avveduto» così come meglio delineato a livello europeo alla luce di una serie di sentenze tra le quali cfr. tra le altre: Corte giust., sent. 13.12.1990, *Pall c. Dahlhausen*, causa C-238/89, in Racc., 1990, I-04827; Corte giust., sent. 2.2.1994, *Verband Sozialer Wettbewerb c. Clinique Laboratories e Estée Lauder*, causa C-315/92, in Racc., 1994, I-00317; Corte giust., sent. 14.7.1994, *Graff c. Hauptzollamt Köln Rheinau*, causa C-351/92, in Racc., 1994, I-03361; Corte giust., sent. 26.10.1995, *Commissione c. Germania*, causa C-51/94, in Racc., 1995, I-03599; Corte giust., sent. 16.7.1998, *Gut Springenheide e Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, causa C-210/96, in Racc., 1998, I-04657; Corte giust., sent. 13.1.2000, *Estée Lauder*, causa C-220/98, in Racc., 2000, I-00117; ed in particolare sulla nascita della definizione Corte giust., sent. 16.7.1998, *Gut Springenheide e Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, causa C-210/96, in Racc., 1998, I-04657.

Se da una parte tale nozione – in quanto liquida, fortemente soggettiva ed influenzata da molteplici variabili – fornisce al giudice nazionale ampi margini nel decidere quale sia la soglia di tollerabilità nell'esercizio di pratiche commerciali di etichettatura ingannevoli; dall'altra un parametro di questo tipo di fatto nega, paradossalmente proprio a tutti quei soggetti che si collocano al di sotto della soglia fissata (si pensi ad esempio a categorie di utenti “deboli” quali anziani, persone con bassi livelli di istruzione o stranieri con difficoltà linguistiche, che necessiterebbero più di altre categorie di maggiori livelli di tutela nei propri acquisti), una disciplina giuridicamente assistita che li ponga al riparo da informazioni che possano produrre nei loro confronti effetti ingannevoli e, conseguentemente, possibili effetti distorsivi sul mercato dei prodotti alimentari (sul delicato rapporto tra tutela della concorrenza e dei consumatori cfr. F. Denozza, contributo in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, n. 2, 2009, 389). Va rilevato, inoltre, che detta porzione di consumatori, ancora di più se considerata in forma aggregata a livello europeo, si ritiene che possa assumere una rilevanza numerica, sia pro capite che in termini di volume complessivo di acquisti, certamente non trascurabile.

Va notato, peraltro, che il concetto di «consumatore medio» risente in modo diretto degli effetti esercitati dalla sempre maggiore spinta globalizzatrice del mercato, che tende ad uniformare e a standardizzare i bisogni e le soluzioni offerte

con approcci sempre più competitivi e spregiudicati sui mercati. Così se da una parte a breve probabilmente si assisterà ai primi tentativi di definizione di una sorta di «consumatore medio globale», considerati gli sforzi che il mercato fa nel tentativo di analizzare i gusti ed i comportamenti dei consumatori; dall'altra sono talmente tali e tanti i fattori che possono incidere sul modello europeo ai diversi livelli territoriali che risulterà estremamente complesso per i singoli giudici nazionali, di volta in volta investiti delle questioni da risolvere, definire tale modello di riferimento (si pensi solo all'influenza sulla nozione europea di «consumatore medio» determinata, ad esempio, dai crescenti flussi migratori che stanno investendo l'Europa o dalla circolazione dei modelli sociali di consumo, figli dello sviluppo tecnologico).

Il modello appena descritto, infine, se mira a livello europeo a perseguire una riduzione dei possibili effetti distorsivi sul mercato determinati dalla eventuale presenza di etichette ingannevoli sulle confezioni di alcuni prodotti alimentari, di fatto produce in capo ai giudici nazionali un deciso ampliamento dei margini di discrezionalità nell'esercizio dell'azione giudiziaria sulle imprese del settore alimentare e, quindi, l'aumento dei livelli di incertezza operativa per queste ultime. Per converso, l'ampliamento dei margini di discrezionalità del giudice nazionale, all'interno dei limiti intrinseci della nozione di «consumatore medio», dovrebbe produrre l'innalzamento dei livelli di tutela dei consumatori e del libero mercato. O almeno così ci si augura.



ISSN 2037-6677

2015/4

Nota a Corte suprema degli Stati uniti, Reed v. Town of Gilbert, Arizona, 576 U.S. (2015): la Corte suprema rafforza la tutela della libertà di espressione religiosa?

Commenting Reed v. Town of Gilbert, Arizona, 576 U.S. (2015) of SCOTUS: The Supreme Court strengthens the protection of the freedom of religious expression?

Fabiana Dal Cin

Tag: Arizona, religious, expression



Nota a Corte suprema degli Stati uniti, *Reed v. Town of Gilbert, Arizona*, 576 U.S. (2015): la Corte suprema rafforza la tutela della libertà di espressione religiosa?

di Fabiana Dal Cin

1. – Con la decisione in commento, la Corte suprema americana offre interessanti spunti di riflessione circa le tendenze della giurisprudenza statunitense in materia di tutela della libertà d'espressione religiosa. La sentenza, infatti, aggiunge un ulteriore tassello in merito alla distinzione e categorizzazione, introdotta a partire dal caso *Police Department of Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92 (1972), tra regolazioni c.d. *content neutral* e regolazioni c.d. *content based*, indicando quale sia lo standard di controllo costituzionale più appropriato da applicare a quest'ultime ed il test per verificare se una normativa sia diretta a limitare la libertà di parola a causa del messaggio, la natura dell'argomento e il suo contenuto. In particolare, la Corte si interroga sull'impatto che, un utilizzo meccanico dello *strict scrutiny* nei confronti di tutte le regolazioni *content based*, possa avere sulla libertà d'espressione tutelata dal I emendamento.

Nel caso in esame, l'attore *Clyde Reed* chiede che il Codice che regola l'esposizione di cartelli o manifesti nella città di Gilbert (Arizona), venga dichiarato incostituzionale per violazione del I e XIV emendamento, perché chiaramente *content based*, in quanto impone restrizioni circa il tempo, il luogo e le modalità di

esposizione in base al contenuto religioso del messaggio che con questi si intende comunicare.

2. – La genericità del I emendamento ha fatto sì che la giurisprudenza nordamericana individuasse alcuni criteri generali di tutela della libertà d'espressione (R. Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in *Cal. L. Rev.*, 2000, 2355). Tra i criteri elaborati, vi è la distinzione tra normative dirette al contenuto (cfr. *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455 (1980)) e contenutisticamente neutre (*content neutral*), da cui deriva poi un diverso standard di controllo di legittimità costituzionale (cfr. G.R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1987, 48). Le ultime richiamate sono presuntivamente costituzionali, a meno che non vi sia una restrizione eccessiva al libero flusso delle informazioni (cfr., *ex multis*, *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), *Renton v. Playtime Theatres Inc.*, 475 U.S. 41 (1986), *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 791 (1989): con la prima di queste pronunce la Corte riconduce alle *content neutral restrictions* gli interventi volti a disciplinare il tempo, il luogo e le modalità di esercizio delle forme espressive).

Invece, un atto normativo che impone limitazioni ad una forma di espressione sulla base del contenuto è presuntivamente incostituzionale e quindi soggetto allo *strict scrutiny* (il più elevato dei tre standard di controllo di legittimità costituzionale delle leggi). Di conseguenza, una misura di questo tipo può essere ritenuta legittima solo se l'autorità pubblica dimostra che: a) persegue un interesse pubblico impellente e b) rappresenta il mezzo meno restrittivo per la libertà di espressione, con preciso riferimento al caso concreto.

Lo *strict scrutiny*, frutto di una progressiva elaborazione da parte della Corte Suprema a partire dalla nota *Footnote Four* della sentenza *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938), fa venir meno la generale presunzione di validità che assiste gli atti legislativi e l'onere della prova ricade sulla parte pubblica che sostiene la validità della disposizione. Conseguentemente, stante la difficoltà di soddisfare l'onere probatorio, lo *strict scrutiny* porta nella maggior parte dei casi ad una dichiarazione di incostituzionalità: lo scrutinio è, infatti, "*strict in theory but fatal in fact*" (A. Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 2006, 802). In particolare, questo tipo di

controllo rigoroso viene applicato a tutte le misure limitative della libertà di espressione c.d. *content based o viewpoint based*, per la necessità di evitare una scelta qualitativa da parte della pubblica autorità sulle forme espressive da ammettere nel *marketplace of ideas*. La Corte, infatti, deve garantire l'eguaglianza formale dei contenuti espressivi, conservando la neutralità dello spazio pubblico rispetto ai molteplici punti di vista che emergono dal corpo sociale.

Viceversa, le regolazioni che non sono connesse al contenuto sono soggette ad un livello intermedio di scrutinio (accennato per la prima volta nel caso *O'Brien v. United States* 391 U.S. 367 (1968)) in relazione a condotte a prevalenza non comunicativa (poi utilizzato in relazione al *commercial speech*). Inoltre, alle *content neutral restrictions* sono ricondotti tutti gli interventi volti a disciplinare il tempo, il luogo e le modalità di esercizio delle forme espressive (nel caso *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1994)) a cui viene applicato *l'intermediate scrutiny*. Tale standard di controllo prevede che una misura adottata dall'autorità pubblica sia considerata legittima solo se si dimostra che essa (a) non è connessa al contenuto dell'espressione, (b) persegue un interesse pubblico significativo e (c) è in grado di lasciare aperti altri canali per la comunicazione delle informazioni, da valutare caso per caso (cfr. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 791 (1989)).

3. – Come molti enti locali negli Stati Uniti, la città di Gilbert ha adottato una normativa che regola l'esposizione di manifesti e locandine di vario tipo, dai cartelloni pubblicitari a quelli politici. In particolare, il *Land Development Code* identifica diverse tipologie di cartelli che possono essere esposti nella città, tra cui i c.d. cartelli ideologici ("*Ideological Signs*"), quelli politici, ("*Political Signs*") e i cartelli che direzionano e annunciano al pubblico il luogo e l'orario di un determinato evento. Va poi specificato che, nella terminologia del Codice, per cartello ideologico si intende un manifesto che comunica un'ideologia o un messaggio a scopi non commerciali; mentre per manifesti politico-elettorali si intendono tutti quei cartelloni utilizzati per supportare i candidati durante le elezioni o per sostenere un partito o candidato nel ballottaggio. I cartelli che indicano un determinato evento ("*Temporary Directional Signs Relating to a Qualifying Event*") sono cartelli temporanei utilizzati per indicare ai pedoni e agli automobilisti il luogo in cui viene svolto un evento

promosso da un gruppo religioso o *non-profit*; infine, per evento si intende qualsiasi assemblea, riunione o attività.

Ciò detto, occorre però evidenziare che il Codice della città impone restrizioni differenti circa il luogo, la durata dell'esposizione, le dimensioni, e il numero dei cartelli da poter rendere visibili: tali distinzioni sono operate in base al contenuto del messaggio che con quel mezzo si intende comunicare. Infatti, il Codice prevede per i c.d. "*Ideological Signs*" un trattamento di maggior favore rispetto agli altri: questi possono essere grandi al massimo 20 piedi quadrati e non hanno restrizioni né di durata né di numero e possono restare visibili per sempre. Invece, per i manifesti politico-elettorali è prevista una grandezza di 32 piedi quadrati, possono essere esposti anche per sessanta giorni prima delle elezioni e fino a 15 giorni dopo e non sono soggetti a restrizioni numeriche. Ulteriore e differente regolamentazione hanno poi i manifesti che indicano un evento organizzato da un'associazione religiosa o *non-profit*, atteso che: possono essere grandi al massimo 6 piedi quadrati, esibiti dodici ore prima dell'evento e tolti al massimo un'ora dopo e possono essere posizionati nella proprietà pubblica o privata, ma non possono essere più di quattro per singola proprietà.

4. – I fatti da cui muove la pronuncia riguardano una piccola comunità religiosa (*Good News Company*) che celebra le proprie funzioni religiose in locali presi in affitto nella città di Gilbert, utilizzando i manifesti per informare il pubblico circa il luogo e l'orario in cui si terranno le funzioni religiose domenicali. In particolare, i loro cartelli (evidentemente qualificabili come "*Temporary Directional Signs Relating to a Qualifying Event*") contengono non solo la data e il luogo in cui si tiene la celebrazione ma anche l'indicazione del sito web in cui si trovano indicate altre informazioni circa la missione e le credenze della comunità religiosa.

Come abbiamo visto in precedenza, per questo tipo di segnaletica è prevista una regolamentazione molto stringente che consente la loro esposizione per un massimo di dodici ore prima dell'evento. Nel concreto, poiché la funzione viene celebrata alle nove del mattino, i cartelli possono essere affissi solamente durante la notte. Per tale ragione la piccola comunità religiosa chiama in causa la città di Gilbert davanti alla corte distrettuale, affermando che il Codice è *content based* e viola la *Free Speech Clause*

e la *Free Exercise Clause* del I emendamento, il XIV emendamento e l'*Arizona Free Exercise of Religion Act*. Il procedimento presso le corti inferiori è abbastanza complesso e tortuoso, indice delle difficoltà di definire se una disposizione sia o no *content based*.

Così, nei due procedimenti instaurati (*Reed I* e *Reed II*), sia la Corte distrettuale sia la Corte d'Appello (9° Circuito) affermano che la regolamentazione ha contenuto neutro, in quanto la distinzione operata tra le varie tipologie di segnaletica non si basa sul contenuto del messaggio che si vuole comunicare, ma si basa su dei parametri oggettivi come la tutela del decoro urbano e la sicurezza stradale, che sarebbero compromessi se ci fossero troppi segnali e cartelloni in giro per la città (cfr. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989)). L'obiettivo della normativa secondo la Corte d'Appello è, infatti, quello di applicare misure dirette a regolare il luogo, il modo e le tempistiche dell'esposizione della segnaletica temporanea e non privilegiare un'idea a discapito di altre, incorrendo così in un'inammissibile forma di censura.

Pertanto, secondo la stessa, il codice è una misura *content neutral*. Questo impone l'applicazione dell'*intermediate scrutiny*: la Corte verifica che il Codice è stato adottato per garantire un interesse significativo per la pubblica autorità (tutelare il decoro urbano e la sicurezza stradale) e che permette alla *Good News* di utilizzare altri mezzi di comunicazione. In questo modo, la giurisprudenza di primo e secondo grado fa salva la norma impugnata. *Reed*, quindi, appella la decisione della Corte d'Appello del 9° circuito e si rivolge alla Corte Suprema che concede il *writ of certiorari*.

5. – La decisione della Corte risulta utile soprattutto per risolvere un importante problema di interpretazione relativo al primo emendamento. Infatti, essa s'interroga se una misura adottata dall'autorità pubblica, chiaramente *content based*, debba essere dichiarata incostituzionale anche se non è stata introdotta a scopo discriminatorio.

Il *certiorari* è giustificato dalle divergenze giurisprudenziali nel territorio dell'Unione. Molti Circuiti di corte d'Appello sono divisi su tale questione, ed impiegano prove distinte: in particolare, come emerge dagli atti di causa, le corti d'Appello, del 3°, 4°, 6°, 7° e 9° circuito utilizzano un criterio funzionale, il c.d. *motivated based test* (cfr. *Hill v. Colorado* 530 U.S. 703 (2000); *Ward v. Rock Against Racism*,

491 U.S. 791 (1989)) secondo il quale assume centralità l'elemento soggettivo, ossia l'intento discriminatorio che ha spinto la pubblica autorità ad emanare la normativa (l'elemento costitutivo della discriminazione è l'*animus*, la volontà di discriminare). In base a questa prospettiva, le ordinanze sulla segnaletica hanno contenuto neutro se il governo adduce una mera motivazione legislativa per l'adozione della regolamentazione e dimostra di avere un puro interesse legislativo e funzionale.

Il 1°, 2°, 8°, e 11° Circuito utilizzano il c.d. *text-based test*: per verificare se una norma sia a contenuto neutro viene utilizzato quale parametro il dato testuale e quindi le motivazioni e lo scopo per i quali è stata adottata non assumono rilevanza ai fini della categorizzazione (cfr. *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105 (1991)). Se un soggetto deve leggere il messaggio per far rispettare la normativa, allora questa dovrà essere ritenuta *content based* (cfr. *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518 (2014); *Turner Broadcasting Sistem Inc. v. FCC* 512 U.S. 622 (1994); *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410 (1993)).

6. – La decisione della Corte suprema, all'unanimità, censura la tesi secondo la quale l'ordinanza municipale è configurabile quale limitazione *content neutral* e perciò soggetta allo scrutinio intermedio. Innanzitutto la Corte rileva che, nonostante la specificità legate alle loro caratteristiche, anche i manifesti e le locandine costituiscono a pieno titolo forme di espressione tutelate dal I emendamento (cfr. *Metromedia, Inc v. San Diego*, 453 U.S. 490, (1981); *City of Ladue v. Gilleo*, 521 U.S. 43 (1994)). In particolare, i manifesti esposti dalla *Good News* sono ritenuti una forma di espressione religiosa protetta (cfr. *Good News Club v. Milford Cent. Sch.* 533, U.S. 98, 110 (2001); *Widamar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 269 (1981)). In secondo luogo, la sentenza afferma che una misura è chiaramente *content based* quando prevede restrizioni ad alcuni discorsi (come quello religioso) in base al contenuto del messaggio, o all'idea e all'argomento che trasmettono. Alcune norme del Codice sono dunque *content based*, in quanto prevedono un diverso trattamento normativo in base al contenuto del discorso, altre normative, invece, operano questa discriminazione in maniera più velata, facendo riferimento alla funzione e all'obiettivo della normativa. Entrambe però queste regolamentazioni devono essere

considerate *content based*, indipendentemente dal fatto che l'autorità pubblica abbia addotto motivazioni neutre per la loro adozione.

La Corte all'unanimità rileva che il Codice della città privilegia chiaramente il discorso politico o ideologico rispetto a quello religioso della *Good News Company* e che per tale ragione la norma è chiaramente basata sul contenuto, nonostante la città non abbia avuto alcun intento discriminatorio per adottarla (la città invece afferma che il Codice è stato adottato per tutelare la sicurezza del traffico stradale e per garantire il decoro urbano). Secondo la Corte, la regolamentazione che impone differenti regole circa il luogo, le dimensioni, la durata dell'esposizione e il numero di cartelli visibili si basa sul messaggio che con quel cartello si intende dare – i segnali temporanei trasmettono un messaggio al pubblico circa l'evento, quelli ideologici trasmettono un'idea, quelli politici vogliono appoggiare un candidato alle elezioni. Inoltre, mentre la città afferma che la normativa è *viewpoint neutral* nel senso che non intende privilegiare una determinata idea – il Codice non ha lo scopo di privilegiare un determinato candidato o sponsorizzare un evento –, la Corte afferma che una normativa è *content based* anche se non tratta in modo discriminatorio un punto di vista a favore di altri ma se privilegia interi argomenti o idee nell'arena pubblica. Perciò, anche se una normativa è stata adottata in modo neutro e per motivi oggettivi (*content neutral "on its face"*) può prestarsi ad abusi. Questa non è condizione necessaria e sufficiente per eliminare il rischio di censura che potrebbe verificarsi per esempio, nel caso in cui un nuovo governo cittadino faccia riferimento alle norme del codice per sopprimere determinate forme espressive.

Ed ancora, la Corte censura la tesi secondo la quale le distinzioni operate del Codice sono basate su elementi neutri ossia sarebbero basate sul soggetto che esprime il messaggio e sul dove e quando un evento è organizzato. Infatti, la Corte indica che la disciplina differente non si basa sull'identità di chi emana il messaggio ma sul contenuto: se un candidato politico volesse esporre un cartello che indica un evento religioso, il cartello sarebbe soggetto alla disciplina applicata alla *Good News*.

Per tutte queste ragioni, la Corte afferma che il Codice della città di Gilbert è chiaramente *content based*, soffrendo così una presunzione d'incostituzionalità, e deve incontrare il più elevato standard di controllo, indipendentemente dalle motivazioni neutre per le quali è stata adottata la normativa. Applicando il più severo controllo

di costituzionalità (applicabile a tutte le limitazioni *content based*) la Corte afferma che la città non dimostra un interesse governativo impellente per l'adozione della misura, in quanto anche gli altri tipi di segnali, più grandi e disposti in numero maggiore e per più tempo, possono creare, allo stesso modo dei cartelli esposti da *Good News*, problemi alla sicurezza stradale e al decoro urbano, cosicché il Codice non riesce a sopravvivere al più stretto scrutinio ed è perciò incostituzionale.

7. – L'unanimità della decisione è comunque un punto di raccolta di opinioni diverse tra i *Nine*, giacché alcuni membri della Corte hanno proposto di allentare la stretta sulle *content-based restrictions*. Il giudice Breyer nella sua *concurring opinion*, propone uno schema di scrutinio diverso, che non associa sempre lo *strict scrutiny* e *content-based law*. Secondo il giudice, molte norme, infatti, comportano una discriminazione basata sul contenuto, ma non sono soggette al più elevato standard di controllo di costituzionalità. Così considera una serie di leggi che coinvolgono inevitabilmente il contenuto ma per le quali non vi è stata la presunzione di incostituzionalità: ad esempio la legge sulla riservatezza tra medico e paziente, 38 USC §7332 (che richiede la riservatezza di taluni cartelle cliniche, ma permette ad un medico di rivelare che il paziente ha l'HIV al coniuge del paziente o partner sessuale); o la normativa economico fiscale, 26 USC §6039F (che richiede ai contribuenti di fornire informazioni sulle transazioni straniere ricevute se l'importo complessivo supera \$10.000). L'approccio migliore secondo lo stesso, pertanto, è quello di trattare con attenzione le *content based restrictions*, senza associarvi tuttavia l'applicazione di uno scrutinio rigoroso: ammettere un utilizzo meccanico di queste categorizzazioni sarebbe pericoloso e permetterebbe ai giudici di interferire nelle decisioni legislative del governo.

Anche il giudice Kagan nella sua *concurring opinion* propone dei limiti all'utilizzo dello *strict scrutiny*, dissociandolo dalle *content-based regulations*. Elena Kagan fa notare questo connubio tra contenuto e *strict scrutiny*: la maggior parte delle ordinanze comunali che regolamentano la segnaletica saranno dichiarate incostituzionali e dovranno essere riformulate in base ai principi affermati dalla sentenza, con notevoli costi per i Comuni. Questo nuovo approccio, fa notare Kagan, non cambierebbe la decisione, poiché il Codice non avrebbe passato nemmeno l'*intermediate scrutiny*.

8. – In tale contesto frammentato, nonostante l’elaborazione di standard di controllo siano stati affinati nel corso dell’esperienza giurisprudenziale nord americana, è possibile rilevare, anche alla luce di tale sentenza, una serie di incertezze legate all’esatto contenuto dei presupposti per l’attivazione del controllo più rigoroso e dei singoli test che lo compongono. Spingendo la critica più a fondo, è stata segnalata l’incapacità di sviluppare, in sede giurisprudenziale, approcci argomentativi teoricamente compiuti rispetto ai diritti e i loro conflitti (cfr. C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema Americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011, 253). In questa sentenza la maggioranza affina la definizione di *content based restrictions* lasciando inalterato il test di verifica della loro legittimità, mentre le *concurring opinions* si focalizzano sul tipo di test da applicare. Si tratta di questioni di indubbia importanza, dal momento che la scelta del livello di scrutinio è decisiva ai fini dell’esito del giudizio.

I numerosi spunti problematici evidenziati dalla decisione in commento, lungi dal rendere necessario l’abbandono degli schemi in esame, testimoniano la ricchezza e la fecondità del dibattito nordamericano, in cui giurisprudenza federale e dottrina cercano di dialogare in modo fecondo ed in cui il punto di vista rilevante è sempre quello dello *speaker*, che deve poter dare il suo contributo alla creazione del discorso pubblico senza restrizioni.

In realtà, dietro l’insistenza sul divieto di interventi *content o viewpoint based* si cela l’assunto che attribuisce al I emendamento la funzione di far convivere culture eterogenee presenti nella società e in questo contesto, il discorso pubblico deve mantenersi neutrale perché rappresenta uno spazio minimo di condivisione che dà forma alla stessa comunità politica, fornendo, una comune identità pubblica capace di assorbire i contrasti sociali.

Il fine del primo emendamento, secondo gli insegnamenti della giurisprudenza americana, rimane quello di promuovere lo scambio incondizionato di idee per portare avanti i cambiamenti politici e sociali desiderati dal popolo (cfr. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)).



ISSN 2037-6677

2015/4

Corte di Giustizia dell'Unione europea (Sezione seconda), sentenza 16 luglio 2015, causa C-615/13 P, ClientEarth e Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) c. European Food Safety Authority (EFSA). Diritto di accesso e trasparenza: veri baluardi della credibilità delle Istituzioni europee.

CJEU, dec. 16 July 2015, C-615/13 P, ClientEarth and Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) v. (EFSA). Right to access and transparency: bastions of the credibility of the European institutions.

Fabrizio Giulimondi

Tag: Pesticide, safety, transparency

www.dpce.it



Corte di Giustizia dell'Unione europea (Sezione seconda), sentenza 16 luglio 2015, causa C-615/13 P, *ClientEarth e Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) c. European Food Safety Authority (EFSA)*. Diritto di accesso e trasparenza: veri baluardi della credibilità delle Istituzioni europee

di Fabrizio Giulimondi

1. – La decisione in epigrafe ha annullato – decidendo anche nel merito in via definitiva – la sentenza di rigetto del Tribunale di primo grado dell'Unione europea, del 13 settembre 2013, causa T-214/11, *ClientEarth* e al. *c. EFSA*, in G.U.U.E. C-313, 26-10-2013, 21. In breve ripercorriamo le vicende che hanno condotto alla statuizione *de qua*.

La *European Food Safety Authority* (EFSA) ha chiesto al gruppo di lavoro interno – costituito *ad hoc* – di elaborare un orientamento per la preparazione delle domande, ai sensi dell'art. 8, par. 5, del regolamento (CE) n. 1107/2009, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, in G.U.U.E. L 309, 24-11-2009, 1. Tale progetto, una volta redatto, è stato presentato a due organismi dell'EFSA – di cui facevano parte esperti scientifici esterni – acciocché producessero proprie osservazioni, in virtù delle quali il gruppo di lavoro potesse apportare modifiche al progetto, sottoposto poi a consultazione. Al termine di quest'ultima sono state avanzate considerazioni da vari soggetti, fra cui la *Pesticide Action*

Network Europe (PAN Europe) e la ClientEarth che hanno depositato presso l'EFSA una domanda di accesso, in forza del regolamento (CE) n. 1049/2001, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2001, in G.U.U.E. L 145, 31-5-2013, 1, nonché del regolamento (CE) n. 1367/2006, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, in G.U.U.E. L 264, 25-9-2006, 13, a numerosi documenti facenti parte della preparazione al progetto, inclusi i nominativi degli esperti esterni e le loro osservazioni.

La decisione dell'EFSA di accordare l'accesso a una parte degli atti richiesti ma non alle osservazioni degli esperti, è stata impugnata al Tribunale di primo grado dalla PAN Europe e dalla ClientEarth, che, in un secondo tempo, hanno chiesto l'annullamento anche della nuova decisione dell'EFSA, con la quale aveva consentito l'accesso a tutti i documenti richiesti nella domanda iniziale, occultando però i nomi degli esperti esterni in relazione alle osservazioni da loro redatte, *ex art.* 4, par. 1, lett. b), reg. 1049/2001 ("Vita privata e integrità dell'individuo").

La sentenza tribunale di rigetto del 13 settembre 2013 è stata annullata dalla Corte di giustizia con la pronuncia in commento, che ha definitivamente stabilito nel merito dichiarando l'invalidità di ogni provvedimento dell'EFSA, in contrasto con le istanze dell'Avvocato generale che aveva chiesto la remissione della causa al Tribunale di primo grado (cfr. P.C. Villanón, *Conclusioni dell'Avvocato generale*, 14-4-2015, p.to 45, in *federalismi.it*, 2015).

2. – L'intervento della Corte, aprendo le porte all'accesso a chi dimostra la necessità che gli siano trasmessi i pareri professionali elaborati su richiesta di un'Istituzione, nonostante la loro appartenenza alla categoria dei dati personali, a mente dell'art. 8, lett. b), regolamento (CE) n.45/2001, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, in G.U.U.E. L 8, 12-1-2001,1, si inserisce in un corposo e recente ordito di arresti giurisprudenziali in tema di riservatezza (cfr. Corte giust., sent. 1-10-2015, causa C-201/14, *Smaranda Bara*, in *ECLI*, 2015-38, stabilisce che gli interessati devono essere preventivamente informati sullo scambio dei loro dati tra pubbliche amministrazioni; Corte giust., sent. 6-10-2015, causa C-362/14, *Maximillian Schrems*, in *ECLI*, 2015-650, consente alle autorità nazionali di controllo di esaminare i ricorsi dei cittadini europei che asseriscono che gli Stati

terzi, presso i quali sono stati trasferiti i propri dati personali, non assicurino un adeguato livello di loro protezione).

Una questione simile a quella della pronunzia in parola è stata affrontata dalla sentenza della Corte di giustizia, del 1 luglio 2008, cause riunite C-39/05 P e C-52/02 P, *Turco* e al. *c. Consiglio*, in *Racc* I-4723, segnatamente in merito all'accesso ad un parere del servizio giuridico del Consiglio relativo ad una proposta di direttiva.

3. – È opportuno, però, prima di entrare nella carne viva delle questioni approfondite dalle decisioni C-615/13 P e *Turco*, inquadrare il contesto normativo ove il dibattito si accende.

Il diritto di accesso agli atti delle Istituzioni (per accurate panoramiche sul tema v. M. Salvadori, *Il diritto di accesso all'informazione nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *www.evpsi.org*, 2010; M. Gioncarda e F. Corradi, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dei Servizi sociali e sanitari*, Milano, 2011, 15 ss.; *revirement de jurisprudence* che ascrive il diritto di accesso agli atti fra i principi di diritto comunitario, v. Corte giust., sent. 30-4-1996, causa C-58/94, *Paesi Bassi c. Consiglio*, in *Racc.* I-2169) trova una prima affermazione nella Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Maastricht (TCE) che impegnava la Commissione a trovare misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni in possesso delle Istituzioni.

L'accesso si configura come diritto ad opera del Trattato di Amsterdam del 1997 grazie all'art. 255, che riconosce a qualsiasi cittadino dell'Unione il diritto di visionare i documenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio, nulla prescrivendo in relazione alle altre Istituzioni europee.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 il quadro giuridico cambia. La Carta di Nizza dei diritti fondamentali (CED) del 2000 – inserita come parte II nel Trattato che adotta la c.d. Costituzione europea del 2004 – assume una efficacia vincolante e, di conseguenza, anche il capo V dedicato ai diritti di cittadinanza, ove viene espressamente previsto il diritto di accesso ai documenti.

Il cennato art. 255 TCE diviene, rimodulato ed ampliato, l'art. 15 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Il diritto di accesso viene affermato quale principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione europea, ma anche come strumento per promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della comunità.

Si compie l'auspicata estensione del diritto *de qua* anche ai documenti "ubicati" (formati dall'Istituzione richiesta o presso la medesima detenuti in quanto da altre ricevuti) presso qualsiasi organismo o organo dell'Unione, a prescindere dal supporto (cartaceo, elettronico, sonoro, visivo o audiovisivo) su cui il dato è disponibile.

Il reg. 1049/2001 rappresenta lo strumento normativo che codifica il diritto di accesso dei cittadini agli atti delle Istituzioni comunitarie, precipitato logico-giuridico del principio di trasparenza e mezzo di partecipazione al processo decisionale aperto a tutti (cfr. E.Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 573 ss.).

Il diritto di accesso può essere visto anche come proiezione del diritto di difesa riconosciuto ai soggetti interessati e controinteressati coinvolti in procedure amministrative di competenza di organi comunitari (cfr., *ex multis*, R.Garofoli, *Profili comunitari del diritto di accesso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1285 ss.).

E ancora: a fianco del diritto d'accesso ai documenti, così come previsto *ex art.* 42 CED (divenuto l'art. II-102 Cost. UE, identico per contenuto e ambito applicativo all'art. I-50, c. 3, Cost. UE) e 15 TFUE, sussiste un diritto ad una buona amministrazione, previsto nell'art. 41 CED (trasbordato nell'art. II-101, c. 2, lett. b), Cost UE), che va tenuto ben distinto dal primo.

Atteso che il diritto di accesso nella Costituzione europea gode del doppio statuto di diritto fondamentale *ex art.* II-102 Cost. UE e di principio generale della Costituzione *ex art.* I-50, Cost. UE (cfr. J.Ziller, *commento all'art. II-102 Cost. UE*, in L.Burgorgue-Larsen, A.Levade, F.Picod (cur.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Partie II – La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union – Commentaire article per article*, Bruxelles, 2005), è bene sottolineare che esso è esercitabile solamente da cittadini europei o da persone fisiche o giuridiche risiedenti o aventi la sede sociale in uno Stato membro, mentre il diritto alla buona amministrazione è attivabile da chiunque, indipendentemente da un legame territoriale con l'Unione europea, e si esplicita unicamente nel diritto di ogni persona ad accedere al fascicolo che la

riguarda specificamente, a differenza del primo che – come abbiamo precedentemente rimarcato – ha ad oggetto qualsivoglia atto amministrativo tenuto presso un organismo, organo o Istituzione comunitaria o dagli stessi adottato (*amplius* cfr. D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea, come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 833 ss.).

4. – Vi sono eccezioni alla favorevole conclusione della attivazione del diritto di accesso, di cui una è proprio oggetto di attenzione dalla sentenza trattata.

Premesso che la mera presenza di terzi controinteressati non costituisce di per sé un elemento ostativo all'accesso all'atto, essa presenza obbliga, però, l'autorità competente ad accertare eventuali esigenze di loro riservatezza.

Si può negare l'accesso al fine di tutelare pregnanti e generali interessi pubblici, la vita privata e l'integrità dell'individuo, gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, oltre le consulenze legali, gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile (a differenza del superato codice di condotta comune sull'accesso del pubblico ai documenti del 1993, in G.U.C.E. L 340, 31-12-1993, 41, che prevedeva due tipologie di eccezioni: le prime, obbligatorie, finalizzate alla tutela dell'interesse pubblico, commerciale e della *privacy*; le seconde, facoltative, aventi la finalità di proteggere la segretezza delle deliberazioni delle Istituzioni; *funditus* cfr. A. Oddenino, *Osservazioni in tema di effettività dell'accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, su questa *Rivista*, 2000, 1653 ss.).

È proprio l'esclusione all'accesso rappresentata da «la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali», formulata nell'art. 4, par. 1, lett. b), reg. 1049/2001, letta alla luce della nozione di “dati personali” fornita dall'art. 2, lett. a), reg. 45/2001, e correlata all'art. 8, lett. b), reg. 45/2001, il nutrito *thema disputandum* dai giudici lussemburghesi.

Più dettagliatamente, la *quaestio* riguarda l'accessibilità ai c.d. atti interni (pareri di un esperto o valutazioni/accertamenti di ordine tecnico), documenti di norma sottratti all'accesso finché il procedimento non si sia concluso e, talora, anche

successivamente, quando la loro divulgazione sia di serio pregiudizio al processo decisionale (cfr. M. Salvadori, *op.cit.*, 4): il fulcro interpretativo si sostanzia specificamente sul se possa essere esplicitamente collegato l'atto interno al suo autore, in modo di rendere ufficiale la fonte di quel pensiero, la sua biografia professionale ed esperienziale e la produzione bibliografico-scientifica.

La giurisprudenza comunitaria si è più volte occupata degli aspetti legati alla riservatezza di siffatta documentazione.

Pronunciandosi sul “carteggio” contenente la consulenza giuridica dei servizi legali delle Istituzioni relative a proposte normative, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che la sua divulgazione «avrebbe per effetto di rendere pubblico il dibattito e gli scambi di vedute, interni all' istituzione, circa la legittimità e la portata dell'atto giuridico da adottare e ... pertanto ... essa potrebbe portare a far perdere all'istituzione qualsiasi interesse a chiedere ai servizi giuridici pareri scritti. In altri termini ... la divulgazione ... potrebbe creare un'incertezza riguardo alla legittimità degli atti comunitari e avere conseguenze negative sul funzionamento delle istituzioni comunitarie» (Trib. primo grado, ord. 3-3-1998, causa T-610/97 R, *Carlsen* e al. *c. Consiglio*, in *Racc.* II-485,46); in un secondo tempo gli stessi magistrati hanno giustificato tale eccezione con «l'interesse pubblico, secondo cui le istituzioni devono poter beneficiare dei pareri dei loro servizi giuridici, forniti in totale indipendenza» (cfr. Corte giust., ord. 23-10-2002, causa C-445/00, *Austria c. Consiglio*, *Racc.* in I-9151,12; Trib. primo grado, sent. 8-11-2000, causa T-44/97, *Ghignone* e al. *c. Consiglio*, in *Racc.* II-1023,48; ord. 10-1-2005, causa T-357/03, *Gollnisch* e al. *c. Parlamento*, in *Racc.* II-1, 34).

La summenzionata sentenza “Turco” ha invece affermato che l'eccezione *de qua* non è regola assoluta, deroga inviolabile dinanzi la quale il diritto di accesso alla documentazione disvelante la consulenza giuridica sempre cede: «La trasparenza, ovvero permettere a diversi punti di vista di venire apertamente discussi, contribuisce a conferire alle istituzioni una maggiore legittimità agli occhi dei cittadini europei e ad accrescere la loro fiducia. Di fatto, è piuttosto la mancanza di informazioni e di dibattito che può suscitare dubbi nei cittadini, non solo circa la legittimità di un singolo atto, ma anche circa la legittimità del processo decisionale nel suo complesso» (cfr. Corte giust., sent. 1-7-2008, cause riunite C-39/05 P e C-

52/02 P, cit., 59 s.). Ciò non vuole significare che la trasparenza prevalga in ogni evenienza sulla riservatezza, come, viceversa, non perde forza ogni qual volta entri in contatto con le ipotesi qui studiate. Il bilanciamento e la prevalenza di questi principi/diritti (opzione obbligatoriamente motivata: prima fra tutte in ordine cronologico v. Trib. primo grado, sent. 19-3-1998, causa T-83/96, *Gerard van der Wal c. Commissione*, Racc. in II-545) debbono essere valutati caso per caso, potendosi verificare la necessità di negare la visione di pareri giuridici la cui diffusione, a cagione del loro contenuto particolarmente sensibile o travalicante la portata dell'ambito procedimentale ove essi si innestano, possa determinare pregiudizio alla corretta esplicazione dei poteri istituzionali, in forza dell'art. 4, par. 2, reg. 1049/2001 (cfr. Corte giust., sent. 1-7-2008, cit., 69).

5. – È il ruolo della *responsiveness* che viene enfatizzato nella sentenza *Turco* come in quella in argomento (v. p.to 56): la trasparenza amministrativa è garanzia di responsabilità, ossia strumento in grado di ricondurre ciascun soggetto istituzionale o statale alle proprie responsabilità, se non legali, almeno politiche (cfr. D.U. Galletta, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 265 ss.).

La qualificazione come insieme di dati personali e privati di una attività professionale, quale è quella degli esperti, non esclude *tout court* i pareri dalla loro accessibilità, come potrebbe apparire da una prima lettura dell'art. 4, par. 1, lett. b), reg. 1049/2001.

L'autorità ha l'onere di verificare cumulativamente se il richiedente abbia dimostrato la necessità della loro trasmissione e che non vi siano ragioni per presumere un nocumento alla vita privata e all'integrità di soggetti terzi.

Come ha concluso l'Avvocato generale ai punti 54 e 55 delle sue suindicate richieste, la “necessità” non può essere valutata con lo stesso rigore quando la domanda di accesso riguardi documenti che contengono dati del tutto privi di interesse pubblico e quando riguardi, invece, come nel caso di specie, informazioni di evidente interesse pubblico inerendo attività professionali, che sono “personali” in misura minore rispetto a quelle riferibili a comportamenti del tutto estranei alla sfera lavorativa della persona. La nozione di “necessità”, pertanto, deve essere

soggetta a un certo grado di flessibilità ogni qual volta i dati personali non siano oggetto diretto della richiesta di accesso, ma siano soltanto collaterali ad informazioni, invero, di natura pubblica, al pari di quelle legate ad una professione: i dati *prima facie* professionali sono meno sensibili rispetto a quelli afferenti l'ambito *stricto sensu* privato. L'obiezione degli esperti circa un potenziale e generico danno alla loro riservatezza, non corroborata da elementi specifici, contrasta con la stessa natura ristrettiva dell'interpretazione delle deroghe (al diritto di accesso) che, in quanto tale, impone che sia accertata la sussistenza di un possibile pregiudizio effettivo e concreto al bene protetto.

Per tale ragione la sentenza C-615/13 P ha consentito l'accesso della ClientEarth e della PAN Europe non solo ai pareri e ai curriculum degli esperti – a cui l'EFSA si era rivolta –, ma anche al collegamento fra i pareri resi e i loro autori, per constatare la presenza in questi ultimi di una autentica serenità di giudizio, terzo ed equidistante dagli interessi in conflitto, privo di commistioni con ambienti industriali che lederebbero gravemente la trasparenza delle procedure decidenti.

Il diritto di accesso è ancillare al principio di trasparenza, il quale, a sua volta, è strumentale ad un consapevole affidamento all'azione amministrativa statale e comunitaria da parte dei suoi destinatari.

«Sì. La forma è tutto. È il segreto della vita»: almeno in parte il pensiero di Oscar Wilde sia preso nella dovuta considerazione.



ISSN 2037-6677

2015/4

La scadenza dei termini nel mandato di arresto europeo tra permanenza delle esigenze collaborative (in ambito GAI) e garanzia della libertà personale (come tratta dalla CEDU)

The expiration of time-limits in the European arrest warrant: needs for cooperation (within the GAI) and the protection of personal liberty (as deriving from ECHR)

Flavio Guella

Tag: liberty, GAI, warrant

www.dpce.it



La scadenza dei termini nel mandato di arresto europeo tra permanenza delle esigenze collaborative (in ambito GAI) e garanzia della libertà personale (come tratta dalla CEDU)

di Flavio Guella

1. – La Grande Sezione della Corte di giustizia, con sentenza del 16 luglio 2015 nella causa C-237/15 PPU (*Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*), ha reso un'interpretazione pregiudiziale degli art. 15 e 17 della decisione quadro 2002/584/GAI (come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI) con cui ha qualificato la portata del decorso dei termini previsti nel mandato di arresto europeo.

In particolare, gli art. 15, par. 1, e 17 della decisione quadro, che prevedono termini stretti per la consegna della persona richiesta (di 60 giorni in caso di mancato consenso del consegnando, prorogabili), devono essere interpretati nel senso che in capo all'autorità giudiziaria dell'esecuzione permane l'obbligo di adottare la decisione anche dopo la scadenza (fermo peraltro il carattere non meramente ordinatorio dei termini, come già sotteso alla sentenza *F.* della Corte di giustizia, C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, punto 64). Inoltre, il combinato disposto delle stesse previsioni con l'art. 12 della decisione quadro (obbligo di eseguire il mandato, in mutuo riconoscimento), alla luce dell'art. 6 della Carta dei diritti dell'Unione e dell'art. 5 CEDU (tutela della libertà personale), porta a ritenere ammissibile – anche

oltre i limiti temporali dell'art. 17 – il mantenimento in custodia della persona richiesta, da disporre però conformemente al diritto dello Stato di esecuzione e purché la durata complessiva non risulti in concreto eccessiva alla luce della strumentalità della custodia stessa ad un procedimento principale di consegna che si protrae oltre i propri termini fisiologici.

La vicenda su cui si è pronunciata la Corte di giustizia è originata da un rinvio pregiudiziale d'urgenza, ai sensi dell'art. 107 del regolamento di procedura, proveniente dalla *High Court* di Dublino. Il giudice irlandese era stato in particolare chiamato a decidere sul mandato di arresto europeo (d'ora in poi, "m.a.e.") emesso da una *Magistrates' Court* del Regno Unito nei confronti del sig. Lanigan, ex militante dell'*Irish National Liberation Army*, sospettato di un omicidio commesso nella contea di Dungannon, in Irlanda del Nord. Lo stato di custodia – posto che l'indagato non acconsentiva alla propria consegna alle autorità giudiziarie del Regno Unito – si è protratto dal 16 gennaio 2013 oltre il 30 giugno 2014, data di inizio dell'esame della situazione da parte della *High Court* irlandese, svolto sulla base della normativa irlandese relativa al m.a.e. (*European Arrest Warrant Act 2003*); durata particolarmente ampia della procedura dovuta ad una serie di rinvii per incidenti procedurali e a richieste di informazioni supplementari alle autorità del Regno Unito circa le garanzie per l'incolumità del consegnando.

Posta la pendenza del giudizio senza decisione nel merito, il 15 dicembre 2014 il detenuto ha presentato domanda di messa in libertà su cauzione (accolta dalla *High Court*, ma subordinatamente al rispetto di condizioni tali per cui l'interessato ha ritenuto di non avvalersi della facoltà concessagli), e ha contestato la perdurante possibilità – per l'autorità giudiziaria irlandese – di evadere la richiesta di consegna, in quanto i termini stabiliti dalla decisione quadro per la stessa erano nel frattempo spirati.

2. – La normativa rilevante per la questione prospettata attiene pertanto alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, fondata sulle attribuzioni dell'Unione in ambito di giustizia e affari interni (GAI). Anche la decisione quadro 2002/584/GAI sul m.a.e. risente quindi di tale base normativa (art. 82 ss. TUE), e la disciplina citata – tanto con l'obbligo di celere esecuzione *ex art. 12*, quanto con

termini stretti per la decisione sulla consegna (art. 17) e oneri di mantenimento in custodia della persona ricercata (art. 15) – mira infatti prioritariamente a garantire l'effettività della cooperazione (per considerazioni di sistema su questo problema specifico, della natura e finalità dei termini, cfr. A. Di Martino, *Questo limite non è un termine. Tecnicismi "specifici" e "collaterali" nel contesto di un sistema penale internazionalizzato*, in *Archivio penale*, 2011, 1059 ss., in particolare par. 4 e 5).

L'interesse alla leale collaborazione tra Stati nella repressione penale, superando le rigidità delle procedure di estradizione, conforma così le soluzioni procedurali più originali e innovative in materia di m.a.e. (tra l'ampia letteratura sui caratteri originali del m.a.e. cfr. le trattazioni monografiche di E. Zanetti, *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano, 2009; A. Chelo, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010; G. Della Monica, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2012), e la finalità acceleratoria emerge pertanto – sia dalla sistematica della normativa, sia dalle finalità sottese al settore GAI – come principale ragione logica dei termini temporali fissati. La normativa di diritto derivato in materia, nel perseguire le finalità della cooperazione giudiziaria in materia penale, si conforma tuttavia – *ex art. 1, par. 3*, della decisione quadro – anche alla tutela dei diritti fondamentali (in particolare alla libertà personale, *ex art. 6* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e *ex art. 5* della CEDU, non derogata dall'introduzione del m.a.e.; cfr. ancora la sentenza *F.*, punti 40 e 41), e proprio su tali basi – pertanto – lo stesso termine di consegna e di decisione giudiziale, che si connota per un'evidente *ratio* acceleratoria di interesse pubblico, può senz'altro svolgere contestualmente anche diverse funzioni di tutela individuale.

L'attribuzione di un valore meramente acceleratorio al termine (non estintivo dell'obbligo di consegna) o – in alternativa – di un carattere radicalmente finale/perentorio, quindi, dipende da un'interpretazione che deve comunque porre in equilibrio le ragioni collaborative delle attribuzioni UE in materia di GAI con le tutele dei diritti fondamentali sviluppate a livello di principi generali di diritto dell'Unione.

Le conseguenze dell'inosservanza dei termini stabiliti dall'art. 17 della decisione quadro, letto in combinato disposto con l'art. 15, vanno pertanto qualificate partendo da tali basi normative, divergenti nella *ratio* ma compresenti quali valori

conformativi della procedura; va cioè valutato – sulla base di un’esegesi che muova dalle ragioni di fondo della normativa – se i termini previsti siano da considerare unicamente acceleratori (e posti nell’interesse dello Stato richiedente, il che lascia aperta la possibilità di consegna successiva), o se integrino invece anche un termine finale (di garanzia, posto nel concorrente interesse del detenuto e che impedisce – in assenza di rinnovazione della richiesta di m.a.e. – la prosecuzione della procedura).

Inoltre, qualora il termine sia da interpretare come a prevalente favore dell’interesse collaborativo, strumentale alla celerità nella procedura di consegna (non estinta dal decorso del tempo), nondimeno non è escluso il permanere di un concorrente interesse individuale al rispetto dei termini e, quindi, la riconoscibilità di un residuo valore finale al decorrere del tempo prefissato. Ciò in particolare con un’interpretazione dell’art. 17 a favore del consegnando che si trovi in stato di custodia, posto che in tale ipotesi la base normativa GAI – prevalentemente collaborativa – deve essere bilanciata con la concorrente disciplina di garanzia della libertà personale (quale base normativa che si affianca alla leale collaborazione in materia di giustizia penale). Anche a fronte di un termine acceleratorio, non estintivo della procedura, va cioè verificato se l’inosservanza dei termini stabiliti dall’articolo 17 della decisione quadro faccia sorgere diritti al rilascio in capo alla persona (eventualmente) trattenuta in stato di custodia, e in attesa di decisione sulla consegna.

A riguardo, più della formulazione sintetica dell’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali, è l’ampia disposizione dell’art. 5 CEDU (rilevante come parametro di individuazione dei principi generali UE) che risulta utile per operare il bilanciamento con le esigenze di effettività della procedura di consegna. Il m.a.e. si conforma infatti al diritto alla libertà e alla sicurezza *ex art. 5 CEDU*, tanto da un lato (*ex lett. f*) dove prevede che nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi legittimi di detenzione regolare di persona contro la quale è in corso un procedimento d’extradizione, quanto d’altro lato (*ex co. 4*) dove dispone che ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della detenzione e ordini la scarcerazione, se la stessa è illegittima (cfr. C. Grabenwarter, *European*

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Commentary, Munich, 2014, 92 ss.).

3. – Il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 12, 15, par. 1, e 17 della decisione quadro debbano essere interpretati nel senso che ostano a che, in seguito alla scadenza dei termini di consegna, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione da un lato adotti comunque la decisione sull'esecuzione del m.a.e. e, dall'altro, mantenga il ricercato in custodia.

Per la prima questione, la soluzione ermeneutica dipende appunto dalla prevalenza della base normativa GAI, in assenza di una specifica rilevanza dei parametri riconducibili ai diritti fondamentali, che qualifica come acceleratoria – piuttosto che finale – la *ratio* dell'apposizione del termine. In questo senso, l'obiettivo di effettività della cooperazione giudiziaria assurge a criterio interpretativo sistematico, che impone – secondo la sentenza annotata (punti 34-42) – di optare per la permanenza del potere di consegna del soggetto anche oltre la scadenza dei termini: nonostante la lettera della decisione quadro non qualifichi gli effetti dello spirare dei termini, nondimeno dal contesto normativo e dagli scopi perseguiti dall'Unione emergerebbe – secondo i canoni ermeneutici ordinariamente applicati dalla Corte di giustizia (sentenza *Maatschap L.A. en D.A.B. Langestraat en P. Langestraat-Troost*, C-11/12, EU:C:2012:808, punto 27, e sentenza *Koushkaki*, C-84/12, EU:C:2013:862, punto 34) – una preponderante esigenza di conservazione dell'effetto utile della procedura già avviata.

L'articolo 17 stabilisce come principio generale che il ricercato debba essere «trattato ed eseguito con la massima urgenza» (paragrafo 1), obiettivo cui sono strumentali i termini di seguito fissati (par. 2 e 3), prorogabili (par. 4) e di cui è ammessa la deroga in ipotesi tipizzate (par. 7); ipotesi di proroga o deroga che non comportano come conseguenza – nella lettera dei paragrafi citati – un esonero dell'autorità giudiziaria richiesta da una decisione sull'esecuzione del m.a.e. (solo posticipata). Lo Stato membro di esecuzione è quindi il soggetto unilateralmente tenuto al rispetto dei termini, che non gravano invece negativamente sull'autorità giudiziaria richiedente alla quale non possono essere imputate le conseguenze

pregiudizievoli di una mancata collaborazione altrui (e quindi un onere di nuova richiesta di m.a.e., decorsi infruttuosamente i termini).

La finalizzazione dei termini alla collaborazione in ambito GAI assume infatti la forma del principio del c.d. riconoscimento reciproco dei sistemi di giustizia penale, di cui all'art. 15, par. 1, in combinato disposto con l'art. 1, par. 2. In forza di tale principio l'autorità giudiziaria richiesta può legittimamente rifiutarsi di eseguire la consegna unicamente nei casi – tassativi – di cui agli articoli 3, 4 e 4 *bis* della decisione quadro (cfr. Corte di giustizia, sentenze *West*, C-192/12 PPU, EU:C:2012:404, punto 55; *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, punto 38, e – ancora – *F.*, punto 36). Ammettere un effetto estintivo dell'obbligo di cooperazione connesso al decorso del termine risulterebbe quindi anche incoerente con la tipicità delle ipotesi di rifiuto di consegna, l'interpretazione sistematica imponendo così di optare per quella natura dei termini che si rivela meglio strumentale all'effettività del reciproco riconoscimento e, pertanto, non estintiva dell'obbligo di collaborazione che proprio i medesimi termini erano invece diretti a rendere particolarmente celere (analogamente, Corte di giustizia nel caso *Wolzenburg*, C-123/08, EU:C:2009:616).

4. – Fermo restando che i termini di consegna sono posti a promozione dell'effettività della cooperazione tra Stati, ciò non esclude che i medesimi termini siano contemporaneamente rilevanti anche ai fini della tutela dell'interesse del consegnando, quando accanto alla base normativa specificamente individuabile nelle attribuzioni GAI dell'Unione (e diretta quindi alla leale collaborazione e al mutuo riconoscimento in ambito di giustizia penale) si affiancano esigenze di tutela dei diritti fondamentali particolarmente qualificate. In questa prospettiva, la decisione sul mantenimento in custodia del ricercato non può essere determinata da automatismi che accompagnino la permanenza della restrizione della libertà personale alla perdurante consegnabilità, e si deve invece considerare il decorso del termine nella sua possibile duplice portata, acceleratoria (nell'interesse alla collaborazione) e – solo potenzialmente, con valutazione caso per caso – anche finale (nell'interesse del soggetto trattenuto).

In materia, la decisione quadro dispone *ex art.* 12 che sia l'autorità giudiziaria dell'esecuzione a decidere se la persona per cui è stato spiccato il m.a.e. debba essere

limitata nella propria libertà personale. La misura custodiale non è quindi imposta allo Stato richiesto, e viene invece disposta secondo le regole e le garanzie previste dalla disciplina nazionale; inoltre – a limitazione di tale discrezionalità statale nel disporre o meno restrizioni alla libertà personale – l'art. 17 prevede ipotesi tassative di necessaria messa in libertà provvisoria della persona soggetta a m.a.e, tra cui non compare la scadenza dei termini di cui al medesimo articolo. Ciò diversamente dall'art. 23, par. 5, il quale prevede – per la scadenza dei termini di esecuzione della consegna successivi alla decisione sul m.a.e. (anziché dei termini di assunzione della decisione stessa) – che la persona debba necessariamente essere rilasciata (e peraltro la proposta della Commissione, che ha portato all'adozione della decisione quadro [COM(2001) 522 definitivo], prevedeva una formulazione all'indicativo – anziché al condizionale – per entrambe le ipotesi, *ex art. 23* ed *ex art. 17*, sebbene la formulazione meno precettiva di tale ultimo articolo possa peraltro essere spiegata anche come una scelta connessa alla presenza nel solo art. 17 di ipotesi di proroga; cfr. la presa di posizione dell'Avvocato generale Cruz Villalón, punto 134).

A fronte di ciò, si pone il problema della valutazione individualizzata e a livello nazionale – sulla base della normativa in materia di misure cautelari propria dei singoli Stati membri – del decorso del termine ordinariamente sufficiente per la consegna quale possibile condizione negativa per la perduranza della custodia; ciò solo in quanto la durata eccessiva della procedura possa essere concretamente sintomatica del venir meno delle esigenze cautelari, tenendo conto che un obbligo invece astratto – di automatica messa in libertà provvisoria allo scadere dei termini – potenzialmente limiterebbe l'efficacia del sistema di consegna e, pertanto, ostacolerebbe la realizzazione degli obiettivi di collaborazione e mutuo riconoscimento sottesi alle attribuzioni GAI.

5. – La protraibilità della custodia del soggetto ricercato su valutazione dello Stato richiesto, sebbene scomputata (*ex art. 26*, par. 1, della decisione quadro) dalla detenzione poi eventualmente disposta dallo Stato richiedente – presenta peraltro un potenziale di limitazione della libertà personale particolarmente accentuato, ammissibile quindi – *ex art. 52*, par. 1, della Carta – purché rispettoso del contenuto essenziale di detta libertà, del principio di proporzionalità, nonché dei requisiti di stretta necessità e rispondenza a finalità di interesse generale o di protezione dei

diritti e libertà altrui (cfr. Corte di giustizia, sentenza *Volker und Markus Schecke e Eifert*, C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, punto 50).

Su tali bilanciamenti tra esigenze collaborative in ambito GAI e proporzionalità nella conseguente limitazione dei diritti fondamentali, peraltro, la formulazione dell'art. 6 della Carta di Nizza e la giurisprudenza relativa non si sono sviluppate a livelli tali da poter offrire alla Corte di giustizia parametri di giudizio solidi circa l'estendibilità dello stato di custodia oltre il decorso dei termini di decisione sul m.a.e. Più solida è invece la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all'art. 5 della CEDU (assumibile quale base – *ex art. 6, par. 3, TUE* ed *ex art. art. 52, par. 3, e 53 della Carta* – del corrispondente principio generale di diritto UE); disposizione rilevante sia per la previsione di un rimedio giurisdizionale avverso l'ingiusta detenzione (co. 4) sia, soprattutto, per quanto statuito riguardo alle fattispecie di estradizione (lett. f).

Tale giurisprudenza della Corte EDU sui procedimenti di estradizione – in particolare – sottolinea la strumentalità della custodia allo svolgimento del procedimento di consegna, con la conseguenza che se il procedimento non è condotto con la necessaria diligenza la custodia cessa di essere giustificata (cfr. Corte EDU nelle sentenze *Quinn c. Francia* del 22 marzo 1995, par. 48, e *Gallardo Sanchez c. Italia* del 24 marzo 2015, par. 40). Pertanto, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo la proporzionalità necessaria nel limitare la libertà personale non ammette che l'extradizione (e quindi, per parziale analogia, anche l'emissione di un m.a.e.) possa, in quanto tale, giustificare la detenzione del ricercato per un periodo superiore al tempo strettamente necessario all'esecuzione della procedura (vista la finalizzazione della misura limitativa della libertà al buon esito della consegna, cui è accessoria).

Tale logica di accessorialità implica – una volta applicata al sistema del m.a.e., come ammesso dalla Corte di giustizia nella sentenza annotata (punto 58) – un giudizio di proporzionalità caso per caso, al fine di apprezzare la portata delle esigenze di garanzia dei diritti fondamentali in un contesto di mutuo riconoscimento e cooperazione giudiziaria penale. Nell'interpretazione della Corte di giustizia è demandato quindi all'autorità giudiziaria dell'esecuzione l'esame in concreto della perdurante strumentalità della custodia cautelare all'esito proficuo di una procedura

di consegna che – per legittimare la limitazione della libertà personale ad essa strumentale – deve presentarsi come diligentemente condotta e orientata ad un risultato positivo. Al fine di tale giudizio, vari elementi possono concorrere alla valutazione di giustificatezza della durata del procedimento (inerzia delle autorità, contributo del ricercato, entità della pena attesa, rischio di fuga, etc.), e tra questi può quindi assumere rilevanza anche il decorso dei termini previsti dall'articolo 17 (cfr. punti 59-60 della sentenza annotata), posto che tali confini temporali godono di una certa presunzione di sufficienza e il relativo sfioramento costituisce indice sintomatico di possibili carenze nel procedimento di consegna.

I termini per la decisione sul m.a.e. possono quindi assumere – sebbene eccezionalmente e su apprezzamento caso per caso svolto dal giudice nazionale – una funzione non solo acceleratoria, ma anche finale. Ciò con una portata del decorso del tempo che si pone come potenzialmente estintiva delle limitazioni della libertà ma che non svolge, invece, tale effetto caducatorio anche in riferimento alla possibilità di procedere alla consegna, la quale rimane comunque possibile sulla base di un potere sempre attivo anche in caso di inottemperanza nei termini (così che le esigenze collaborative si manifestano ancora nell'obbligo di predisporre in ogni caso misure alternative alla detenzione che – *ex art. 17, par. 5* – assicurino la permanenza di condizioni materiali idonee per un'effettiva consegna, nonostante la messa in libertà provvisoria; cfr. punto 61 della sentenza).

La scadenza dei termini, quindi, può (eventualmente, non necessariamente) escludere la prorogabilità delle misure limitative custodiali, che vengono meno – in quanto strumentali al buon esito della procedura – qualora l'estensione temporale della decisione sia qualificabile in concreto come indicativa di un esito finale negativo (e quindi di una prognosi sfavorevole circa una futura consegna, alla luce della quale vengono meno da subito le connesse – e strumentali – ragioni custodiali, ma non l'esigenza di disporre misure meno invasive che – in quanto tali – possono invece essere ritenute proporzionate alle più basse aspettative di buon esito del m.a.e.).

6. – A fronte di questa posizione aperta della Corte di giustizia, pertanto, si lasciano in capo alle autorità giudiziarie richieste ampi margini di apprezzamento in

concreto delle circostanze in cui i termini sono inutilmente decorsi e si affida in gran parte agli Stati membri il bilanciamento tra esigenze collaborative nelle politiche GAI e tutela dei diritti. Nell'attuare la decisione quadro 2002/584, anche per ciò che concerne la natura dei termini, i singoli ordinamenti restano infatti vincolati a procedere senza pregiudizio per i diritti fondamentali (cfr. la Corte di giustizia nella sentenza *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 29); ciò in quanto le opzioni attuative statali non sono interamente determinate dal diritto dell'Unione, così che la scelta degli standard concreti di tutela dell'individuo rimane nella valutazione del singolo ordinamento nazionale, che dovrà però procedere astenendosi dal compromettere sia il livello di tutela minimo previsto dalla Carta (e dai diritti fondamentali assunti come principi generali di diritto UE) sia l'effettività del diritto dell'Unione (*sub specie* di collaborazione giudiziaria penale).

Un'ampia varietà di soluzioni nazionali può quindi risultare coerente con la soluzione fissata dalla sentenza annotata, che delimita solo i contorni esterni della qualificazione dei termini *ex art. 17* e dell'efficacia del decorso degli stessi. Da un lato, la Corte di giustizia con la sentenza *Lanigan* conferma sostanzialmente la validità delle soluzioni giurisprudenziali irlandesi maturate precedentemente, ma ammette – come facoltà per gli ordinamenti nazionali – anche la legittimità di opzioni applicative che ne temperino il rigore. L'interpretazione degli effetti dello scadere dei termini di decisione sul m.a.e. consolidata dalla *Supreme Court* irlandese (sentenza *Dundon c. The Governor of Cloverhill Prison* del 19 dicembre 2005) propendeva infatti per escludere in assoluto – a favore della persona posta in custodia in vista della futura eventuale consegna – la maturazione di un “diritto” alla liberazione immediata allo scadere dei termini; ciò in quanto tali termini sarebbero appunto fissati a fini di «disciplina interna degli Stati membri», anziché per scopi di tutela individuali. Mancava quindi un chiaro onere di riconsiderazione della misura custodiale gravante in capo all'autorità giudiziaria irlandese, che la Corte di giustizia considera come soluzione sì attenta alle esigenze collaborative ma anche potenzialmente idonea – a seconda della fattispecie concreta – a creare situazioni di mancata tutela dei diritti (tutela da intendere anch'essa come un obbligo connesso all'appartenenza all'Unione, gravante sullo Stato membro e altrettanto vincolante degli oneri collaborativi in ambito GAI).

La scelta normativa italiana è stata invece da subito molto attenta alla tutela dei diritti fondamentali, con una soluzione più garantista di quanto richiesto ora dalla Corte di giustizia. La legge 22 aprile 2005, n. 69, di conformazione dell'ordinamento italiano alle procedure di m.a.e., ha infatti disposto all'art. 21 che se la decisione non interviene nei termini previsti «la persona ricercata è posta immediatamente in libertà» (cfr. in generale per i profili di seguito rilevanti M. Bordieri, *Sui rapporti tra l'art. 13 Cost. e la normativa italiana in tema di misure coercitive necessarie per eseguire un mandato d'arresto europeo*, in *Cassazione penale*, 2006, 3154 ss. e – per spunti generali – F. Siracusano, *Mandato di arresto europeo e durata ragionevole del processo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 888 ss.).

Peraltro, la prima giurisprudenza italiana ha attenuato il rigore della scelta legislativa, avvicinandosi – negli esiti pratici – alla flessibilità ora indicata dalla Corte di giustizia circa la valutazione della permanenza dell'esigenza cautelare oltre la scadenza dei termini di decisione sul m.a.e. Alcune decisioni italiane avevano infatti ammesso la reiterabilità del provvedimento cautelare estintosi per scadenza dei termini, che poteva così essere nuovamente emesso anche sulla base di una lettura espansiva delle ragioni sottese all' art. 23, co. 5, della legge 69/2005 (che prevede la sospensione dei termini di durata della carcerazione, in caso di ineseguibilità della consegna imputabile al ricercato) e considerando come i tempi brevi di esecuzione del m.a.e. abbiano talora l'effetto di ridurre la durata della custodia cautelare, altrimenti più ampia (su tale indirizzo cfr. per più ampi riferimenti M.T.M. Rubera, *Termini per eseguire il mandato d'arresto europeo e tutela della libertà personale*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 237 ss.).

Inoltre, tale espediente poteva trovare conforto nel regime di caducazione per vizi di forma dei provvedimenti cautelari (cfr. Cass. pen. Sez. un., 10-09-1992, n. 11), posto che anche in questa ipotesi la misura non si estingue per ragioni sostanziali (bensì per il decorso di termini acceleratori inferiori a quelli custodiali ordinari). Pertanto, permanendo le condizioni di merito, sarebbe stato ammissibile disporre nuovamente l'identica misura, portando ad un'applicazione dell'art. 21 della legge 69/2005 meno rigorosa di quanto un'interpretazione letterale poteva consigliare, ma comunque aderendo ad una soluzione ancora parzialmente orientata in senso

garantistico per il ricercato (nella misura in cui si imponeva di fatto di riverificare periodicamente la permanenza delle esigenze cautelari).

Tale orientamento più flessibile è stato peraltro abbandonato, la Cassazione (cfr. Cass. pen. Sez. VI, 04-11-2014, n. 46165) avendo poi optato per la non rinnovabilità dell'ordinanza applicativa della misura cautelare emessa nei confronti di un soggetto destinatario di m.a.e. che abbia perso efficacia per inutile decorso dei termini di cui all'art. 21 (cfr. A. Marandola, *Perdita di efficacia del mandato di arresto europeo per decorso temporale e preclusione alla rinnovazione della misura cautelare*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, 25 ss.). Soluzione certamente più garantista di quella sopra citata, ma ora in parte difforme dalle indicazioni della Corte di giustizia; ciò, in particolare, dove i giudici italiani hanno previsto – in aggiunta all'automatismo nella liberazione provvisoria (che costituisce la soluzione specularmente opposta al caso *Dundon*) – che non sarebbe neppure possibile disporre misure alternative alla custodia (così Cass. pen. Sez. feriale, 25-08-2011, n. 38144), il carattere perentorio dei termini risultando applicabile a tutte le misure cautelari adottate per assicurare la consegna della persona richiesta, comprese le misure coercitive diverse dalla detenzione (cfr. per la contraria esigenza il punto 61 della sentenza annotata).

A tale ultimo riguardo, va notato che riferire l'effetto estintivo anche a qualunque altra misura applicata non deriva da una scelta esplicita e letterale del legislatore (l'art. 21 disponendo genericamente per la “messa in libertà”), ma è frutto di scelte ermeneutiche certamente maggiormente garantistiche (cfr. A. Ragozzino, *La consegna della persona ricercata: termini e modalità*, in M. Bargis, E. Selvaggi [cur.], *Mandato d'arresto europeo: dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, 354 ss.), ma non necessitate né dalla direttiva, né dalla Costituzione (che *ex art.* 13, co. 5, impone di fissare limiti massimi per il solo caso della carcerazione preventiva).

Se per quanto concerne il carattere non estintivo dell'obbligo di consegna la giurisprudenza italiana è quindi pienamente conforme all'interpretazione pregiudiziale resa nella pronuncia annotata (riconoscendo la natura perentoria dei termini ai soli fini della durata delle misure restrittive della libertà personale, senza conseguenze – in caso di inosservanza – sulla validità della decisione in merito alla consegna; cfr. Cass. pen. Sez. VI, 16-07-2010, n. 28140; Cass. pen. Sez. feriale, 11-09-2008, n. 35290), d'altro lato la sentenza della Corte di giustizia mette in evidenza

anche un più elevato standard di tutela dei diritti fondamentali garantito non solo dalla normativa, ma specificamente dal diritto vivente italiano; standard difforme dalla prospettazione della Corte, che non richiede invece l'inderogabile liberazione del ricercato in stato custodiale, ma che in linea di principio – posto l'ampio rinvio che la decisione quadro opera alle condizioni procedurali nazionali di legittimità del trattenimento – è comunque legittimo (se migliorativo del livello di protezione individuale senza pregiudicare, però, la cooperazione giudiziale).

Va peraltro osservato che se un automatismo nella messa in libertà allo scadere dei termini non risulta né necessitato dal bilanciamento tra esigenze collaborative e tutela dei diritti fondamentali operato nel caso *Lanigan*, né precluso dalla stessa sentenza della Corte di giustizia, nondimeno un'applicazione estrema delle garanzie di libertà personale che ometta una valutazione caso per caso può determinare potenziali omissioni di piena leale cooperazione in ambito GAI (sempre alla luce della sentenza qui annotata). Ciò in particolare, osservando la citata giurisprudenza italiana, ove tale lettura espansiva delle garanzie conduca, in singoli casi, ad omettere nuove misure coercitive alternative alle custodiali, comunque da disporre necessariamente – permanendone le esigenze cautelari – anche dopo il decorso dei termini di decisione sul m.a.e.



ISSN 2037-6677

2015/4.

**Corte di Giustizia dell'Unione europea (seconda sezione).
Sentenza 16 luglio 2015, causa C-612/13, ClientEarth contro
Commissione europea. L'accesso alle informazioni ambientali e la
tutela delle attività di indagine della Commissione europea: di
nuovo una "lettura funzionale" della Corte di Giustizia?**

**CJEU, dec. 16 July 2015, causa C-612/13, ClientEarth v. European
Commission. The access to environmental information and the
protection of the investigations of the Commission: again a
functionalist interpretation of CJEU?**

Jacopo Paffarini

Tag: CJUE, environmental, access

www.dpce.it



Corte di Giustizia dell'Unione europea (seconda sezione). Sentenza 16 luglio 2015, causa C-612/13, *ClientEarth contro Commissione europea*. L'accesso alle informazioni ambientali e la tutela delle attività di indagine della Commissione europea: di nuovo una "lettura funzionale" della Corte di Giustizia?

di Jacopo Paffarini

1. – La sentenza in commento apporta alcune decisive delucidazioni nella controversa tematica delle eccezioni al diritto di accesso ai documenti delle istituzioni europee e orienta nuovamente l'attenzione sul complicato percorso normativo verso un modello comune di tutela dell'ambiente (cfr. M. Montini, M. Alberton, *La governance ambientale europea in transizione*, Milano, 2008). La questione della trasparenza della *governance* europea, inoltre, ha guadagnato un'importanza crescente nei contributi della dottrina a seguito dell'adesione dell'Unione alla Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (tra le più recenti ricostruzioni, cfr. P. Olivier, *Access to Information and to Justice in EU Environmental Law: The Aarhus Convention*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 36, 2013, 1423-1470).

Prima di passare alla considerazione dei profili della controversia, si ricorda che le previsioni contenute all'art. 15 TFUE e all'art. 42 della Carta dei diritti

fondamentali dell'Unione europea hanno trovato una prima generale attuazione sul piano della legislazione secondaria con il regolamento n. 1049/2001 (G.U.C.E. L 145, 31.5.2001, 43-48), il quale sostituisce le precedenti discipline interne adottate dalle singole istituzioni unilateralmente (si veda il diciassettesimo considerando). Come già anticipato, tuttavia, la ratifica della Convenzione di Aarhus da parte della Comunità europea – avvenuta con decisione del Consiglio n. 2005/370/CE (G.U.U.E. L 124, 17.5.2005, 1-4) – ha richiesto un adattamento della normativa previgente alla luce delle peculiarità delle informazioni ambientali, a cui hanno provveduto le formulazioni dall'art. 3 all'art. 8 del regolamento n. 1367/2006 (G.U.C.E. L 264, 25-9-2006, 13-19).

La decisione della Corte di Giustizia in commento ha ad oggetto l'impugnazione proposta dall'associazione inglese ClientEarth contro la sentenza del Tribunale dell'Unione del 13 settembre 2013 (causa T-111/11, EU:T:2013:482), la quale aveva ammesso che la Commissione può rifiutare, sulla base di una presunzione generale di riservatezza, la divulgazione degli studi sulla recezione della normativa ambientale europea da parte degli Stati membri. L'esame dei giudici ha interessato primariamente l'art. 4, paragrafo 2, terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001, il quale contiene un'eccezione al principio di trasparenza amministrativa dell'Unione nel caso in cui l'istituzione ritenga necessario tutelare «gli obbiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile». In secondo luogo, la Corte di Giustizia si è espressa anche in merito all'applicazione, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, degli art. 2 e 4, paragrafi 1 e 4, della Convenzione di Aarhus.

L'origine della controversia risale al 30 maggio 2011, quando la Commissione ha negato alla ClientEarth, associazione che si occupa della tutela legale del patrimonio naturale, l'accesso ad alcune sezioni del Piano di Gestione 2010 della Direzione Generale «Ambiente». A fondamento del rigetto è stata dedotta l'importanza diplomatica del contenuto degli atti, trattandosi di studi realizzati da una società esterna su richiesta della Commissione e riguardanti la trasposizione delle direttive europee in materia ambientale. Più precisamente, i documenti includono alcune valutazioni sui provvedimenti nazionali che avrebbero orientato la Commissione nella sua attività di vigilanza sull'adeguamento al diritto dell'Unione.

Il provvedimento di diniego, dunque, ha invocato tre delle eccezioni al diritto di accesso previste all'art. 4 del regolamento n. 1049/2001, ossia la tutela degli obiettivi delle attività di indagine (paragrafo 2, terzo trattino), la tutela del processo decisionale delle istituzioni (paragrafo 3) e, infine, la tutela della vita privata e dell'integrità degli individui (paragrafo 1, lettera b)), ovvero, nel caso di specie, gli autori degli studi compiuti. La questione da accertare in giudizio ha dunque interessato la definizione dei limiti al diritto di accesso nella duplice prospettiva del diritto dell'Unione e del diritto internazionale, alla quale si sono aggiunte, inoltre, alcune problematiche conseguenti relative alla ricostruzione del rapporto tra i due ordinamenti.

2. – Il 13 settembre 2013 il Tribunale dell'Unione ha respinto la richiesta di annullamento del provvedimento della Commissione avanzata dalla ClientEarth, strutturando la decisione su più motivi.

In primo luogo, nell'analisi dei fatti è risultata decisiva la finalità con cui gli studi controversi erano stati elaborati, la quale, come specificato al punto 49 della sentenza, non consiste nella divulgazione al pubblico, ma nel supporto all'attività di vigilanza della Commissione. In tal senso, richiamando una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia (in particolare, la sentenza *Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau*, C-139/07 P, EU:C:2010:376, punti 54 e 62, di cui al punto 71 della decisione), il Tribunale ha sostenuto che debba essere rilevata una presunzione generale di riservatezza relativamente ad alcune categorie di informazioni (punto 75) e che la stessa è stata applicata in diverse occasioni a documenti annessi ai procedimenti amministrativi di controllo sull'attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri (sent. LPN/Commissione, T-29/08, EU:T:2011:448, punto 121 e 127; sent. API/Commissione T-36/04, EU:T:2007:258, punto 121 e 133, richiamate ai punti 70 e 75 della decisione).

In secondo luogo, la sentenza ha rigettato la possibilità di applicare direttamente al caso in esame la disciplina dell'art. 4, paragrafo 4, lett. c) della Convenzione di Aarhus – che limita l'eccezione al diritto di accesso ai soli atti di indagine penale e disciplinare – dal momento che la sua formulazione non è stata ritenuta sufficientemente precisa e incondizionata (punto 95). L'inserimento nell'accordo

internazionale di eccezioni al diritto di accesso in tutela delle attività giudiziarie degli Stati membri, al contrario, è stato ritenuto un valido argomento per confermare un'analoga previsione con riferimento alle funzioni di vigilanza delle «organizzazioni regionali d'integrazione economica» (punto 98).

3. – Nell'ambito del giudizio davanti alla Corte di Giustizia è stata confermata la ricostruzione del contesto normativo compiuta dal Tribunale, alla quale si è tuttavia aggiunto l'esame di alcuni decisivi precedenti giurisprudenziali.

In via preliminare la Corte ha affrontato il tema della dissonanza tra le discipline delle eccezioni al diritto di accesso contenute, da un lato, nell'art. 4, paragrafo 2, terzo trattino del regolamento n.1049/2001 e, dall'altro, nell'art. 4, paragrafo 2, lett. c) della Convenzione di Aarhus. Sembra decisivo, a tal proposito, il richiamo delle motivazioni della sentenza alla decisione di ratifica dell'accordo internazionale (n.2005/370/CE): è stato infatti ricordato che la Convenzione di Aarhus si applica alle istituzioni europee «nel quadro delle loro norme presenti e future sull'accesso ai documenti e delle norme comunitarie emanate dal settore disciplinato dalla convenzione stessa» (punto 41). In questo modo la Corte ha evitato un pronunciamento sul piano sostanziale delle disposizioni controverse, distanziandosi dall'argomentazione “conciliante” dell'avvocato generale Villalón che, con un approccio estensivo, aveva ricondotto le attività di vigilanza della Commissione nel novero delle attività «disciplinari» di cui all'art. 4, paragrafo 2, lett. c) della Convenzione (punto 69 delle conclusioni).

A questo punto la Corte si è domandata, in primo luogo, se gli studi controversi possano essere correttamente considerati «attività di indagine» pur non precedendo immediatamente l'apertura formale di un procedimento contenzioso e, in secondo luogo, se la pericolosità di una eventuale divulgazione degli stessi debba essere considerata in astratto, come sostiene il Tribunale, oppure caso per caso.

Sotto il primo profilo, di nuovo, si rileva una divergenza tra le ricostruzioni della Corte, da un lato, e quella dell'avvocato generale, dall'altro. Quest'ultimo ha promosso una distinzione tra “attività di indagine” e “attività di informazione”, dove la seconda categoria descriverebbe una più ampia opera di analisi sulla recezione del diritto dell'Unione compiuta dalla Commissione, la quale può dar

luogo, eventualmente e secondo le previsioni dei Trattati, a differenti esiti procedurali (punto 43 delle conclusioni). Di conseguenza, secondo l'avvocato Villalón, soltanto i documenti integrati in un procedimento amministrativo aperto o «destinati ad essere integrati nel procedimento imminente» possono essere considerati parti di una inchiesta e protetti dalla divulgazione. Nella ricostruzione dei giudici di Lussemburgo, al contrario, è risultata decisiva la funzione svolta dal documento: gli studi delegati a terzi sarebbero infatti “atti di indagine” in quanto costituiscono la principale fonte di conoscenza delle normative nazionali a disposizione della Commissione, su cui quest’ultima si basa per dichiarare o meno l’inadempienza di uno Stato membro (punto 62 della sentenza).

Per la Corte, dunque, l’accesso a tali studi può essere negato, *ex* art. 4, paragrafo 2, terzo trattino del regolamento n. 1049/2001, nell’ipotesi in cui la pubblicazione comporti un pericolo per l’esercizio delle attività di controllo e per gli sviluppi delle procedure di inadempimento già aperte. Una «presunzione generale di riservatezza», tuttavia, può essere affermata solamente in favore degli studi assunti in procedimenti amministrativi o giurisdizionali in corso, mentre in tutti gli altri casi, ossia quando gli studi non portano all’invio di una lettera di diffida allo Stato membro interessato, l’eventuale diniego deve essere fondato su motivi concreti di pericolo addotti dall’istituzione che ha ricevuto la richiesta di accesso (punto 78).

Nel caso in esame, mancando quest’ultima distinzione tra le informazioni richieste, la Commissione ha illegittimamente allargato l’operatività dell’eccezione di cui all’art. 4, paragrafo 2, terzo trattino, sottraendosi «all’obbligo di esame concreto e specifico [...] di ciascun documento oggetto di domanda di accesso» (cfr. la sentenza *LPN e Finlandia/Commissione*, C-514/11 P e C-605/11 P, EU:C:2013, 738, punto 44, citata dalla Corte al punto 81 delle motivazioni alla decisione in esame).

4. – Le motivazioni del parziale accoglimento dell’impugnazione si prestano ad alcune osservazioni critiche, che si ritiene dovrebbero partire da un raffronto con un precedente orientamento giurisprudenziale fortemente estensivo delle condizioni per l’esercizio del diritto di accesso alle informazioni ambientali (cfr. R. Rota, *Profili di diritto comunitario dell’ambiente*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, Padova, 2012, 226).

Nel corso degli anni la *case-law* di Lussemburgo ha accolto gli appelli alla trasparenza e alla partecipazione nella sfera del diritto ambientale dell'Unione, anche operando una lettura restrittiva delle ipotesi di eccezione alla divulgazione delle informazioni. In questo senso si consideri la sentenza *Mecklenburg*, del 17 giugno 1998 (causa C-321/96, EU:C:1998:300), con la quale la nozione di “azione investigativa preliminare”, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 2, terzo trattino della direttiva 90/313/CE, è stata circoscritta alle sole procedure amministrative che sono, da un lato, finalizzate ad «acquisire prove» o «istruire un procedimento prima che si apra la fase processuale vera e propria», dall'altro, immediatamente introduttive di un procedimento contenzioso o quasi contenzioso (punto 30).

Il nuovo orientamento della Corte, al contrario, è rivolto a salvaguardare una discrezionalità istituzionale nella valutazione delle richieste di accesso. Infatti – secondo quanto emerge ai punti 79 e 101 della sentenza in esame – anche quando un documento non abbia portato all'invio di una lettera di diffida allo Stato membro interessato, ai sensi dell'art. 258 TFUE, e non sia stato acquisito al fascicolo relativo alla fase precontenziosa di un procedimento di inadempimento, la Commissione può validamente respingere una domanda di divulgazione illustrando dei motivi specifici di pregiudizio agli interessi tutelati dall'art. 4, paragrafo 2, terzo trattino del regolamento n.1049/2001.

In conclusione, si suppone che nel caso in esame i giudici abbiano privilegiato una “lettura funzionale”, nella misura in cui, apparentemente, conservare un rapporto confidenziale con gli Stati membri agevola il processo di integrazione sul piano normativo. Un'interpretazione che, tra l'altro, si basa su argomenti controversi rispetto all'impostazione del regolamento n. 1367/2006 sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della Convenzione di Aarhus. Infatti, proprio i «pareri motivati» ed i «passi compiuti nelle procedure di infrazione al diritto comunitario», ai sensi dell'art. 258 TFUE, sono collocati dall'art. 4, paragrafo 2, lett. c), tra le informazioni ambientali a cui gli organi europei e nazionali devono assicurare «la progressiva disponibilità», anche con l'utilizzo di «banche dati elettroniche facilmente accessibili al pubblico attraverso le reti pubbliche di telecomunicazioni» (sul punto, cfr. M. Salvadori, *Il diritto di accesso all'informazione nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in www.evpsi.org, 2010, 13).

Proseguendo nell'analisi della giurisprudenza di Lussemburgo, inoltre, è opportuno ricordare alcuni casi in cui la Corte ha censurato il ricorso alle eccezioni al diritto di accesso da parte degli Stati membri, ritenendo necessario garantire la più ampia trasparenza e partecipazione alla tutela ambientale.

Nella decisione *Križan e altri c. Slovenská inšpekcia životného prostredia* (causa C-416/10, EU:C:2013:8), ad esempio, è stato escluso che l'ubicazione di un impianto possa costituire un'informazione industriale o commerciale "sensibile", ossia in grado di implicare la riservatezza dell'atto di concessione edilizia in base all'art. 4, paragrafo 2, lett. d) della direttiva 2003/4/CE (G.U.C.E. L 41, 14-2-2003, 26-32). I giudici hanno rifiutato qualsiasi ipotesi di bilanciamento tra l'interesse alla trasparenza e l'interesse privato alla segretezza – che invece era stata ammessa dall'avvocato Kokott al punto 92 delle sue conclusioni presentate il 19 aprile 2012 (EU:C:2012:218) – nonostante abbiano riconosciuto «che, in via eccezionale, taluni elementi figuranti nella motivazione di una decisione in materia urbanistico-edilizia possano costituire informazioni commerciali o industriali riservate» (punto 83 della sentenza). Più precisamente, alcuni passaggi della decisione (dal punto 87 al punto 91) esprimono la necessità di garantire un "effetto utile" della direttiva, ossia di evitare che l'accesso tardivo alle informazioni impedisca la partecipazione del pubblico fin dall'inizio del processo decisionale (cfr. G. Ligugnana, *Tutela ambientale e Convenzione di Aarhus in tre sentenze della Corte di Giustizia U.E. del 2013*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 1, 2014, 275).

Un'ultima serie di considerazioni, di importanza centrale, è indirizzata al problema della qualità e della portata dell'interesse pubblico idoneo a giustificare la divulgazione anche in ipotesi di pregiudizio per i beni giuridici tutelati dalle eccezioni di cui all'art. 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001. La Corte di Giustizia, con quest'ultima decisione, conferma che i principi di democrazia e di trasparenza amministrativa possono fondare un «interesse pubblico prevalente», tuttavia, la ClientEarth viene ammonita per non aver indicato quale "rilevanza particolare" avessero assunto nel caso concreto, ossia, per essersi limitata a considerazioni "generiche" (punti 92 e 93).

Potremmo osservare, in tal senso, come l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti di uno o più Stati membri sottrae legittimazione all'accesso

dei soggetti portatori di interessi diffusi, aggiungendosi ai fattori di ostacolo alla partecipazione alla tutela ambientale (cfr. P. Olivier, *op. cit.*, 1461 e ss.; più diffusamente, cfr. M. A. Livermore, R. Revesz, *Interest groups and environmental policy: inconsistent positions and missed opportunities in Environmental Law*, Vol. 1, 2015, 1-17). Un simile orientamento, inoltre, appare in contrasto con una recente decisione con la quale la Corte di Lussemburgo è intervenuta sulla questione dell'accesso alla giustizia da parte delle organizzazioni non governative, obbligando le corti nazionali a conformare, «quanto più possibile», l'interpretazione delle norme processuali agli scopi dell'art. 9, paragrafo 3 della Convenzione di Aarhus (sent. *Lesoochranárske zoskupenie VLK contro Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, C-240/2009, ECLI:EU:C:2011:125, punto 51). La Corte ha infatti incluso espressamente gli enti associativi nell'espressione “membri del pubblico”, restringendo la discrezionalità dei legislatori nazionali in merito all'individuazione dei soggetti cui spetta il diritto di azionare i rimedi giudiziali o amministrativi contro le violazioni del diritto ambientale dell'Unione.

D'altra parte, all'atteggiamento di apertura della Corte non sono seguiti degli interventi regolativi di portata più ampia, che sono considerati necessari al fine di far luce sulle inevitabili “zone d'ombra” lasciate dalla giurisprudenza (cfr. M. Onida, *L'accesso alla giustizia ambientale nell'Unione Europea: un percorso ancora incompiuto?* in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3-4, 2014, 441). Non sono mancati infatti dei successivi *dietrofront* della Corte sull'attuazione, in sede giudiziale, dell'art. 9, paragrafo 3, della Convenzione di Aarhus: in particolare è stato negato che il suo contenuto enunci un obbligo «incondizionato e sufficientemente preciso idoneo a disciplinare direttamente la situazione giuridica dei singoli», subordinando l'esercizio effettivo dei diritti conferiti dalle sue previsioni «all'intervento di un atto ulteriore» di esecuzione (sent. *Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea contro Stichting Natuur en Milieu e Pesticide Action Network Europe*, C-404/12 P e C-405/12 P, ECLI:EU:C:2015:5, punto 47 e 52).

Queste considerazioni inducono a ritenere che la questione dell'accesso alle informazioni e alla giustizia in materia ambientale costituisca una delle sfide più controverse del processo di integrazione. È opportuno valutare, per questi motivi, se limitare la trasparenza sull'attuazione del diritto dell'Unione non ostacoli la

formazione di una coscienza pubblica necessaria a realizzare un «controllo sociale diffuso sul bene-Ambiente», come sembrerebbe auspicato delle istituzioni europee e internazionali (cfr. R. Rota, *op. cit.*, 228).



ISSN 2037-6677

2015/4

La tutela della vita e la “proprietà” dell’embrione umano. Osservazioni a margine della sentenza CEDU, Parrillo c. Italia (ric.46470/11)

The protection of life and the ‘property’ of the human embryo. Reflections on the decision Parrillo v. Italy

Ilaria Rivera

Tag: embrion, ECHR, Parrillo



La tutela della vita e la “proprietà” dell’embrione umano. Osservazioni a margine della sentenza CEDU, *Parrillo c. Italia* (ric. 46470/11)

di Ilaria Rivera

1. – La pronuncia in commento offre l’occasione per riflettere su due tematiche di particolare rilievo e di difficile composizione nel dibattito pubblico attuale.

Con la sentenza *Parrillo c. Italia* (Grande Camera, ric. n. 46470/11) del 27 agosto 2015, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha dichiarato che il divieto di ricerca sugli embrioni crioconservati, previsto dall’art. 13 della legge 40 del 2004, non viola l’art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata) e l’art. 1 del Prot. n. 1 CEDU (diritto di proprietà). È questa una pronuncia particolarmente complessa poiché il giudice di Strasburgo, prima di addivenire alla valutazione nel merito delle lesioni paventate, ricostruisce analiticamente il quadro normativo e giurisprudenziale italiano e sovranazionale sulla procreazione medicalmente assistita e, segnatamente, sul divieto di sperimentazione sugli embrioni ai fini della ricerca scientifica.

Ad uno sguardo più accorto, però, altro sembra essere il percorso logico che colpisce nel ragionamento offerto dalla Corte europea, ossia la prospettazione delle

relazioni intercorrenti tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento CEDU e, quindi, del tracciato giurisprudenziale costituzionale in merito al recepimento della fonte convenzionale europea in ambito nazionale. La pronuncia annotata sembra, quindi, risaltare per le considerazioni del giudice di Strasburgo sia, a monte, nell'operazione di fine ricostruzione dell'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale del giudice delle leggi italiano in relazione alla Convenzione europea, che approda, da ultimo, alla recente sentenza n. 49 del 2015, ove il giudice delle leggi sembra voler porre un argine all'obbligo, per il giudice comune, di interpretazione conforme alle sentenze europee, circoscrivendone l'ambito alla sola giurisprudenza consolidata ovvero alle sentenze pilota, sia nell'individuazione del perimetro di giudizio entro il quale valutare le questioni prospettate al fine di statuire circa la possibile violazione dei diritti vantati da parte ricorrente.

In tal modo, la Corte europea esamina preliminarmente lo stato di avanzamento del grado di recepimento delle norme convenzionali nell'ordinamento nazionale al fine di poter formulare le proprie valutazioni circa la compatibilità del divieto di sperimentazione ai fini della ricerca sugli embrioni, di cui all'art. 13 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"), con i citati artt. 8 e 1 del Prot. 1 CEDU. Invero, il corretto inquadramento della fonte convenzionale nella gerarchia delle fonti consente di individuare anche il grado di coerenza che essa assume a livello interno e la conseguente possibilità di darvi esecuzione, nel confronto con i precetti imposti dalla normativa nazionale. Nel caso di specie, la previa configurazione dei rapporti intercorrenti tra l'ordinamento nazionale e quello CEDU offre l'occasione di comprendere la risposta italiana alle complesse vicissitudini inerenti l'efficacia spiegata dalla Convenzione europea negli ordinamenti degli Stati aderenti.

Proseguendo nella propria argomentazione, la Corte di Strasburgo, come anticipato, ripercorre i principali passaggi giurisprudenziali che hanno riguardato l'applicazione della suddetta legge sulla PMA sia nell'ambito della prospettiva prettamente interna sia nell'ambito nella cornice sovranazionale, non mancando di sottolineare l'eccentricità di talune pronunce dei giudici di merito volte a disattendere i divieti previsti dal dettato normativo in questione, quale quello relativo alla diagnosi preimpianto, da ultimo dichiarato incostituzionale nella sentenza n. 96

del 2015 della Corte costituzionale. In tal modo, il giudice europeo compone i diversi tasselli del multiforme quadro che ha caratterizzato la vigenza della legge sulla procreazione medicalmente assistita, al fine di evidenziarne le possibili incoerenze. Soccorre, in tal senso, il richiamo al proprio precedente *Costa e Pavan c. Italia* (Seconda Sezione, ric. n. 54270/10) del 28 agosto 2012, nel quale il giudice europeo giunge a dichiarare la violazione dell'art. 8 CEDU, da intendersi quale rispetto della vita privata e familiare della coppia ricorrente fertile ma affetta da malattia genetica, determinata dal divieto (irragionevole) di accedere alla diagnosi preimpianto. In quell'occasione, la Corte europea non mancava di sottolineare l'incoerenza del sistema normativo italiano, che, da un lato, non consentiva il ricorso alla DPG alle coppie che non fossero sterili o infertili e, dall'altro, permetteva, però, alla donna di procedere all'aborto terapeutico ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. *b*), della legge n. 194 del 22 maggio 1978 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza") nell'ipotesi in cui il feto fosse risultato affetto da patologie o malformazioni e sempre che vi fosse «un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna». Nella pronuncia richiamata, quindi, la Corte poneva in evidenza l'incoerenza del divieto normativo di procedere a un esame clinico meno invasivo per, poi, consentire il ricorso a una procedura medica particolarmente gravosa per la salute psico-fisica della donna.

Parimenti rilevante, nella strutturazione complessiva dell'assetto argomentativo adottato dalla Corte europea, è anche la rappresentazione del quadro europeo circa la ricerca scientifica sugli embrioni. Tale elemento si inserisce nel solco del consolidato approccio secondo il quale la Corte europea, al fine di valutare la ragionevolezza e la proporzionalità di una misura nazionale nella prospettiva del più ampio quadro normativo convenzionale, tende a valutare anche le soluzioni adottate all'interno degli altri Stati aderenti, al fine di saggiare l'esistenza di un comune consenso europeo ovvero evidenziando la peculiarità dell'ordinamento giuridico in rilievo rispetto agli altri considerati. Nella fattispecie, emerge la diversità delle soluzioni normative adottate dagli Stati membri, tra i quali solo tre riconoscono espressamente la ricerca scientifica sugli embrioni e la produzione degli stessi ai fini sperimentali, mentre la maggior parte di essi vieta la ricerca scientifica sugli embrioni, permettendola, semmai, in casi limitati, come ad esempio in Italia, al fine di tutelare la salute dell'embrione per procedere al successivo impianto uterino.

2. – Anche nella pronuncia in questione, come nella precedente sentenza *Costa e Pavan* sulla diagnosi preimpianto, il Governo italiano solleva l'eccezione del mancato esaurimento delle vie interne ai sensi dell'art. 35 CEDU, osservando che la ricorrente, prima di dolersi dinanzi all'autorità giurisdizionale convenzionale, avrebbe potuto proporre ricorso ad un Tribunale interno ovvero prospettare la relativa questione di incostituzionalità dinanzi al giudice costituzionale. A tal riguardo, la Corte europea, però, osserva che, stante il divieto di sperimentazione ai fini di ricerca sugli embrioni di cui all'art. 13 della citata legge n. 40, difficilmente la ricorrente avrebbe potuto far valere a livello interno le proprie pretese, non sussistendo, nel caso di specie, la concreta possibilità che il ricorso giurisdizionale interno avrebbe potuto rappresentare un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU. Peraltro, richiamando la propria nutrita giurisprudenza, questa prosegue chiarendo che l'accesso alla Corte costituzionale è consentito in via incidentale solo ai giudici comuni, d'ufficio o su istanza di parte, con la conseguenza che «tale ricorso non può essere considerato un rimedio di cui è richiesto l'esaurimento ai sensi della Convenzione» (par. 101). Analogamente, la Corte europea rigetta l'eccezione di irricevibilità proposta dal Governo italiano circa la mancanza, in capo alla ricorrente, del requisito di “vittima”, in quanto – a suo giudizio – questa avrebbe potuto procedere, nel lasso di tempo di latenza nell'entrata di vigore della legge n. 40, a donare i propri embrioni alla ricerca scientifica, non incontrando in tal caso alcuna preclusione legislativa.

A ogni buon conto, la Corte sottolinea come il fatto stesso della sussistenza della normativa *de qua* costituisca un'ingerenza nei riguardi della ricorrente, tale da consentire la configurazione dello *status* di vittima e, soprattutto, accogliendo le obiezioni di controparte, afferma che nel lasso di tempo intercorso tra la morte del marito e l'entrata in vigore della legge, questa non avrebbe potuto procedere ad una chiara e lucida determinazione al riguardo.

3. – Nel merito, la Corte europea passa a esaminare la censura relativa all'art. 8 CEDU. Il Governo obietta, al riguardo, l'inapplicabilità della disposizione al caso in questione, non potendo la ricerca scientifica sugli embrioni e, in particolare, il suo divieto ricondursi al concetto di “vita privata”, la cui tutela è espressamente prevista

dal suddetto articolo. D'altra parte, la ricorrente prospetta l'assoluta irragionevolezza della normativa, che, in alternativa al mancato utilizzo degli embrioni prodotti a seguito di FIVET omologa, consentirebbe esclusivamente la morte degli stessi, senza poterne prevedere un'eterogenesi della fruibilità.

La Corte europea, dopo aver chiarito che la questione sottoposta rientra nella nozione di "vita privata" di cui al suddetto articolo 8 CEDU, afferma con nitore che una siffatta conclusione deriva dalla considerazione che tra la persona sottoposta alla procedura di fecondazione assistita e gli embrioni prodotti sussiste un legame piuttosto forte, in quanto questi ultimi contengono «il patrimonio genetico della persona in questione e rappresentano conseguentemente un elemento fondamentale del patrimonio genetico e dell'identità biologica di quella persona» (par. 158) e conclude nel senso che la possibilità di decidere sul destino degli stessi non sarebbe altro che un'estrinsecazione del proprio potere di autodeterminazione, nonché espressione tipica di un «aspetto intimo della sua vita privata».

Non sembrano, però, convincere del tutto le argomentazioni del giudice di Strasburgo, che pare lasciar intendere che gli embrioni frutto della fecondazione omologa *in vitro* rappresentino, per il solo fatto di contenere un frammento del patrimonio genetico della coppia da cui derivano, un "bene" sul quale poter far valere la propria libera volontà, decidendo in concreto circa i possibili utilizzi che di questi possano farsi, in violazione o meno del dettato normativo che ne prevede espressamente la destinazione a fini riproduttivi (art. 1 della legge n. 40 del 2004).

Ad ogni modo, il giudice di Strasburgo conclude nel senso che, sebbene il divieto disciplinato dall'art. 13 di consentire la sperimentazione sugli embrioni prodotti e non impiantati debba essere inteso quale un'ingerenza dello Stato nella vita privata della ricorrente, fino all'entrata in vigore della legge non vi era alcuna preclusione normativa a che la ricorrente procedesse alla donazione dei propri embrioni al fine della ricerca scientifica. Il diritto che la ricorrente vanta, infatti – a giudizio della Corte – non riguarderebbe l'eventuale genitorialità e il desiderio di veder riconosciuto il diritto alla costruzione di un proprio nucleo familiare, così come tutelato dall'art. 8 CEDU. Al contrario, questo «benché sia naturalmente importante ... non è uno dei diritti fondamentali tutelati dall'articolo 8 della

Convenzione in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità della ricorrente» (par. 174).

La questione relativa al divieto di donare gli embrioni non impiantati ai fini della sperimentazione scientifica rientra tra le questioni etiche e morali particolarmente sensibili, rispetto alle quali gli Stati membri risultano dotati di un certo margine di apprezzamento nella valutazione delle opzioni normative ritenute più idonee alla tutela delle stesse. Tuttavia, come specificato nel prosieguo, tale margine non può considerarsi illimitato e richiede un bilanciamento tra gli interessi pubblici che si intendono tutelare e quelli privati dei soggetti coinvolti.

Proprio in ragione della necessità di assicurare un giusto equilibrio tra i diversi interessi coinvolti, occorre verificare se la legislazione in questione comporti una irragionevole limitazione al diritto all'autodeterminazione della ricorrente circa il desiderio di donare i propri embrioni alla ricerca. Ancorché possa ritenersi apprezzabile il fine perseguito dalla sig.ra Parrillo, la Corte europea rammenta che la possibilità di contribuire alla ricerca scientifica attraverso un atto dispositivo sui propri embrioni rappresenta una circostanza che non coinvolgerebbe esclusivamente la ricorrente, ma anche il marito della stessa, morto in occasione di un assalto militare. La comune derivazione della linea embrionale dal patrimonio genetico di entrambi i soggetti costituenti la coppia fa sì che la scelta circa la destinazione degli stessi non possa essere presa in via autoritativa da uno solo dei membri, ancorché in considerazione dell'intervenuta impossibilità per uno dei due soggetti di esprimere la propria volontà sul punto. In assenza, infatti, di specifiche prove circa la pregressa volontà del compagno di voler procedere alla donazione dei propri embrioni alla ricerca, la Corte conclude nel senso di non ritenere sproporzionata la legislazione in questione e, soprattutto, di considerare il divieto di cui all'art. 13 «necessario in una società democratica», compatibilmente con il dettato dell'art. 8, par. 2, CEDU. Invero, la Corte europea non compie una valutazione in astratto della normativa interna, ma esamina in concreto se questa possa recare un pregiudizio al diritto della ricorrente, «vale a dire la restrizione del suo diritto all'autodeterminazione riguardo al destino dei suoi embrioni» (par. 191). Nel caso di specie, la Corte ravvisa che la norma, sebbene si presti ad aporie logiche, ad ogni

modo non è suscettibile di incidere direttamente sul diritto della ricorrente, con la conseguenza di non potersi ritenere irragionevolmente posta.

4. – Rileva, infine, la questione riguardante la prospettata lesione dell'art. 1 Prot. 1 CEDU. La ricorrente sottolinea che gli embrioni prodotti tramite la fecondazione *in vitro* e non più impiantati non possono considerarsi “persone” *stricto sensu*, in quanto insuscettibili di svilupparsi in feti e nascere. In tal senso, a giudizio della signora Parrillo, questi avrebbero potuto essere considerati beni. D'altro canto, lo Stato italiano rappresenta che l'embrione non può essere considerato in alcun modo un “bene”, suscettibile di valutazione economica. E ciò anche in ragione della consolidata convinzione di ritenere l'embrione un soggetto titolare del diritto al rispetto dovuto alla dignità umana.

Snodo principale delle dissertazioni proposte è costituito, dunque, dallo *status* dell'embrione umano.

La Corte europea ripercorre i propri orientamenti circa l'interpretazione del concetto di *proprietà* tutelata dalla disposizione in esame. Stupisce, peraltro, la sintetica argomentazione addotta a sostegno della dichiarazione di non violazione del diritto al rispetto alla proprietà privata. Infatti, il giudice europeo si limita ad affermare che, nella fattispecie, non può applicarsi l'art. 1 Prot. 1 CEDU, ma semmai l'art. 2 CEDU (diritto alla vita), pur non volendo, al riguardo, addentrarsi nelle fitte trame che percorrono le questioni inerenti all'individuazione del momento nel quale può considerarsi iniziata la vita umana. Unico elemento che la Corte europea sembra valorizzare nell'escludere l'applicabilità di tale norma (art. 1 Prot. 1 CEDU) è la costante interpretazione che il giudice europeo ha dato della stessa, privilegiando gli aspetti economici e patrimoniali che concretamente emergono. In tal senso, quindi, a giudizio della Corte, l'embrione umano non potrebbe considerarsi una *res* alla stregua della disposizione in questione.

5. – Quella che qui si annota è sicuramente una pronuncia complessa, forse non del tutto condivisibile negli approdi argomentativi cui perviene e il cui sviluppo non sempre coerente sembra essere necessitato dalla delicata questione che ne costituisce

l'imprescindibile presupposto, non solo però nella panoramica dei rapporti interordinamentali rispetto ai quali sembra costituire un ulteriore tassello nella progressione del complesso dialogo tra le Corti nazionali e quelle sovranazionali, ma anche nella prospettiva della composita reazione degli stessi membri del collegio europeo, alcuni dei quali hanno adottato opinioni parzialmente divergenti rispetto al *reasoning* della maggioranza.

Pur non volendo scendere nelle puntuali obiezioni rappresentate dai giudici nelle opinioni allegate, ciò che preme sottolineare e che sembra costituire il filo conduttore che attraversa l'intero percorso motivazionale che gli stessi abbracciano verte, più nello specifico, sulla possibile conciliabilità tra ricerca scientifica e dignità (dell'embrione). Come emerge dall'opinione espressa dal giudice Pinto De Albuquerque, «il progresso scientifico non deve essere costruito sul disprezzo per l'ontologica natura umana. L'obiettivo scientifico di salvare vite umane non giustifica mezzi che sostanzialmente sopprimono altre vite» (par. 43) In senso analogo, anche il giudice Dedov, ponendo l'attenzione sul carattere assoluto ed inviolabile della vita umana di cui all'art. 2 CEDU, afferma che, sul punto, non possono valere in alcun modo valutazioni relative al margine di apprezzamento statale, al consenso ovvero alla sovranità degli Stati stessi. La vita dell'embrione umano non è, quindi, sacrificabile, «al fine della concorrenza degli Stati nella biomedicina» (par. 8 opinione). Essa, infatti, non potrebbe essere *compromessa* per il solo fatto che il suo sviluppo, fino al momento del suo impianto, è solo potenziale. Peraltro, con un'affermazione che sembra essere (apparentemente) risolutiva dei possibili contrasti che possono generarsi nel dibattito pubblico in relazione ai concreti confini di protezione dell'embrione umano, in quanto espressione primigenia della vita umana, il giudice Dedov chiarisce che la considerazione circa la natura assoluta del diritto alla vita, anche nell'estrinsecazione iniziale dell'embrione umano, sembra conciliare «tutte le opinioni etiche, morali, religiose, scientifiche, sociali o di altro genere» (par. 12).

Significative sono, peraltro, le motivazioni offerte congiuntamente dai giudici Casadevall, Ziemele, Powe-Forde, De Gaetano e Yrskivska nella propria opinione parzialmente dissenziente: questi, infatti, criticando la visione positivista e riduzionistica adottata dalla maggioranza nella decisione in commento, osservano

che «la semplice condivisione del patrimonio genetico rappresenta una base rischiosa e arbitraria per determinare che il destino di un'entità umana rientri nel campo di applicazione del diritto di un'altra persona all'autodeterminazione» (par. 7 opinione). In tal modo, pur venendo in rilievo un nobile intento della ricorrente di dar luogo alla donazione degli embrioni inutilizzati alla ricerca scientifica, la Convenzione europea non potrebbe essere intesa come un catalogo che, piuttosto che i *diritti*, tutela i *desideri* e promuove «i sentimenti di vario genere» (par. 9).

Quanto, infine, ai “diritti altrui” che il divieto legislativo andrebbe a tutelare e che la Corte europea richiama a sostegno della propria posizione, il giudice Sajò sottolinea l'assoluta indeterminatezza di una tale affermazione che lascia vagamente intendere che i valori e gli interessi coinvolti siano molteplici, non permettendo, però, la corretta individuazione dei rispettivi ambiti di frizione e di confronto. Il giudice dissenziente si chiede se con l'espressione “altrui” si faccia specifico riferimento all'embrione e se, più in particolare, questo possa essere considerato “persona”, dato che nel testo della legge n. 40 l'embrione è configurato solo come soggetto titolare di diritti. In tal senso, conclude nel senso che «[i]l fatto che non rientri nella categoria dei beni non trasforma l'embrione in un essere umano né in un titolare di diritto. Il fatto che vi sia un interesse a tutelare una potenziale vita non può essere messo sullo stesso piano del diritto di una persona» (par. 6). E, coerentemente con quanto affermato, pone l'accento sull'incoerenza della disciplina italiana che vieta – a suo dire, irragionevolmente – di donare gli embrioni ai fini sperimentali, in considerazione di due preminenti ragioni: in primo luogo, la scelta del soggetto di procedere alla donazione degli embrioni per favorire la ricerca scientifica costituirebbe una decisione di natura personale, e, come tale, insuscettibile di valutazioni aprioristiche che ne restringano normativamente le possibilità attuative. In secondo luogo, la pretesa priorità assiologica della *vita potenziale* rispetto all'interesse di contribuire alla ricerca scientifica risulterebbe ancor più sproporzionata alla luce dell'incoerente quadro normativo interno che consente il ricorso all'aborto terapeutico, che rappresenta – come visto – una misura egualmente invasiva, se non massimamente invasiva, nei riguardi della donna che vi si sottopone.

6. – La questione relativa al divieto di sperimentazione sugli embrioni umani di cui all'art. 13 della legge n. 40 del 2004, oltre a costituire oggetto d'attenzione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia qui annotata, ha rappresentato, altresì, ambito di giudizio da parte del giudice delle leggi nella recente sentenza n. 229 del 2015.

La Corte costituzionale, in tale pronuncia, dichiara l'incostituzionalità della norma in questione nella parte in cui punisce la condotta del personale medico volta a selezionare degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata a evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche. Al riguardo, il giudice delle leggi parte dall'assunto che, a seguito della sentenza n. 96 del 2015, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili ma affette da malattie genetiche trasmissibili, secondo il criterio normativo di gravità previsto dalla legge n. 194 del 1978, è venuta meno *ex se* la possibilità di vietare la selezione sugli embrioni, ritenendo, quindi, ammissibile la condotta selettiva del medico atta a individuare, tramite l'esame della diagnosi preimpianto, gli embrioni che non siano malati in virtù del successivo impianto uterino, posto il divieto di soppressione di quelli malati. Ciò, quindi, a giudizio della Corte costituzionale, in attuazione del *principio di non contraddizione*.

Nell'ambito dell'assetto motivazionale della sentenza n. 229 del 2015, peraltro, sembra costituire la cifra di tutto il ragionamento, in linea con quanto precedentemente affermato in sede europea nel caso *Parrillo*, l'affermazione secondo la quale «[l']embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico». D'altra parte, la valorizzazione dell'elemento vitale insito nell'embrione umano sembra risaltare anche nelle parole della Corte di giustizia nella sentenza *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* (C-364/13, sentenza 18-12-2014, non ancora pubblicata), nella quale i giudici di Lussemburgo, riprendendo e, in parte, correggendo le argomentazioni espresse nella precedente sentenza *Brüstle c. GreenPeace eV* (causa C-34/10, sentenza 18-10-2011, in *Racc.* 2011 I-09821), chiariscono che non può considerarsi “embrione umano”, ai sensi della direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni

biotecnologiche (Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998), un organismo inidoneo a svilupparsi in essere umano, con la conseguente possibilità di utilizzo a fini industriali o commerciali. La Corte di giustizia sembra porre l'attenzione sulla valutazione concreta circa la *potenzialità* dell'organismo prodotto, a nulla rilevando ipotetiche considerazioni sul possibile sviluppo. Ed è proprio in questo che sembra risiedere la straordinarietà della vita umana, che, al di là della specifica connotazione giuridica che le si vuole riconoscere, non potrebbe essere svilita al punto di considerarla come un mero accumulo organico. In virtù di quanto affermato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 27 del 1975, ancorché «non esist[a] equivalenza fra ... salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare», non si potrebbe pervenire ad una concezione della *vita umana* quale frutto di una valutazione selettiva delle caratteristiche meritevoli di tutela.

La sua essenzialità deriva dal fatto di essere centro di imputazione di *dignità*, che ne fonda il riconoscimento e ne assicura la coerente protezione, proprio in ragione del suo valore *personale* e non meramente *reale*.



ISSN 2037-6677

2015/4

Il ricongiungimento dei familiari di Paesi terzi alla prova dei “filtri” di integrazione. La Corte di giustizia riconduce gli Stati membri al vincolo di proporzionalità

Third countries families’ reunification and the ‘filters’ of integration. The Court of Justice brings member states back to the proportionality requirement

Giampiero Santilli

Tag: proportionality, family, reunification



Il ricongiungimento dei familiari di Paesi terzi alla prova dei “filtri” di integrazione. La Corte di giustizia riconduce gli Stati membri al vincolo di proporzionalità

di Giampiero Santilli

1. – Con rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato olandese, la Corte di Giustizia è stata interpellata in ordine all’interpretazione dell’art. 7, par. 2 della direttiva 2003/86/CE del 22-09-2003 (in *G.U.U.E.* L 251 del 3-10-2003) al fine di verificare l’ammissibilità delle misure di integrazione adottate dai Paesi bassi in ordine al ricongiungimento familiare tra cittadini extracomunitari. Detta norma stabilisce che gli Stati membri possono chiedere al cittadino di Paesi terzi di soddisfare particolari condizioni ai fini dell’ingresso nel territorio nazionale del familiare soggiornante. Già con la prima *Relazione sull’applicazione della Direttiva 2003/86* (COM 2008/610), la Commissione aveva evidenziato alcune criticità, imputando agli Stati membri di avere un margine di discrezionalità troppo ampio nell’applicazione della c.d. “clausola facoltativa” sui requisiti di integrazione. In seguito – a partire dal *Libro verde sul diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini di paesi terzi che vivono nell’UE* (COM 2011/735) – venivano assentite le sole misure di iniziativa statale finalizzate al migliore inserimento degli immigrati nel contesto sociale di destinazione, nel rispetto del principio di proporzionalità. In questo modo i Paesi membri venivano orientati verso una interpretazione restrittiva dell’art. 7,

par. 2 della direttiva, in linea col *favor* assegnato dal legislatore comunitario al diritto alla riunificazione familiare dei migranti. Ogni diversa declinazione applicativa del dettato normativo ne avrebbe svuotato il contenuto precettivo, con evidenti ripercussioni sul sistema di garanzie accordato dalla direttiva. D'altro canto, con il varo del Libro verde del 2011, proprio la Commissione aveva lanciato una consultazione pubblica per acquisire informazioni sulle questioni che, *in subiecta materia*, giustificassero un intervento correttivo della disciplina vigente. Le auspiccate modifiche non avrebbero però inciso sulla clausola riguardante le misure di integrazione che, a tutt'oggi, presta il fianco a possibili distorsioni interpretative e, conseguentemente, alla potenziale diffusione di inopinati ostacoli al ricongiungimento familiare. Tali problematiche sono confluite in modo emblematico nel caso in commento, che la Corte ha preso in esame sviluppando significative argomentazioni sulla dimensione attuativa delle misure di integrazione rimesse all'iniziativa degli Stati membri.

Nella legislazione dei Paesi bassi l'art. 7, par. 2 della dir. 2003/86 è stato recepito attraverso la previsione di un test attitudinale che obbliga lo straniero, candidato al ricongiungimento, all'acquisizione di una discreta conoscenza della lingua e della cultura nazionale. Il superamento dell'esame di integrazione rappresenta una *conditio sine qua non* ai fini del soggiorno nello Stato olandese, che ha scartato l'alternativa ipotesi di ricorrere a corsi di formazione "*post* ingresso". Il test in questione, infatti, deve essere svolto presso la rappresentanza diplomatica del Paese di origine dell'interessato. Questa scelta, in linea teorica, dovrebbe facilitare l'acquisizione *ex ante* delle competenze linguistiche di base e delle regole di civile convivenza radicate nella società accogliente, in linea con le esigenze – espresse dalla direttiva – di agevolare gli stranieri all'inserimento consapevole nello Stato di destinazione. Trattasi dunque di misure che, sul piano generale, non appaiono ostative al ricongiungimento tra cittadini extracomunitari, se non fosse che – ad un'analisi più approfondita – sia venuta in luce una loro potenziale incompatibilità con le finalità della direttiva, configurandosi come possibili ostacoli all'esercizio del diritto all'unità familiare.

2. – Nella fattispecie le cittadine extracomunitarie K e A si vedevano rigettare la domanda di permesso di soggiorno temporaneo nel territorio olandese ai fini del ricongiungimento familiare con i rispettivi coniugi. I motivi di diniego, addotti dal *Minister van Buitenlandse Zaken* (Ministero degli affari esteri dei Paesi bassi), venivano collegati alla mancata applicazione del regime di esenzioni, pure previsto dal diritto interno, ove si ammette l'esonero dall'esame di integrazione civica nei casi di grave impedimento fisico o psichico in capo al cittadino proveniente da Paesi terzi. In effetti la cittadina azerbaijana (K) e quella nigeriana (A) avevano invocato dette scriminanti a fronte della impossibilità di recarsi presso l'ambasciata competente per sottoporsi al test d'ingresso, in quanto affette da gravi patologie. Il Ministero degli affari esteri, esaminata la certificazione medica allegata alle domande, le rigettava sul presupposto dell'inidoneità dei lamentati problemi di salute ai fini dell'esenzione dall'esame di integrazione, ravvisandosi in entrambi i casi un intento elusivo degli art. 14 e 16 par. 1, lett. h) della legge sugli stranieri "Vw 2000" (*Vreemdelingenwet 2000*) – che ha recepito gli artt. 4, par. 1 e 7, par. 2 della dir. 2003/86 – nonché degli artt. 3.71a, 3.98a e 3.98b del decreto sugli stranieri "Vb 2000" (*Vreemdelingenbesluit 2000*). Tale disciplina, nel diritto olandese, è ulteriormente corredata dalla legge sull'integrazione civica "Wi" (*Wet inburgering*), dal regolamento sugli stranieri del 2000 (*Voorschrift Vreemdelingen 2000*) e dalle circolari "Vc 2000" (*Vreemdelingencirculaire 2000*) e n. 7/2011 del Servizio dell'immigrazione e naturalizzazione.

Disatteso il reclamo amministrativo, le aspiranti al ricongiungimento proponevano ricorso in via giudiziaria al *Rechtbank's-Gravenhage* (Tribunale dell'Aia) che, in accoglimento dei motivi di gravame, ammetteva le ricorrenti al soggiorno temporaneo. Tale pronuncia veniva impugnata dal *Minister van Buitenlandse Zaken* con appello al *Raad van State* (Consiglio di Stato), determinandosi una vicenda processuale fortemente dibattuta, per la cui soluzione veniva invocato l'intervento dirimente della Corte di Lussemburgo.

3. – Il giudice comunitario si è dovuto confrontare con le divergenti posizioni interpretative assunte nel contraddittorio processuale in ordine al contenuto della dir. 2003/86. Il giudice di prime cure si era pronunciato dichiarando l'illegittimità – per contrasto con l'art. 7, par. 2 della direttiva – delle norme nazionali che

impongono allo straniero il previo superamento di un esame di integrazione ai fini del ricongiungimento. Questa impostazione riproduceva, in fin dei conti, il contenuto delle osservazioni presentate dalla Commissione europea nell'ambito del procedimento C-155/11 PPU (*Bibi Mohammad Imran c. Minister van Buitenlandse Zaken*), peraltro richiamate dalle ricorrenti K e A. Le autorità olandesi, al contrario, avevano argomentato in senso opposto traendo spunto dal Libro verde del 2011, che aveva segnato un netto ridimensionamento dell'avversione ai test preventivi di integrazione civica. In effetti la Commissione – al p.to II, 2.1 del documento – veniva a sancire l'ammissibilità delle misure di integrazione di iniziativa statale che fossero conformi ai principi di proporzionalità e ragionevolezza (conformemente v. *Comunicazione concernente gli orientamenti per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento*, COM 2014/210 def.). La stessa Corte di giustizia aveva riconosciuto ai Paesi membri una certa autonomia nella statuizione delle condizioni di integrazione, purché queste non vanificassero il *placet* espresso dal legislatore comunitario a vantaggio dei flussi migratori di natura familiare (cfr. Corte giust., sent. 04-03-2010, causa C-578/08, *Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, p.to 43). Questa impostazione avrebbe trovato ulteriore sviluppo in altre successive pronunce favorevoli alla diffusione di strumenti di integrazione di matrice statale, purché funzionali al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva (*ex multis*: Corte giust., sent. 26-04-2012, causa C-508/10, *Commissione c. Paesi Bassi*, p.to 75).

Nel caso analizzato la Corte non si è discostata da tale orientamento, richiamando l'obbligatorietà di misure di integrazione adeguate alle finalità da conseguire, onde impedire agli Stati dell'Unione di imporre incombenze ed oneri di ricongiungimento così gravosi da rendere impraticabile l'esercizio del relativo diritto. Per tale ragione la Corte non ha reputato irragionevoli, perlomeno in astratto, le procedure di accesso alle conoscenze di base della lingua ufficiale dello Stato di destinazione e della sua cultura, in quanto utili ai migranti per le future interazioni con i cittadini nazionali e l'inserimento nella società ospitante. Ma proprio il rinvio al principio di proporzionalità ha imposto al giudice comunitario un ulteriore vaglio sul concreto atteggiarsi delle condizioni di integrazione contemplate dalla legislazione olandese. Ed infatti, nel convincimento della Corte, se un test di integrazione può ben rappresentare lo strumento di verifica dei saperi minimi richiesti ai fini del

ricongiungimento, resta salvo ed impregiudicato l'onere di valutare la reale consistenza delle conoscenze da acquisire, delle ipotesi di esenzione e delle spese di preparazione e partecipazione al predetto test di integrazione. Proprio su questi campi si gioca la partita della corretta configurazione delle misure di integrazione di iniziativa nazionale e, conseguentemente, della loro legittimità.

4. – Su tali aspetti le soluzioni adottate dai Paesi bassi hanno manifestato evidenti criticità. Invero il primo ostacolo sul quale si sono infranti i motivi d'appello dedotti dalle autorità olandesi, è consistito nella verifica degli effetti discriminatori riconducibili all'onerosità dei costi dell'esame di integrazione (pari ad euro 350,00 per ogni tentativo) e del relativo pacchetto di preparazione (pari euro 110,00), cui vanno aggiunte le spese di viaggio per il raggiungimento della sede delle prove. Infatti l'art. 3.11 del Regolamento sugli stranieri del 2000 prevede che i programmi d'esame di cui all'art. 3.98a, par. 3 e 6 del "Vb 2000", con i relativi quiz, vengano riprodotti in un manuale di autoapprendimento, disponibile in 18 lingue, e che l'interessato debba sostenere l'esame a distanza, recandosi presso l'ambasciata dei Paesi bassi insediata nello Stato di origine o in quella più vicina. Contestualmente la circolare "Vc 2000" precisa che l'insufficienza di risorse per accedere all'esame o per raggiungere l'ambasciata competente non costituisce prova sufficiente per invocare l'applicazione di esenzioni, e neppure la circostanza che il materiale didattico non sia disponibile in una delle lingue che il candidato padroneggi.

La Corte non ha avuto difficoltà nel denunciare le anomalie di una procedura così congeniata al cospetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, posto che l'onerosità dei suoi costi non si giustifica per esigenze di copertura finanziaria e, in sostanza, si traduce in una scelta politica contrastante col grado di "apertura" mostrato dall'Unione in favore dei flussi migratori dovuti al ricongiungimento familiare. Ed è inevitabile che le misure propedeutiche all'inserimento nel Paese ospitante debbano prescindere da barriere d'ingresso di natura patrimoniale poiché, in caso contrario, si determinerebbe la non auspicabile affermazione di procedure di reclutamento su base censitaria, in spregio ai caratteri di democraticità e parità di trattamento nell'accesso alle procedure di integrazione. D'altra parte, sebbene sul diverso tema dei contributi per il rilascio dei permessi di soggiorno, il giudice

comunitario aveva già censurato i Paesi bassi per aver richiesto ai cittadini di Paesi terzi il pagamento di oneri tributari reputati eccessivi in considerazione della loro notevole incidenza finanziaria su detti individui (v. Corte giust., sent. 26-04-2012, causa C-508/10, *cit.*, p. 14, p.to 74).

La Corte, nella decisione in commento, ha in fin dei conti raccolto gli orientamenti espressi dalla stessa Commissione in occasione del Libro verde del 2011 e della successiva Comunicazione del 2014, allorquando ha sollecitato i Paesi dell'Unione a garantire che – a fronte della possibile scelta di subordinare l'esito di una domanda di ricongiungimento al superamento di un test – tale prova fosse accessibile quanto a sede d'esame, costi di iscrizione e disponibilità del materiale di preparazione (sul tema v. Corte giust., sent. 04-06-2015, causa C-579/13, *P. e S. c. Commissie Sociale Zekerheid Breda*, p.to 49). E tale concorde impostazione ha fatto scaturire una decisione improntata al netto dissenso avverso le scelte compiute dai Paesi bassi, che il giudice di Lussemburgo ha dovuto censurare, in primo luogo, per l'eccessiva tassazione cui è subordinato l'accesso alla procedura di integrazione, per la rilevante onerosità del kit di autoapprendimento e l'inevitabile costo degli spostamenti da e verso la rappresentanza diplomatica sede d'esame.

5. – La Corte è stata inoltre interpellata in ordine all'ammissibilità delle misure di cui trattasi in considerazione delle relative ipotesi di esenzione. Il diritto olandese prevede infatti l'esonero dal test di integrazione in presenza di comprovati problemi di salute che impediscano all'interessato di sostenere l'esame e, in via subordinata, nel solo caso di applicazione della "clausola di equità" prevista dall'art. 37.1, par. 2 lett. d) del "Vb 2000". Tale clausola trova applicazione quando il diniego al ricongiungimento determini una grave ingiustizia, ossia al ricorrere di particolari circostanze che impediscano durevolmente al candidato di superare le prove propedeutiche al ricongiungimento familiare. In tal senso, nell'impostazione adottata dal Ministero degli affari esteri, l'aspirante al ricongiungimento dovrebbe comunque dimostrare di aver compiuto ogni sforzo per superare il test di integrazione civica attraverso ripetuti tentativi, pur se con esito negativo. Ma la norma in questione, come rileva il giudice del rinvio, non consente di apprezzare, ai fini dell'esonero, quelle condizioni particolari che impediscano oggettivamente all'interessato di

partecipare alle prove, sia per problemi di salute sia per l'eccessiva onerosità dei relativi costi, rendendo impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto all'unità familiare.

Il giudice di Lussemburgo ha fatto proprie le osservazioni poste a fondamento del rinvio pregiudiziale evidenziando l'erroneo assetto della menzionata "clausola di equità", che lascerebbe escluse dal regime degli esoneri le motivazioni addotte a tal fine dalle cittadine extracomunitarie K ed A, nonostante avessero lamentato l'impossibilità di raggiungere le sedi d'esame per gravi problemi di salute. Il Ministero, per contro, non riteneva applicabile l'esenzione *ex art. 37.1, par. 2 lett. d)* del "Vb 2000" in quanto le aspiranti al ricongiungimento non avevano fornito alcuna prova di essersi prodigate in ogni modo per superare l'esame di integrazione, come viceversa sarebbe avvenuto se esse avessero comunque preso parte alle prove.

La decisione in commento ha dunque sancito l'illegittimità delle condizioni di ricongiungimento familiare decise dai Paesi bassi proprio in considerazione delle loro caratteristiche, delle modalità di svolgimento dell'esame di integrazione, dei relativi costi e delle lacune evidenziate nella disciplina dei casi di esenzione. Tali aspetti, per il giudice comunitario, impediscono o comunque rendono eccessivamente difficile la riunificazione tra migranti, ponendosi in netto contrasto con le finalità della direttiva di riferimento che – pur ammettendo prerequisiti di integrazione decisi dagli Stati membri – non consente ingiustificate compressioni del diritto alla vita familiare. Di qui il monito alla personalizzazione del regime di accesso al ricongiungimento, in ragione delle condizioni soggettive degli interessati, fino a giustificare l'esenzione dal test di integrazione ove specifiche circostanze soggettive determinino una impossibilità oggettiva e non transitoria a parteciparvi. La pronuncia in esame, in tal senso, contribuisce in modo rilevante a ristabilire la corretta interpretazione della clausola facoltativa di cui all'art. 7, par. 2 della dir. 2003/86 e a rinforzare il sistema di garanzie a tutela delle legittime aspettative di ricongiungimento familiare tra cittadini di Paesi terzi. Su questo piano, dal testo della sentenza, si ricava una precisa esortazione a valutare gli elementi delle singole fattispecie alla luce del principio di proporzionalità, anche per conseguire il giusto equilibrio tra le esigenze individuali di ricongiungimento familiare e quelle collettive di verifica e controllo dei flussi migratori (cfr. a riguardo Corte EDU, sent. 21-12-

2001, *Sen c. Paesi Bassi*, ric. n. 31465/96, par. 37). Ne deriva un sostanziale invito all'applicazione individualizzata delle misure-filtro decise dagli Stati, che tenga conto delle circostanze particolari di ciascun caso trattato per prevenire i possibili effetti discriminatori derivanti dalla rigida applicazione dei criteri di integrazione. D'altro canto il rinnovato richiamo alla ragionevolezza e proporzionalità di siffatti strumenti rappresenta un ulteriore contributo per il contrasto di possibili aberrazioni applicative, laddove le riferite misure non siano preordinate all'accrescimento delle *chances* di integrazione degli immigrati ma, al contrario, siano sospinte dalle istanze nazionali di contingentamento degli ingressi. Il pericolo da prevenire è che il "parametro dell'integrazione" si trasformi «da obiettivo dell'immigrazione legale in elemento di selezione nell'ambito delle decisioni sull'ammissione del migrante» (così G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2015; sulle tendenze anti multiculturaliste in UE v.: CNEL, *Dall'ammissione all'inclusione, verso un approccio integrato?*, Roma, 27-11-2012, in www.cnel.it).

6. – La sentenza in esame, in questo ambito di problematiche, assume un rilievo non trascurabile per aver offerto ulteriore dimostrazione dell'imprescindibilità di una interpretazione restrittiva della "clausola di opzione", onde impedire qualunque forzatura dei margini di discrezionalità concessi agli Stati membri che, in sede di trasposizione della direttiva, potrebbero introdurre criteri di ricongiungimento discriminatori e puramente selettivi. In effetti la diffusione di procedure di integrazione preventiva – di per sé conformi allo spirito della dir. 2003/86 – può nondimeno comportare l'innalzamento di sostanziali barriere alla "migrazione familiare" laddove il Paese di destinazione non sia incline ad una certa flessibilità nell'applicazione delle misure adottate. Pertanto il rifiuto automatico del ricongiungimento familiare a motivo del mancato superamento dell'esame di integrazione civico/linguistica – che non tenga conto di eventuali circostanze impeditive addotte dal candidato – sarebbe in contrasto con la direttiva stessa, quantomeno per violazione dell'obbligo di "personalizzazione" delle pratiche di ricongiungimento derivante dall'art.17; ed ancor più illegittimo per violazione dell'art. 4, par. 1, della direttiva 2003/86 e dell'art. 8 CEDU, che impongono agli Stati l'adempimento di obblighi positivi volti al riconoscimento effettivo del diritto

alla vita familiare (cfr. Corte giust., sent. 27-06-2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, p.to 60; Corte EDU, sent. 21-12-2001, *cit.*, ric. n. 31465/96; in dottrina: R. Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012, p. 23 ss.; L. Tria, *Il diritto all'unità familiare degli stranieri e degli apolidi nell'Unione europea e in Italia: una prospettiva di sintesi*, in www.europeanrights.eu). In tal modo la Corte ha inevitabilmente prospettato il rischio di illegittimità del diniego di ricongiungimento opposto al richiedente nei casi in cui le autorità nazionali abbiano rinunciato a una ponderata ed opportuna disamina delle circostanze del caso concreto, rendendosi protagoniste di una sostanziale affievolimento del fondamentale diritto alla riunificazione familiare.



ISSN 2037-6677

2015/4

Responsabilità dello Stato ed inadempimento delle autonomie regionali. La dimensione europea della problematica dei rifiuti in Campania

State responsibility and non-fulfillment of regional authorities. The European dimension of the waste emergency in Campania

Laura Assunta Scialla

Tag: responsibility, Campania, waste

www.dpce.it



Responsabilità dello Stato ed inadempimento delle autonomie regionali. La dimensione europea della problematica dei rifiuti in Campania – Corte di Giustizia dell’Unione europea (terza sezione). Sentenza 16 luglio 2015, causa C-653/13, *Commissione europea c. Repubblica italiana*

di Laura Assunta Scialla

1. – La sentenza in commento concerne una problematica alquanto tipica nell’ambito degli ordinamenti composti: quella cioè della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario commesse da un ente territoriale autonomo. È noto che l’ordinamento europeo attribuisca allo Stato centrale sia la facoltà di assumere obblighi per il recepimento di atti comunitari sia la relativa responsabilità in caso di eventuali inadempimenti o infrazioni degli obblighi assunti; così com’è noto che lo Stato non possa esimersi dalla condanna all’inadempimento, richiamando motivi attinenti alla distribuzione delle competenze all’interno del proprio ordinamento (in dottrina G.F. Ferrari, *La partecipazione delle regioni alla produzione del diritto comunitario dopo Maastricht*, in *Le Regioni*, 1992, n.5, 1247 ss.; G. D’Ignazio (cur.), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milano, 2007). In particolare, queste circostanze producono effetti di estrema rilevanza nel settore dei rifiuti, dove cioè lo Stato italiano ha scelto la base regionale quale ambito territoriale ottimale per il recupero e lo smaltimento.

Nel caso di specie il giudice comunitario è intervenuto sull'annosa questione relativa alla contrapposizione tra l'esecutivo europeo e lo Stato italiano, ritenuto responsabile, a causa delle inadempienze della Regione Campania, di non aver correttamente applicato la direttiva 2006/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2006, in *G.U.U.E.* L114/9, 27.4.2006, modificata con direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, in *G.U.U.E.* L312/3, 22.11.2008. L'Italia ha recepito la direttiva nel 2006 con il decreto legislativo n. 152 del 3 aprile 2006, che, nel delineare il riparto di competenze interno, ha statuito che le Regioni hanno il compito di adottare il piano per la gestione dei rifiuti e realizzare un sistema di gestione integrato coerente, con l'individuazione di "ambiti territoriali ottimali", in conformità con la normativa nazionale ed europea. La Regione Campania ha definito le zone territoriali omogenee in cui si doveva procedere alla gestione ed allo smaltimento dei rifiuti urbani prodotti nei rispettivi bacini. Tuttavia, dal 1994 in poi si è verificata una situazione emergenziale in tale Regione, che è stata fonte di preoccupazione non solo a livello internazionale, ma anche europeo (per la ricostruzione della complessa vicenda si rinvia a L. Baroni, *Lo sguardo vigile dell'Europa sulla 'emergenza rifiuti' in Campania*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2011, n.4, 1093 ss.; C. Bassu, *Emergenza rifiuti a Napoli: la doppia faccia della sussidiarietà*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, n. 2, 403 ss.). Questa fase d'emergenza è stata avviata con il D.P.C.M. dell'11.02.1994, con il quale il Governo ha optato di nominare un Commissario Straordinario (nella figura di un Prefetto), con poteri straordinari, in sostituzione degli organi di gestione territoriale. Dal 1996 fino al 2003, ogni anno è stato prorogato lo stato emergenziale, attraverso reiterate ordinanze (in particolare con le ordinanze nn. 3100/2000 e 3111/2001, nel riconfermare i poteri speciali al Commissario delegato-Presidente della Regione ed al Prefetto di Napoli fino alla cessazione della fase emergenziale, è stato disposto che i Prefetti delle Province della Campania, nelle more del completamento degli impianti di produzione ed utilizzo del combustibile derivato dai rifiuti, adottassero tutte le misure idonee per la gestione delle discariche esistenti, ampliandone, qualora necessario, i relativi volumi). Per lo svolgimento di tali compiti, il Presidente della Regione Campania ha potuto avvalersi di un Commissario vicario, oltre che del Vicecommissario e dei Subcommissari già precedentemente nominati. Fissata la cessazione della fase emergenziale al 31.12.2009, con decreto legge n. 195 del 2009,

è stato infine disposto il ripristino delle autorità amministrative e territoriali nelle attività precedentemente svolte dal commissariamento ed il relativo trasferimento della gestione normale dei rifiuti in capo delle singole Province campane. Lo stato emergenziale è dunque formalmente terminato il 31 dicembre 2009, sebbene nel concreto non è sia stato ancora superato.

2. – La carenza di strutture adeguate permane e ciò ha esposto lo Stato italiano ad una serie di condanne per inadempimento (sul tema L. Perari, *Smaltimento dei rifiuti ed inquinamento ambientale: discariche nel foggiano. L'Italia (ancora) inadempiente rispetto agli obblighi prescritti dalla normativa comunitaria*, in questa *Rivista*, 2005, n.1, 510 ss.; G. Amendola, *L'Italia conferma il suo primo posto nella classifica degli Stati inadempienti verso la normativa comunitaria sui rifiuti*, in www.dirittoambiente.com). Anche il Parlamento europeo, con risoluzione del 3 febbraio 2011 (“Risoluzione del Parlamento europeo del 3 febbraio 2011 sull'emergenza rifiuti in Campania”) è intervenuto su tale complessa vicenda. Ed invero lo stesso, nel prendere atto della situazione emergenziale e della scarsa efficacia della disciplina adottata per farvi fronte, ha invitato la Commissione europea ad adire il giudice comunitario contro le continue inadempienze da parte dello Stato italiano.

In particolare sul carente sistema di gestione dei rifiuti nel 2007 fu presentato dalla Commissione un primo ricorso, per il mancato raggiungimento in Campania dell'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti, dovuto ad una inadeguata rete di gestione degli stessi. Il giudice comunitario, con decisione del 4 marzo 2010 (sentenza della Corte di Giustizia del 04 marzo 2010, causa C-297/08, *Commissione c Repubblica Italiana*, in curia.europa.eu), nel richiamare la scelta del legislatore europeo per una gestione che individui “ambiti territoriali ottimali”, quale criterio geografico di autosufficienza e di prossimità, ha condannato lo Stato italiano per l'assenza di un sistema di gestione e di smaltimento dei rifiuti urbani in Campania, dal momento che la mancanza di impianti prossimi ai luoghi di produzione ed il ricorso a forme di cooperazione interregionale e/o fra Stati membri, hanno condotto all'adozione di misure straordinarie, non conformi alle disposizioni comunitarie, che hanno determinato il degrado sanitario e ambientale. Un simile assetto deve essere definito in maniera tale da garantire tanto alla Comunità europea, tanto ai singoli Stati

membri una reale autosufficienza. Ciò sta a significare che quando uno Stato membro abbia operato la scelta del livello territoriale ottimale, come base per la gestione dei rifiuti, l'autosufficienza deve realizzarsi entro quell'ambito, senza incidere nella dimensione nazionale e sovranazionale; ed invero la persistente carenza strutturale a livello regionale si ripercuoterebbe su quello nazionale, compromettendo l'integrazione e l'adeguatezza dell'intera rete di gestione prevista dalla direttiva. Emerge, pertanto, che la scelta della base territoriale più adeguata per conseguire l'autosufficienza è in sostanza del tutto rimessa alla discrezionalità degli Stati membri. Pertanto il perdurare di tale situazione di degrado ambientale, con elevati rischi per la salute umana e l'inerzia da parte delle autorità competenti, rende evidente che lo Stato abbia esercitato male il proprio potere discrezionale. Nel caso di specie un simile quadro risulta aggravato dal fatto che l'8% della produzione nazionale dei rifiuti urbani è prodotta proprio dalla Regione Campania e ciò compromette seriamente la capacità dello Stato di perseguire l'autosufficienza interna.

3. – Il giudice comunitario ha ritenuto che le difficoltà determinate dalle proteste della popolazione locale all'installazione degli impianti di smaltimento, e la presenza di organizzazioni criminali nella gestione dei rifiuti, non siano circostanze idonee a giustificare la violazione degli obblighi comunitari. Malgrado questa prima condanna, nel periodo 2010-2011 la Commissione, nella sua attività di controllo, ha rilevato la persistente incapacità del nostro Stato ad affrontare la problematica dei rifiuti in Campania. Nel gennaio 2012 l'ente regionale campano ha pubblicato il piano regionale di gestione dei rifiuti, prevedendo la realizzazione e la attivazione di impianti dal 2016 ed elaborando, per il periodo transitorio 2012-2016, un programma attuativo, contenente un dettagliato elenco degli impianti da realizzare, con relativi tempi di ultimazione dei lavori. Dopo la trasmissione di tale atto all'organo esecutivo europeo e le integrazioni apportate da quest'ultimo, è stato imposta alla Campania la trasmissione di report trimestrali, per verificarne il rispetto del cronoprogramma attuativo, che prevedeva la realizzazione di 4 discariche di rifiuti, di 2 termovalorizzatori, uno a Salerno e uno a Napoli Est, di un termovalorizzatore dedicato allo smaltimento delle ecoballe e di impianti di recupero

della frazione organica del rifiuto. Il mancato rispetto di tale cronoprogramma e il persistente inadempimento dello Stato italiano per la mancata esecuzione della sentenza del 2010, ha spinto la Commissione alla presentazione di un nuovo ricorso contro di esso.

Con la sentenza in commento, la Corte ha condiviso *in toto* le argomentazioni della Commissione, riguardo l'eliminazione delle ecoballe, l'insufficiente numero di impianti, incapaci di trattare i rifiuti urbani campani, e la denuncia di numerose discariche irregolari, su tutto il territorio italiano, senza aver effettuato neanche le necessarie attività di ripristino e bonifica, esponendo, tra l'altro, l'Italia alla perdita dei contributi finanziari per la gestione e lo smaltimento dei rifiuti (sugli effetti finanziari delle condanne subite dall'Italia, si rinvia a L. Baroni, *Le principali sentenze di condanna dell'Italia per la mala gestione dell'emergenza rifiuti in Campania e la perdurante violazione della normativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, n.2, 615 ss.). La Corte ha ribadito le proprie preoccupazioni, già emerse nella pronuncia del 2010, sulle ricadute della carenza strutturale a livello regionale e le ripercussioni su quello nazionale, incidendo sul perseguimento dell'obiettivo dell'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti.

Tenuto conto della persistente carenza strutturale e gestionale da parte della Regione al momento della contestazione dell'inadempimento, nonché delle informazioni messe a disposizione proprio dallo Stato italiano da cui si evinceva che «circa il 22% dei rifiuti urbani non differenziati prodotti nella regione Campania venivano ancora inviati, nel corso dell'anno 2012, al di fuori di questa regione per il loro trattamento e il loro recupero», (cfr. punto 42 della sentenza in commento), risultava evidente che il numero di impianti idonei a trattare i rifiuti regionali era del tutto insufficiente, non rispettando, pertanto, i principi di autosufficienza e di prossimità, cui si rifà la politica europea. Ed invero il giudice comunitario nella pronuncia in commento ha posto in rilievo che, in materia di trattamento dei rifiuti, l'Unione europea tende ad incentivare in maniera rilevante il riciclaggio per evitare a monte la produzione dei rifiuti, usando gli stessi come risorsa, e basandosi su norme ambientali particolarmente incisive, senza mettere in pericolo la salute dell'uomo ed arrecare danni all'ambiente. L'inosservanza di tali obiettivi e la mancata costruzione di alcun nuovo impianto di termovalorizzazione, è stata ritenuta particolarmente

grave dalla Corte di Giustizia tanto da aver previsto la commissione di una penalità pecuniaria ed il pagamento di una somma forfettaria, malgrado la sussistenza, tra il 2010 e il 2011, di alcuni aspetti positivi, quali gli isolati episodi di inosservanza, l'aumento della percentuale di raccolta differenziata, la predisposizione di investimenti in tale settore al fine di sanare la situazione di pericolo e la collaborazione fattiva tra la Repubblica italiana e l'organo esecutivo europeo.

Infatti, persistendo lo stato di carenza strutturale e l'inadempimento da parte dello Stato, il giudice comunitario ha deciso di infliggere all'Italia una penalità giornaliera ed una somma forfettaria, condannandola al pagamento di euro 120.000 per ciascun giorno di ritardo nell'attuazione della sentenza del 2010 ed euro 20 milioni in riferimento alla somma forfettaria (su tale profilo si rinvia a L. Fumagalli, *Procedimento di infrazione, inesecuzione di sentenza e coercizione: prima applicazione dell'art. 228, par.2 del Trattato CE*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, n.4, 787 ss.; G. Greco, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, n.2, 705 ss.).

4. – In ossequio alla pronuncia in commento e al monito del Ministero dell'ambiente, la Regione Campania ha sviluppato diverse soluzioni tecniche: dalla realizzazione di impianti di termovalorizzazione, il caso del Comune di Giugliano (NA), fino allo smaltimento presso impianti nazionali ed esteri, passando per un approccio diversificato a seconda delle dimensioni del sito di stoccaggio. Così mentre per i siti più grandi, come quello di Taverna del Re presso Villa Literno, si è proposta la messa insicurezza permanente dei rifiuti *in loco*, per i più piccoli, invece, si è pensato allo smaltimento delle ecoballe in impianti già esistenti (cfr. VIII Commissione permanente - Ambiente, territorio e lavori pubblici, seduta del 30.07.2015, PDF disponibile in <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2015/07/30/leg.17.bol0493.data20150730.com08.pdf>).

Nell'agosto del 2015, la Giunta regionale della Campania ha adottato gli *Indirizzi per l'aggiornamento del piano regionale per la gestione dei rifiuti urbani in Campania*, per adempiere a quanto richiesto dalla Commissione europea. Per poter superare le criticità a base della pronuncia di condanna, l'ente regionale ha modificato gli

obiettivi che il piano si poneva, sulla base delle linee strategiche adottate: incremento della raccolta differenziata fino al 65%; finanziamento e realizzazione di impianti di trattamento aerobico della frazione organica a servizio di consorzi di Comuni ed infine identificazione di aree da riqualificare morfologicamente, per realizzare siti di smaltimento delle frazione umida tritovagliata a seguito di un processo di adeguata stabilizzazione.

Il coinvolgimento delle autonomie regionali, nei processi decisionali comunitari, non è riuscito a risolvere le problematiche connesse alla responsabilità diretta degli Stati (G. Fiengo, *La valorizzazione della dimensione regionale nel Trattato di Lisbona: il ruolo del Comitato delle Regioni*, in questa *Rivista*, 2012, n.1, 25 ss.; L. Chieffi (cur.), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, 2003). Di norma risulta piuttosto complesso armonizzare simili forme di partecipazione sia con il riparto di competenze, sia con il sistema delle fonti di ciascun ordinamento. Dal panorama comparatistico emergono alcune tendenze di fondo, per quanto concerne gli obblighi interni del recepimento del diritto comunitario (sul tema A. D'Atena, *L'Europa delle autonomie. Le Regioni e l'Unione europea*, Milano, 2003). Nei sistemi giuridici austriaco, spagnolo e tedesco, per l'esecuzione della norma comunitaria è competente, su una determinata materia, disciplinata dalla normativa europea, in base all'oggetto, il livello statale o regionale. Mentre in Austria e in Germania il recepimento delle direttive comunitarie spetta al *Bund* o *Länder*, in base al criterio funzionale delle competenze; nell'ordinamento belga un servizio del Ministero degli Affari Esteri ripartisce la normativa da recepire tra le differenti amministrazioni competenti, distribuendo le disposizioni della direttiva a quest'ultime in base alle rispettive competenze e superando le eventuali difficoltà di trasposizione, attraverso accordi di cooperazione tra i poteri coinvolti (in dottrina P. Gilliaux, *Les directives européennes et le droit belge*, Bruxelles, 1997). L'ordinamento giuridico spagnolo invece si caratterizza per l'elevato grado di conflittualità tra Stato ed autonomie territoriali in merito alle competenze esecutive, cui si è cercato di porre rimedio tramite accordi politici, ispirandosi al principio di reciproca collaborazione. Nell'ordinamento italiano l'esecuzione per il tramite degli atti amministrativi avviene nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Per evitare di subire una condanna per responsabilità, alcuni Paesi membri hanno individuato come rimedio l'uso del potere sostituito riconosciuto allo Stato, quale entità superiore e in quanto unico responsabile della corretta esecuzione del diritto europeo. Per le obbligazioni regionali di redazione del piano di gestione lo Stato italiano possiede il potere sostitutivo.

La giurisprudenza comunitaria ha preso atto che la violazione di tale normativa, stringente e dettagliata, non solo genera danni gravi ed irrimediabili, dovuti al mancato o scorretto smaltimento dei rifiuti, sulla salute pubblica, ma potrebbe apportare ingenti danni alle finanze pubbliche. Occorrerà verificare se le soluzioni adottate nel nostro ordinamento siano idonee a rispettare entrambe le condanne, dal momento che i principali obiettivi che l'Unione europea intende perseguire, vale a dire la tutela dell'ambiente e la protezione della salute dei cittadini potrebbero essere pregiudicati dalle continue infrazioni da parte di uno Stato. Il giudice comunitario ha a disposizione le sanzioni pecuniarie, che rappresentano un valido strumento, per sollecitare l'intervento delle pubbliche autorità preposte all'applicazione e al rispetto delle regole europee in tema di rifiuti. Occorre, quindi, che lo Stato interno si doti ed applichi con tempestività gli strumenti giuridici necessari, individuati per lo più nell'esercizio del potere sostitutivo, per evitare che nuovi e diversi inadempimenti delle autonomie interne, relative soltanto a specifici contesti territoriali, finiscano poi per danneggiare l'intera comunità.



I recenti orientamenti della giurisprudenza europea in materia di politiche sociali

di Pietro Piciocchi

1. – Tra le pronunce più rilevanti che la Corte di Giustizia ha reso nell'ultimo anno in materia di politiche sociali si registra senz'altro la nota sentenza del 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Raffaella Mascolo e altri c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, in tema di abuso del precariato realizzato mediante il ricorso in successione a contratti di lavoro a tempo determinato.

Segnatamente, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea della normativa nazionale sulla scuola (tra cui quella italiana) che autorizza – in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione del personale di ruolo – il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili, senza indicare tempi certi per lo svolgimento di tali concorsi ed escludendo, frattanto, qualsiasi possibilità, per gli interessati, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito. Sul punto, la Corte ha affermato che una disciplina di tal fatta – di per sé legittima nella misura in cui miri a soddisfare esigenze di carattere provvisorio del datore di lavoro (quali, per esempio, sostituzioni per maternità o per malattia) – contrasta con il diritto dell'Unione europea allorché, come nelle fattispecie portate alla sua attenzione, non

esista alcuna certezza riguardo alla data di espletamento delle procedure concorsuali finalizzate all'assunzione degli interessati a tempo indeterminato, posto che, in questo modo, il rinnovo dei contratti a tempo determinato consentirebbe di soddisfare, in realtà, esigenze permanenti e durevoli nelle scuole, in contrasto con l'obiettivo perseguito a livello europeo di garantire la stabilità dell'impiego quale elemento portante della tutela dei lavoratori.

In termini analoghi, con specifico riferimento ai lavoratori saltuari dello spettacolo, si segnala, inoltre, la sentenza del 26 febbraio 2015, causa C-238/14, *Commissione europea c. Granducato di Lussemburgo*, con la quale la Corte ha escluso che la possibilità di rinnovo di contratti a tempo determinato in successione tra loro prevista, per la predetta categoria di lavoratori, dalla normativa nazionale possa reputarsi giustificata da una "ragione obiettiva" ai sensi dell'accordo quadro vigente in materia in considerazione del fatto che (i) essa – pur correlando gli impieghi in questione alla realizzazione di progetti individuali e circoscritti nel tempo – non chiarisce in che modo gli interessati svolgano la propria attività nell'ambito di siffatti progetti; (ii) la definizione di "lavoratore saltuario dello spettacolo" vigente a livello nazionale prescinde dalla natura temporanea o meno dell'attività da questi esercitata; (iii) in base alla disciplina di diritto interno, la conclusione di contratti a tempo determinato per l'espletamento di compiti precisi e non durevoli costituisce l'eccezione anziché la regola.

2. – Altro rilevante ambito sul quale è intervenuta la Corte è quello della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro ai sensi della direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, in *G.U.U.E.*, L. 303, 2-12-2000, 16, con specifico riferimento alle discriminazioni fondate sull'età.

A tale riguardo, segnatamente, la Corte ha avuto modo di affermare in due distinte occasioni (quali, più precisamente, la sentenza dell'11 novembre 2014, causa C-530/13, *Leopold Schmitzer c. Bundesministerin für Inneres* e la sentenza del 28 gennaio 2015, causa C-417/13, *ÖBB Personenverkehr AG c. Gotthard Starjakob*) l'incompatibilità con la summenzionata direttiva di normative nazionali che, ai fini della determinazione della retribuzione, subordinino il computo dei periodi di formazione e di servizio svolti prima del compimento del diciottesimo anno d'età al

prolungamento dei termini di avanzamento nei successivi scatti retributivi. Secondo la Corte, infatti, una disposizione di tal fatta, volta a porre fine alla discriminazione fondata sull'età derivante dalla previgente normativa che escludeva *in toto* la computabilità, ai fini in esame, dei periodi di formazione e di servizio anteriori al compimento del diciottesimo anno d'età, si rivela, in realtà, a sua volta, discriminatoria nella misura in cui – applicando il prolungamento del periodo necessario per l'avanzamento da uno scatto retributivo all'altro solo nei confronti dei soggetti sfavoriti dal regime precedente – continua ad applicare nei loro confronti un trattamento diverso da quello, più favorevole, previsto per quelli la cui formazione sia avvenuta in epoca successiva.

In termini analoghi, la Corte si è pronunciata con la sentenza del 21 gennaio 2015, causa C-529/13, *Georg Felber c. Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur* su una normativa nazionale che esclude *tout court*, per i funzionari pubblici, il computo dei periodi di studio svolti prima del compimento del diciottesimo anno d'età ai fini della concessione del diritto alla pensione del calcolo del relativo importo, ritenendo, tuttavia, tale misura giustificata dalla considerazione che, nel periodo antecedente al raggiungimento di tale età, l'interessato non ha svolto alcuna attività retribuita che abbia dato luogo al versamento di contributi al regime pensionistico e che lo scopo perseguito dal Legislatore nazionale attraverso la computazione dei periodi di formazione precedenti l'entrata in servizio del funzionario è ispirata alla finalità di uniformare le condizioni di trattamento tra i funzionari che hanno svolto, prima della loro assunzione, una formazione superiore rispetto a quelli che hanno potuto prescindere ed entrare in servizio all'età minima richiesta a tal fine, corrispondente, per l'appunto, ai diciotto anni.

Nel medesimo filone giurisprudenziale si inserisce, poi, la pronuncia del 26 febbraio 2015, causa C-515/13, *Ingeniørforeningen i Danmark c. Teknik*, avente ad oggetto una normativa nazionale che esclude la corresponsione dell'indennità di licenziamento nei confronti dei lavoratori che possano beneficiare, alla data di cessazione del rapporto di lavoro, di una pensione di vecchiaia la cui concessione è subordinata al raggiungimento di un'età minima. La Corte, segnatamente, ha affermato che il diritto dell'Unione europea non osta ad una disciplina di tal fatta nella misura in cui essa persegua l'obiettivo di evitare che gli interessati possano

godere di una duplice compensazione, sul rilievo che la stessa si fonda sulla constatazione che, in generale, le persone ammesse al beneficio di una pensione decidono, se licenziate, di ritirarsi dal mercato del lavoro.

3. – Non mancano, poi, come di consueto, pronunce in merito al regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, in *G.U.U.E.*, L 166, 30-4-2004, 1, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, che ha sostituito, a partire dal 1° maggio 2010, il regolamento (CE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, in *G.U.C.E.* L 149, 5-7-1971, 2, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi ed ai loro familiari che si spostano all'interno dell'Unione europea, il cui scopo, come è noto, è quello di assicurare l'effettività della libertà di circolazione dei lavoratori, garantendo loro il riconoscimento dei trattamenti previdenziali cui avrebbero diritto secondo criteri uniformi e coordinati.

Di sicuro interesse è la sentenza dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Elisabeta e Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*, con la quale la Corte, in Grande Sezione, ha chiarito che il diritto dell'Unione europea non osta ad una normativa nazionale che esclude il riconoscimento del beneficio di talune “prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo” spettante ai propri cittadini con riferimento ai cittadini di altri Stati membri che non godano del diritto di soggiorno in forza della direttiva n. 2004/38 in quanto economicamente inattivi e privi di risorse economiche sufficienti. Diversamente, infatti, secondo il ragionamento della Corte, si verificherebbe una situazione tale per cui coloro che non dispongano, al momento del loro ingresso nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, delle risorse economiche sufficienti per far fronte ai propri bisogni, verrebbero automaticamente a disporre proprio per effetto della concessione del beneficio sociale *de quo*, in contrasto con l'obiettivo della direttiva n. 2004/38 di evitare che i cittadini di altri Stati membri diventino un onere per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Sulla scorta del medesimo ragionamento, la Corte, con la sentenza del 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa Alimanovic e altri*, ha escluso che contrasti con il diritto dell'Unione europea la normativa nazionale che

neghi il beneficio di talune “prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo” che costituiscano, altresì, una “prestazione d’assistenza sociale” accordate ai cittadini di tale Stato membro nei confronti dei cittadini di altri Stati membri in cerca di lavoro nel territorio dello Stato membro ospitante. Benché, infatti, in tal caso – diversamente dalla fattispecie oggetto della summenzionata sentenza *Dano* – l’art. 14, paragrafo 4, lettera b) della direttiva n. 2004/38 attribuisca all’interessato il diritto di soggiorno proprio perché in cerca di un posto di lavoro, la medesima disposizione consente espressamente allo Stato membro ospitante di negare qualsiasi prestazione di assistenza sociale ogniqualvolta il diritto di soggiorno si fondi unicamente sulla base di tale circostanza.

La Corte, inoltre, ha avuto modo di chiarire: (i) con la sentenza del 26 febbraio 2015, causa C-623/13, *Ministre de l’Économie et des Finances c. Gérard de Ruyter*, che rientrano nel campo di applicazione di detto regolamento e del conseguente divieto di cumulo anche i prelievi basati su redditi patrimoniali indipendenti dall’esercizio, da parte del soggetto passivo, di un’attività professionale allorché destinati al finanziamento di regimi previdenziali nazionali; (ii) a mezzo della sentenza del 12 febbraio 2015, causa C-114/13, *Theodora Hendrika Bouman c. Rijksdienst voor Pensioen*, che non vi rientra, per converso, in quanto riconducibile alla deroga prevista per le assicurazioni volontarie o facoltative continuate, quella parte della prestazione fondata sul periodo nel quale l’interessata avrebbe avuto il diritto ad ottenere l’esenzione dall’iscrizione al regime generale ma ha deciso di non usufruirne.

4. – Si registra, inoltre, un’interessante pronuncia (quale, più precisamente, la sentenza del 14 aprile 2015, causa C-527/13, *Lourdes Cachaldora Fernández c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e altri*) concernente la compatibilità con la direttiva n. 79/7/CEE del Consiglio del 19 dicembre 1978, in *G.U.U.E.*, L 6, 10-1-1979, 24, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, di una normativa nazionale ai sensi della quale, nell’ambito del calcolo di una pensione contributiva di invalidità, le interruzioni contributive presenti nel periodo di riferimento sono computate utilizzando le basi contributive minime vigenti ed applicando a queste ultime il coefficiente riduttivo relativo all’impiego considerato solo se successive ad un

impiego a tempo parziale – che, come è noto, riguarda in modo preponderante i lavoratori di sesso femminile – e non anche se conseguenti ad un impiego a tempo pieno, laddove, per converso, non è applicata alcuna riduzione. La Corte, tuttavia, ha escluso la sussistenza di qualsivoglia disparità di trattamento sul duplice rilievo che: (i) la disposizione in esame non riguarda tutti i lavoratori a tempo parziale, bensì solo quelli che conoscano un'interruzione contributiva nel corso del periodo di riferimento per il calcolo *de quo* (corrispondente, segnatamente, agli otto anni precedenti alla data del fatto generatore del diritto alla pensione); (ii) non può escludersi che, al contrario, taluni lavoratori a tempo parziale possano risultare favoriti dalla normativa in parola, trovandosi a percepire una pensione sopravvalutata rispetto ai contributi effettivamente versati in tutti i casi in cui l'ultimo contratto che ha preceduto l'inattività professionale sia un contratto a tempo pieno.

5. – Altro rilevante ambito sul quale è intervenuta la giurisprudenza della Corte in materia di politiche sociali è quello delle modalità di calcolo del numero dei lavoratori licenziati ai fini degli adempimenti richiesti dalla direttiva n. 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998, in *G.U.C.E.*, L 225, 12-8-1998, 16, concernente il ravvicinamento delle legislazioni in materia di licenziamenti collettivi.

A tale riguardo, in particolare, la Corte ha precisato, innanzi tutto, con la sentenza del 13 maggio 2015, causa C-182/13, *Valerie Lyttle e altri c. Bluebird UK Bidco 2 Limited*, con la sentenza del 13 maggio 2015, causa C-392/13, *Andrés Rabal Cañas c. Nexea Gestión Documental SA e altri* e con la sentenza del 30 aprile 2015, causa C-80/14, *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDW) e altri c. WW Realisation 1 Ltd in liquidazione e altri*, che – qualora l'impresa comprenda più entità che possano qualificarsi come “stabilimento” in base alla corrispondente nozione autonoma adottata a livello europeo, in quanto, segnatamente, munite delle caratteristiche di permanenza e stabilità, ciascuna delle quali sia destinata ad effettuare una più operazioni determinate e disponga di un insieme di lavoratori, di strumenti tecnici e di una determinata struttura organizzative che permetta il compimento di tali operazioni, anche a prescindere dalla sussistenza di un'autonomia giuridica, economica, amministrativa e/o tecnologica – tale calcolo deve essere operato

prendendo in considerazione i licenziamenti effettuati in ciascuno stabilimento separatamente, e non già sul numero complessivo dei licenziamenti verificatisi nell'impresa tra tutti i suoi stabilimenti. Un'interpretazione diversa, infatti, che definisca la nozione di "licenziamento collettivo" utilizzando come unità di riferimento l'impresa, si rivelerebbe contraria alla nozione autonoma di "stabilimento" adottata a livello europeo al precipuo scopo di assicurare una tutela analoga dei diritti dei lavoratori in tutti gli Stati membri.

Nel medesimo contesto, la Corte ha, altresì, chiarito, con la sentenza del 9 luglio 2015, causa C-229/14, *Ender Balkaya c. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, che – a prescindere dalla qualificazione del rapporto giuridico in base al diritto nazionale – devono essere computati, ai fini in esame, tra i lavoratori occupati presso uno stabilimento anche i membri del consiglio di amministrazione di una società di capitali allorché svolgano la propria attività sotto la direzione e sotto il controllo di un altro organo della società medesima, percependo, a titolo di corrispettivo per la propria attività, una retribuzione, senza possedere, di per sé, alcuna quota nella società medesima.

6. – Un'interessante questione d'altra natura è stata esaminata dalla Corte nella sentenza del 24 febbraio 2015, causa C-512/13, *C.G. Sopora c. Staatssecretaris van Financiën*.

Essa muove da una normativa nazionale che accorda un vantaggio fiscale consistente nell'esenzione forfettaria dall'imposta sui salari fino a concorrenza del 30% della base imponibile a favore di coloro che, prima di essere assunti presso detto Stato membro, abitavano all'estero ad una distanza superiore ai 150 chilometri dalla frontiera di tale Stato, a titolo di indennità per le spese extraterritoriali dei c.d. "lavoratori transfrontalieri".

La Corte – rilevato che l'esenzione *de qua* è riconosciuta anche a favore dei lavoratori che non soddisfano la condizione della residenza a più di 150 chilometri dal confine, con la sola differenza che, in tal caso, il beneficio è subordinato alla presentazione di prove adeguate in ordine alle spese effettivamente sostenute – ha escluso che la mera semplificazione amministrativa derivante dal riconoscimento del beneficio in questione su base forfettaria determini di per sé una disparità di

trattamento vietata dall'art. 45 TFUE, sempre che i limiti stabiliti relativamente alla distanza dal luogo di residenza ed al tetto dell'esenzione accordata non diano sistematicamente luogo – secondo l'analisi che spetta al giudice nazionale verificare caso per caso – ad una netta sovra-compensazione a favore dei soggetti destinatari di tale agevolazione.

7. – Con la sentenza del 17 marzo 2015, causa C-533/13, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry c. Öljytuote ry e altri* la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 4, paragrafo 1 della direttiva n. 2008/104 del Parlamento e del Consiglio, del 19 novembre 2008, in G.U.U.E., L 327, 5-12-2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, allo scopo di chiarire, in particolare, se le prescrizioni ivi contenute impongano l'obbligo, in capo alle autorità giudiziarie nazionali, di disapplicare qualsiasi norma nazionale che preveda divieti o restrizioni al ricorso a tale forma di rapporto di lavoro non giustificati da ragioni di interesse generale ai sensi della disposizione in oggetto (tra le quali rientrano, a titolo di esempio, la tutela dei lavoratori, quella della loro salute e sicurezza, la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi).

La Corte, in Grande Sezione, ha escluso che la norma in questione vada interpretata in tal senso, in quanto rivolta esclusivamente agli Stati membri, ai quali impone – come si ricava dalla lettura dei relativi paragrafi 2 e 3 – di procedere entro il 5 dicembre 2011 al riesame di tali divieti o restrizioni al fine di accertarne la fondatezza. La decisione – astrattamente condivisibile nella misura in cui si condivide la tesi per cui la disposizione in esame conterrebbe un mero obbligo procedurale di riesame della normativa nazionale vigente – desta, tuttavia, qualche perplessità se si considera che, benché la questione sia stata oggetto di apposita richiesta di chiarimenti da parte del giudice *a quo*, essa non indica quali rimedi potrebbe far valere il singolo in caso di mancata adozione, a livello nazionale, di un'adequata misura di recepimento.

8. – Alcune importanti pronunce riguardano, poi, la tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro.

Con la pronuncia del 28 gennaio 2015, causa C-688/13, *Gimnasio Deportivo San Andrés SL in liquidazione*, innanzi tutto, la Corte ha chiarito che la direttiva 2001/23 del Consiglio, del 12 marzo 2001, in *G.U.C.E.*, L 82, 22-3-2011, 16, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti unità produttive, non osta ad una normativa nazionale che, in caso di trasferimento di imprese, stabilimenti o parte di essi, preveda o consenta al cessionario di non farsi carico degli oneri facenti capo al cedente, oggetto di una procedura d'insolvenza, in ragione di un contratto o di un rapporto di lavoro, compresi quelli relativi al regime legale della previdenza sociale, allorché detti debiti siano antecedenti alla data del trasferimento, a condizione, tuttavia, che tale procedura assicuri agli interessati una protezione almeno equivalente a quella istituita dalla direttiva 80/987 del Consiglio, del 20 ottobre 1980, in *G.U.C.E.*, L 283, 28-10-1980, 23, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

Secondo la Corte, infatti, se è vero che la regola generale di cui alla direttiva 2001/23 per cui il cessionario è vincolato ai diritti ed agli obblighi che derivano dai rapporti di lavoro facenti capo al cedente al momento del trasferimento dell'unità produttiva non si applica nel caso in cui quest'ultimo sia oggetto di una procedura d'insolvenza e si trovi sotto il controllo di un'autorità pubblica competente dello Stato membro interessato, posto che, in tal caso, il pagamento di detti crediti è garantito dalla direttiva 80/987, non può escludersi che le singole normative nazionali estendano l'applicazione delle tutele previste dall'art. 3 della direttiva 2001/23 – come espressamente consentito dall'art. 5, paragrafo 1 della stessa – anche ai casi di tal fatta. In tali ipotesi, tuttavia, qualora lo Stato si avvalga di tale facoltà ed escluda il trasferimento degli oneri risultanti al cedente, al momento del trasferimento o dell'apertura della procedura d'insolvenza, da contratti o rapporti di lavoro, è necessario, secondo quanto precisato dalla Corte, che sia garantita all'interessato una protezione almeno equivalente a quella istituita dalla direttiva 80/987, affinché gli venga in qualche modo assicurato il pagamento dei salari che gli spettano.

A mezzo della sentenza del 5 novembre 2014, causa C-311/13, *O. Tümer c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*, la Corte ha, invece, affermato che la summenzionata direttiva 80/987 osta ad una normativa nazionale in forza della quale un lavoratore cittadino di uno Stato terzo viene escluso dal diritto di beneficiare di un'indennità d'insolvenza in ragione dell'illegalità del proprio soggiorno sul territorio dello Stato membro considerato, senza prevedere alcuna forma di tutela alternativa ed equipollente. In proposito, la Corte – pur riconoscendo l'esistenza, in capo agli Stati membri, di un potere discrezionale quanto alla definizione della nozione di “lavoratore subordinato” ai fini e per gli effetti delle tutele previste dalla direttiva 80/987 – ha rilevato che sarebbe contrario al fine sociale dello strumento normativo in questione privare della relativa tutela soggetti ai quali, come nel caso di specie, la stessa normativa nazionale riconosca, in linea di principio, la qualità di lavoratori subordinati e che siano titolari di crediti salariali nei confronti dei datori di lavoro solo perché soggiornanti illegalmente sul territorio dello Stato membro considerato.

9. – Da ultimo, si segnala un'interessante pronuncia del 5 febbraio 2015, causa C-655/13, *H.J. Mertens c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*, in tema di prestazioni di disoccupazione, avente ad oggetto l'individuazione dello Stato membro competente – tra quello di residenza e quello di impiego – all'erogazione di tale beneficio allorché l'interessato versi in uno stato di disoccupazione parziale, in quanto impiegato, nel caso di specie, per dieci ore alla settimana. Sul punto la Corte – rilevato che la *ratio* dell'art. 71, paragrafo 1, lettera a), punto ii) del regolamento n. 1408/71, in base al quale i lavoratori frontalieri che si trovano in disoccupazione completa sono soggetti alla legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiedono, fa perno sull'assunto che ivi essi fruiscono delle condizioni più favorevoli alla ricerca di un'occupazione – ha affermato che, in caso di disoccupazione parziale, lo Stato membro competente all'erogazione delle prestazioni in oggetto deve essere individuato in quello presso il quale l'interessato lavora, in quanto meglio in grado – rispetto a quello di residenza – di aiutarlo a trovare un'occupazione complementare le cui condizioni siano compatibili con il

lavoro già svolto a tempo parziale (e, cioè, nell'ipotesi più verosimile, un'occupazione complementare da svolgersi nel medesimo Stato).

Elenco delle sentenze esaminate (reperibili in www.curia.eu):

Corte giust. (3^a sez.), 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Raffaella Mascolo, Alba Forni e Immacolata Racca c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Fortuna Russo c. Comune di Napoli e Carla Napolitano e altri contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato - Successione di contratti di lavoro a tempo determinato - Insegnamento - Settore pubblico - Supplenze di posti vacanti e disponibili in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali - Clausola 5, punto 1 - Misure di prevenzione del ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato - Nozione di "ragioni obiettive" che giustificano tali contratti - Sanzioni - Divieto di trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato - Assenza di diritto al risarcimento del danno».

Corte giust. (3^a sez.), 26 febbraio 2015, nella causa C-238/14, *Commissione europea c. Granducato del Lussemburgo*.

«Inadempimento di uno Stato - Politica sociale - Direttiva 1999/70/CE - Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato - Lavoratori saltuari dello spettacolo - Successione di contratti di lavoro a tempo determinato - Clausola 5, punto 1 - Misure volte a prevenire il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato - Nozione di "ragioni obiettive" che giustificano siffatti contratti».

Corte giust. (grande sezione), 11 novembre 2014, nella causa C-530/13, *Leopold Schmitzer c. Bundesministerin für Inneres*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva 2000/78/CE - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettera a) - Articolo 6, paragrafo 1 - Discriminazione fondata sull'età - Normativa nazionale che subordina la considerazione, ai fini della determinazione della retribuzione, di periodi di formazione e di servizio svolti prima del compimento del diciottesimo anno di età a un prolungamento dei termini di avanzamento - Giustificazione - Idoneità a realizzare lo scopo perseguito - Facoltà di contestare il prolungamento dei termini di avanzamento».

Corte giust. (2^a sez.), 28 gennaio 2015, nella causa C-417/13, *ÖBB Personenverkehr AG c. Gotthard Starjakob*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva 2000/78/CE - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettera a) - Articolo 6, paragrafo 1 - Discriminazione fondata sull'età - Normativa nazionale che subordina il computo, ai fini della determinazione della retribuzione, di periodi di servizio svolti prima del compimento del diciottesimo anno di età a un prolungamento dei termini di avanzamento - Giustificazione - Idoneità a realizzare lo scopo perseguito - Facoltà di contestare il prolungamento dei termini di avanzamento».

Corte giust. (2^a sez.), 21 gennaio 2015, nella causa C-529/13, *Georg Felber c. Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva 2000/78/CE - Articoli 2, paragrafi 1 e 2, lettera a), e 6, paragrafi 1 e 2 - Differenza di trattamento fondata sull'età - Funzione pubblica - Regime pensionistico - Normativa nazionale che esclude la considerazione dei periodi di studio svolti prima del compimento del diciottesimo anno di età».

Corte giust. (7^a sez.), 26 febbraio 2015, nella causa C-515/13, *Ingeniørforeningen i Danmark c. Teknik*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva 2000/78/CE - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettera a) - Articolo 6, paragrafo 1 - Disparità di trattamento fondata sull'età - Normativa nazionale che prevede la non corresponsione dell'indennità di licenziamento ai lavoratori che possono beneficiare, alla data della cessazione del rapporto di lavoro, di una pensione di vecchiaia del regime generale».

Corte giust. (grande sezione), 11 novembre 2014, nella causa C-333/13, *Elisabeta Dano e Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*.

«Rinvio pregiudiziale - Libera circolazione delle persone - Cittadinanza dell'Unione - Parità di trattamento - Cittadini di uno Stato membro che non esercitano un'attività economica e soggiornano nel territorio di un altro Stato membro - Esclusione di tali persone dalle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo ai sensi del regolamento (CE) n. 883/2004 - Direttiva 2004/38/CE - Diritto di soggiorno superiore a tre mesi - Articoli 7, paragrafo 1, lettera b), e 24 - Requisito delle risorse economiche sufficienti».

Corte giust. (grande sezione), 15 settembre 2015, nella causa C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa Alimanovic e altri*.

«Rinvio pregiudiziale - Libera circolazione delle persone - Cittadinanza dell'Unione - Parità di trattamento - Direttiva 2004/38/CE - Articolo 24, paragrafo 2 - Prestazioni di assistenza sociale - Regolamento (CE) n. 883/2004 - Articoli 4 e 70 - Prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo - Cittadini di uno Stato membro in cerca di occupazione che soggiornano nel territorio di un altro Stato membro - Esclusione - Mantenimento dello status di lavoratore».

Corte giust. (1^a sez.), 26 febbraio 2015, nella causa C-623/13, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Gérard de Ruyter*.

«Rinvio pregiudiziale - Previdenza sociale - Regolamento (CEE) n. 1408/71 - Articolo 4 - Ambito di applicazione *ratione materiae* - Prelievi sui redditi

patrimoniali - Contributo sociale generalizzato - Contributo per il rimborso del debito sociale - Prelievo sociale - Contribuzione integrativa del prelievo sociale - Partecipazione al finanziamento di regimi previdenziali obbligatori - Rapporto diretto e sufficientemente rilevante con alcuni settori della previdenza sociale».

Corte giust. (1^a sez.), 12 febbraio 2015, nella causa C-114/13, *Theodora Hendrika Bouman c. Rijksdienst voor Pensioenen*.

«Rinvio pregiudiziale - Previdenza sociale - Regolamento (CEE) n. 1408/71 - Assicurazione vecchiaia e morte - Articolo 46 bis, paragrafo 3, lettera c) - Liquidazione delle prestazioni - Norme nazionali anticumulo - Deroga - Nozione di "assicurazione volontaria o facoltativa continuata" - Pensione nazionale in base ad un regime di assicurazione obbligatoria - Possibilità di richiedere l'esenzione dall'iscrizione per un determinato periodo - Portata dell'attestato predisposto dall'istituzione competente di un altro Stato membro - Regolamento (CEE) n. 574/72 - Articolo 47».

Corte giust. (grande sezione), 14 aprile 2015, nella causa C-527/13, *Lourdes Cachaldora Fernández c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*.

«Rinvio pregiudiziale - Lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile - Parità di trattamento in materia di previdenza sociale - Direttiva 79/7/CEE - Articolo 4 - Direttiva 97/81/CE - Accordo quadro UNICE, CEEP e CES sul lavoro a tempo parziale - Calcolo delle prestazioni - Sistema di integrazione delle lacune contributive - Lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno».

Corte giust. (5^a sez.), 13 maggio 2015, nella causa C-182/13, *Valerie Lyttle e altri c. Bluebird UK Bidco 2 Limited*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Licenziamenti collettivi - Direttiva 98/59/CE - Articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a) - Nozione di "stabilimento" - Modalità di calcolo del numero di lavoratori licenziati».

Corte giust. (5^a sez), 13 maggio 2015, nella causa C-392/13, *Andrés Rabal Cañas c. Nexea Gestión Documental SA e Fondo de Garantía Salarial*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Licenziamenti collettivi - Direttiva 98/59/CE - Nozione di "stabilimento" - Modalità di calcolo del numero di lavoratori licenziati».

Corte giust. (5^a sez), 30 aprile 2015, nella causa C-80/14, *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) e B. Wilson c. WW Realisation 1 Ltd e altri*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Licenziamenti collettivi - Direttiva 98/59/CE - Articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a) - Nozione di "stabilimento" - Modalità di calcolo del numero di lavoratori licenziati».

Corte giust. (1^a sez), 9 luglio 2015, nella causa C-229/14, *Ender Balkaya c. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*.

«Rinvio pregiudiziale - Direttiva 98/59/CE - Articolo 1, paragrafo 1, lettera a) - Licenziamenti collettivi - Nozione di "lavoratore" - Membro della direzione di una società di capitali - Persona svolgente attività lavorativa nell'ambito di un programma di formazione e di reinserimento professionale e beneficiaria di aiuto pubblico alla formazione senza percepimento di remunerazione da parte del datore di lavoro».

Corte giust. (grande sezione), 24 febbraio 2015, nella causa C-512/13, *C. G. Sopora c. Staatssecretaris van Financiën*.

«Rinvio pregiudiziale - Libera circolazione dei lavoratori - Articolo 45 TFUE - Parità di trattamento fra lavoratori non residenti - Vantaggio fiscale consistente nell'esenzione d'imposta per indennità versate dal datore di lavoro - Vantaggio concesso su base forfettaria - Lavoratori provenienti da uno Stato membro diverso da quello del luogo di lavoro - Condizione della residenza ad una determinata distanza dal confine dello Stato membro del luogo di lavoro».

Corte giust. (grande sezione), 17 marzo 2015, nella causa C-533/13, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry c. Öljytuote ry e Shell Aviation Finland Oy*.

«Rinvio pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva 2008/104/CE - Lavoro interinale - Articolo 4, paragrafo 1 - Divieti o restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale - Giustificazioni - Ragioni di interesse generale - Obbligo di riesame - Portata».

Corte giust. (6^a sez), 28 gennaio 2015, nella causa C-688/13, *Gimnasio Deportivo San Andrés SL*.

«Domanda di pronuncia pregiudiziale: Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona - Spagna».

Corte giust. (5^a sez), 5 novembre 2014, nella causa C-311/13, *O. Tümer c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*.

«Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro - Direttiva 80/987/CEE - Dipendente, cittadino di paese terzo, non titolare di un valido permesso di soggiorno - Diniego del diritto ad un'indennità di insolvenza».

Corte giust. (8^a sez), 5 febbraio 2015, nella causa C-655/13, *H.J. Mertens c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*.

«Rinvio pregiudiziale - Previdenza sociale - Regolamento (CEE) n. 1408/71 - Articolo 71 - Nozione di "lavoratore frontaliero in disoccupazione parziale" - Rifiuto dello Stato membro di residenza e dello Stato membro competente di concedere prestazioni di disoccupazione».



BELGIO – Corte costituzionale belga, decisione n. 153/2015

di Elisabetta Pulice

Con la decisione del 29 ottobre 2015 la Corte costituzionale belga si è pronunciata sulla legge del 28 febbraio 2014 che ha modificato la legge del 28 maggio 2002 sull'eutanasia, estendendola anche ai minori. La legge impugnata ha in particolare depenalizzato la condotta del medico che, alle condizioni e seguendo le procedure normativamente previste, pratici l'eutanasia su un minore non emancipato dotato della capacità di discernimento e cosciente al momento della richiesta.

A tal fine il legislatore belga ha inserito garanzie specifiche a tutela del minore, differenziando la disciplina rispetto a quanto previsto nel 2002 per l'eutanasia nel caso di adulti o minori emancipati. Il minore non emancipato deve infatti trovarsi in una situazione clinica che non permetta di alleviare una sofferenza costante e insopportabile, ma di natura solo fisica e non anche psicologica, come previsto negli altri casi, ed è richiesto che il suo stato di salute porti al decesso in breve tempo. È necessario inoltre l'accordo scritto dei rappresentanti legali e il minore, a differenza di quanto previsto per gli adulti, non può redigere direttive anticipate. Con riferimento all'espressione di volontà del minore, il medico curante deve infine consultare uno psichiatra o uno psicologo infantile, al quale spetta il compito di

esaminare il dossier sanitario del bambino, visitarlo e accertarne la capacità di discernimento, attestandola per iscritto.

Il ricorsi (*recours en annulation*) sono stati presentati adducendo diversi motivi, tra i quali la contrarietà della legge al diritto alla vita tutelato dalla Costituzione belga e dalla CEDU, il mancato rispetto dell'obbligo di proteggere i minori, l'irragionevolezza di un loro trattamento simile a quello previsto per gli adulti, l'insufficienza delle garanzie contenute nelle disposizioni relative alla consulenza di uno psichiatra o di uno psicologo ai fini dell'accertamento della capacità di discernimento del minore.

La Corte costituzionale belga, nel valutare le norme impugnate, ha ricordato innanzitutto come né le disposizioni costituzionali né la CEDU si pongano in contrasto con il principio stesso della depenalizzazione dell'eutanasia, non potendosi ricavare dai diritti fondamentali in esse garantiti un obbligo di vivere da imporre ad una persona capace di intendere e volere indipendentemente dalle circostanze nelle quali si trova. I giudici sottolineano tuttavia come gli articoli 2 e 3 della CEDU impongano ai legislatori statali l'adozione delle misure necessarie alla protezione delle persone più fragili (il riferimento è alle sentenze *Haas c. Suisse* del 20 gennaio 2011; *Z. e a. c. Regno Unito* del 10 maggio 2001 e *M.C. c. Bulgaria* del 4 dicembre 2003).

Considerata la vulnerabilità dei minori, tale obbligazione positiva comporta quindi il dovere per il legislatore di incrementare gli strumenti di protezione per evitare abusi e tutelare adeguatamente l'integrità fisica e psicologica del bambino, adottando le procedure idonee ad assicurare che la decisione di mettere fine alla propria vita corrisponda alla sua volontà libera e consapevole.

La Corte costituzionale ricorda inoltre come la Corte EDU, in assenza di un consenso europeo sul tema, riconosca un ampio margine di apprezzamento agli Stati nella regolamentazione dell'eutanasia. Secondo i giudici in questioni etiche è però in primo luogo il legislatore a dover valutare le scelte più appropriate. Tenuto conto della discrezionalità legislativa, alla Corte costituzionale spetta così il compito di verificare se la legge impugnata permetta un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di decidere di mettere fine alla propria esistenza, che trova fondamento nel diritto al rispetto della vita privata e, dall'altro, il diritto delle persone vulnerabili alla

predisposizione legislativa di maggiori misure di protezione, derivante dal diritto alla vita e all'integrità fisica.

È in riferimento a questo equilibrio che i giudici analizzano le singole garanzie predisposte dal legislatore belga nell'estendere la depenalizzazione dell'eutanasia anche nei confronti dei minori non emancipati.

La valutazione della Corte si sofferma innanzitutto sugli obblighi imposti al medico al fine di garantire una diagnosi oggettiva e corretta del carattere grave e incurabile della malattia e della sofferenza fisica costante, insopportabile e non diversamente alleviabile. Adeguati vengono considerati anche i doveri imposti a garanzia di una domanda di eutanasia fondata su un'espressione di volontà correttamente informata, libera, frutto di una riflessione consapevole e reiterata. Secondo i giudici, alla luce delle condizioni e delle procedure imposte al medico il legislatore ha potuto ragionevolmente considerare che la normativa introdotta garantisca che l'eutanasia possa essere praticata soltanto se il minore dotato di capacità di discernimento l'abbia richiesta in maniera volontaria e ragionata. Dalle disposizioni legislative risulta infatti chiaro che senza tale capacità di discernimento, la condotta del medico si porrebbe al di fuori dell'ambito di applicazione della legge e quindi della depenalizzazione introdotta nel 2014.

Richiamando le condizioni generali applicabili alle scelte di fine vita per i minori e le ragioni poste a fondamento dell'intervento legislativo così come ricavabili dai lavori preparatori, la Corte ricorda, inoltre, come con la depenalizzazione dell'eutanasia nelle ipotesi contestate il legislatore abbia voluto dare una risposta alle richieste avanzate da pediatri e altri professionisti sanitari e abbia evitato di fissare un limite di età in riferimento alla capacità di discernimento del minore per privilegiare la valutazione caso per caso, rinviando alla posizione dell'Ordine dei medici in base alla quale in ambito medico «l'âge mental d'un patient est plus à prendre en considération que son âge civil». In particolare, la nozione di "*capacité de discernement*" adottata dal legislatore sulla base delle indicazioni provenienti dal mondo sanitario va intesa come la capacità del minore di valutare la portata reale della domanda di eutanasia e le sue conseguenze. La Corte ricorda come la valutazione di tale capacità sia stata considerata, tanto dai professionisti sanitari quanto in occasione dei lavori preparatori, come meno arbitraria rispetto al criterio

dell'età anagrafica poiché basata non solo su dati puramente giuridici, ma anche su criteri medici valutabili in concreto, tali da permettere di considerare la maturità sia fisica sia intellettuale del minore, le sue evoluzioni in relazione alla malattia e l'estrema variabilità di ogni singolo caso. Si tratta tra l'altro di una nozione già introdotta dal legislatore belga nella legge sui diritti del paziente del 2002 (articolo 12 della legge del 22 agosto 2002), la quale, mettendo in discussione il criterio della capacità giuridica, ha previsto che il medico debba tenere conto del parere del minore nelle decisioni terapeutiche che lo riguardano.

Alla luce della necessità di valutare su basi mediche e non meramente giuridiche la capacità di discernimento del minore caso per caso, in funzione della natura e dell'importanza del singolo atto considerato, la Corte costituzionale ha ritenuto ragionevole, contrariamente a quanto sostenuto nei ricorsi, la scelta del legislatore di non inserire criteri fissi o più precisi per l'accertamento di tale capacità. Le condizioni alle quali l'eutanasia può essere praticata su un minore non emancipato e il diritto del paziente di sceglierla per evitare una fine non dignitosa e dolorosa della propria esistenza non rendono inoltre necessario, secondo i giudici, la predisposizione di ulteriori procedure giurisdizionali specifiche per contestare il parere relativo alla capacità del minore.

Particolare importanza acquisisce invece il requisito della consulenza di uno psichiatra o di uno psicologo infantile, quindi di professionisti specificamente qualificati, per l'accertamento della capacità di discernimento del minore ed è dal dovere del medico curante di richiederla che la Corte trae l'interpretazione delle norme impugnate (*réserve d'interprétation*) posta a fondamento della loro legittimità costituzionale. Secondo i giudici tale consulenza e la relativa attestazione scritta costituiscono infatti una garanzia ulteriore per la corretta applicazione della legge e, pertanto, il parere dello psichiatra o dello psicologo infantile deve essere considerato come vincolante per il medico nelle decisioni di fine vita che riguardano i minori. Le norme così interpretate escludono quindi che il professionista sanitario possa praticare l'eutanasia se lo psichiatra o lo psicologo infantile ritengono che il minore non sia dotato della capacità di discernimento richiesta.

Conformemente a quanto emerge dai lavori preparatori, anche la decisione del legislatore belga di non prevedere un'ulteriore valutazione da parte di una

commissione pluridisciplinare sarebbe coerente secondo la Corte con la scelta di far ricadere la responsabilità finale della valutazione della capacità di discernimento sullo psichiatra o sullo psicologo. Inoltre, in riferimento all'assenza di una norma specifica riguardante la loro indipendenza tanto dal medico curante quanto dal paziente e dai suoi rappresentanti legali, i giudici richiamano il contenuto delle norme deontologiche poste dalle rispettive categorie professionali a garanzia del rispetto di tale principio anche in relazione all'accertamento della capacità del minore, analogamente a quanto invece espressamente previsto dalla legge impugnata per i medici cui è richiesto un secondo parere professionale ai fini della diagnosi.

La Corte costituzionale ha quindi rigettato i ricorsi, ritenendo la legge conforme a Costituzione a condizione che le disposizioni di cui all'articolo 3 § 2, 7, così come modificate nel 2014, siano interpretate nel senso che il medico non possa praticare l'eutanasia senza che la capacità di discernimento del minore sia attestata per iscritto da uno psichiatra o da uno psicologo infantile. Così interpretata la legge impugnata è infatti considerata dai giudici come fondata sul giusto equilibrio tra il diritto a porre fine ad un'esistenza non ritenuta più dignitosa e quello alla tutela della propria vita e integrità fisica attraverso misure volte ad evitare abusi nelle pratiche eutanasiche, che discende tanto dalla Costituzione belga quanto dalle disposizioni della CEDU.



ESPAÑA – En tierra de nadie. Un comentario a las elecciones del 20 de diciembre de 2015

di José Tutela

Las elecciones a las Cortes Generales celebradas el pasado 20 de diciembre de 2015 fueron calificadas, desde bastantes meses antes de su celebración, como históricas. Si bien el tiempo en el que los españoles estaban llamados a votar era particularmente relevante debido al contexto de crisis económica y por el desafío representado por el secesionismo de una parte del electorado de Cataluña, la razón para la generalización de semejante adjetivo era otra. Las encuestas y el resultado de las últimas elecciones celebradas, bien para el Parlamento Europeo bien de carácter municipal o autonómico, reflejaban que se habría de producir, por primera vez desde el asentamiento del modelo bipartidista en las elecciones de 1982, un cambio del sistema de partidos. Un cambio que no se limitaba a la sustitución de unos por otros, sino a la transformación de un modelo bipartidista en un modelo multipartidista. En el bien entendido de que ambas variantes se matizan por la existencia de una serie de partidos de ámbito autonómico con relevante peso cualitativo y cuantitativo.

Después de una campaña que cabe calificar de bastante tradicional, los electores han acabado eligiendo un Parlamento que, efectivamente, se distinguía

considerablemente del que había sido tradicional. Hay que advertir que España es un modelo de bicameralismo imperfecto, en el que el Senado juega un relativamente poco importante. Esta consideración es relevante ya que debido al sistema electoral que rige para el mismo, en esa Cámara no hubo cambios notables, y el Partido Popular (PP), obtuvo la mayoría absoluta. El eje del sistema político español es el Congreso de los Diputados y sobre éste sí se operó una transformación significativa. En las elecciones de 2011, el PP obtuvo 186 escaños; el PSOE, 110; mientras que la tercera y cuarta formación política de ámbito nacional, Izquierda Unida (IU) y Unión Progreso y Democracia (UPyD), once y cinco, respectivamente. El resto de los escaños, hasta 350, correspondió a formaciones de ámbito autonómico, mayoritariamente nacionalistas, destacando los 16 de CIU, la formación del Presidente Mas, entonces hegemónica en Cataluña. Frente a estos resultados, en las elecciones de este diciembre, el PP ha obtenido 123 escaños; el PSOE, 90; y las dos nuevas formaciones políticas, Podemos y Ciudadanos, respectivamente, 69 y 40. Izquierda Unida, 2 y Unión Progreso y Democracia no ha obtenido representación. El voto a las formaciones nacionalistas ha descendido significativamente quedando reducida su representación a 26 escaños, si bien hay que indicar que Podemos realizó alianzas territoriales en Galicia y Comunidad Valenciana, con fuerzas políticas de perfil nacionalista. Este cambio en escaños es aún más acusado en votos. El PP pierde 3.650.814 votos (obtiene 7.182.003 votos) y el PSOE, 1.472.732 (obtiene 5.506.860 votos). Izquierda Unida, por su parte, 762.907. Podemos consigue 5.189.463 votos y Ciudadanos 3.500.541. El desfase entre los votos que pierden los Partidos tradicionales y los que ganan los nuevos, es consecuencia de que Podemos absorbe, además, una parte del voto perdido por las formaciones nacionalistas y por el incremento de participación en relación con el 2011.

El dato de participación nos puede servir de puente para comenzar el análisis en sí de los resultados. Una referencia que debe ser precedida por un breve comentario a la campaña anteriormente mencionada. En la misma, las nuevas formaciones lograron visualizar e imponer perfectamente su mensaje. El tradicional eje ideológico izquierda derecha se desplazaba a un nuevo eje: la nueva política frente a la vieja política. Los españoles estaban abocados a elegir entre nuevos y viejos, de alguna manera, entre puros e impuros. Un régimen había muerto y era preciso constatar su fallecimiento y certificar la eclosión de una nueva era. Había que

consagrar, siguiendo la terminología más extendida, el nacimiento de una nueva transición. Sobre este discurso se realizó la campaña y de allí la transcendencia que se otorgaba a las elecciones. Lógicamente, el análisis de los resultados debe realizarse desde esta premisa. Pero no será inconveniente resaltar, con la distancia que otorga el escaso tiempo transcurrido, que la propia campaña, en si, fue todo, menos novedosa. Los únicos cambios perceptibles fueron estéticos. El peso del programa, del debate de ideas y medidas, se diluyó completamente a favor de la trivialización del actuar de los candidatos y, algo fundamental, de la personalización del discurso. A la postre, la nueva política exageraba hasta un límite no visto la personificación del sistema, vicio reiteradamente denunciado de la vieja política. Esta radicalización de una característica del sistema español no es sino una manifestación de la progresiva presidencialización de hecho del mismo. Algo que, por otra parte, va a chocar con la única nota pura del sistema parlamentario que se sostiene. La elección del Presidente en virtud de la conformación de una mayoría parlamentaria. Algo que es muy relevante a la luz de unos resultados como los del 20 de diciembre.

En ese contexto, la participación fue de un 73,2%, superior en un punto y medio a la de 2011 (71,69%), pero inferior a la de 2004 (75,66%) y 2008 (75,32%). La cifra puede considerarse en la media de lo que es tradicional en las elecciones generales en España. Casi todos los analistas han coincidido en que se trata de un número inferior al esperado y vaticinado por las encuestas. En relación con el análisis precedente, la conclusión parece evidente. El electorado no se movilizó de acuerdo a una situación excepcional. El número de electores no distinguirá a estas elecciones de otras.

Con estas premisas, es posible hacer un primer balance sobre la relación entre el resultado y el sistema político español en su conjunto. Sintéticamente, puede decirse que la reiterada vieja política no acaba de morir, mientras que la nueva sigue siendo alternativa. Poderosa, desde luego, pero alternativa. Entre los dos “viejos” Partidos obtienen 12.688.863 votos y 213 escaños, mientras que los nuevos 9.007.401 y 110 escaños. Evidentemente, la cuestión que estas cifras ponen encima de la mesa es si el ascenso de los nuevos Partidos es una tendencia imparable y si estas elecciones han sido sólo una tregua o si, por el contrario, los viejos Partidos han mostrado un umbral de resistencia que permitiría aventurar su supervivencia e, incluso, el

mantenimiento de su hegemonía. En todo caso, el sistema ha quedado sustancialmente alterado. Como se verá en otro momento del análisis, la cuestión fundamental es que hasta ahora el dilema del gobierno se resolvía sobre aquel Partido que quedaba en primer lugar, ya que, o bien obtenía mayoría absoluta (sucedió en la mitad de las convocatorias) o bien quedaba suficientemente cerca como para alcanzar acuerdos de gobierno con otras fuerzas, especialmente nacionalistas. Desde ahora, el pacto a dos será imprescindible porque parece evidente que las mayorías absolutas se hacen casi imposibles. En todo caso el partido ganador, incluso cuando lo haga con claridad, necesitará de un segundo, y, además, a diferencia de antes, ese segundo deberá ser otro partido de ámbito nacional. Si no es que se requiere un pacto a tres porque, como ha sucedido ahora, la suma de dos partidos de ámbito nacional no da la mayoría necesaria, siendo preciso acudir a una tercera fuerza (en este caso, al menos cuatro). Es decir, estas elecciones se han traducido en un sistema multipartidista en el ámbito nacional (siempre lo ha sido si se tenía en cuenta los Partidos de ámbito autonómico), con el consiguiente incremento de la complejidad en relación con la gobernabilidad. En conclusión, si bien no puede decirse que las elecciones hayan supuesto una auténtica revolución política, sí han introducido cambios muy notables en el sistema político, cuyo alcance efectivo y definitivo está por ver.

Si el análisis se traslada al juicio del resultado obtenido por cada formación, puede sintetizarse el resultado diciendo que las elecciones han deparado un resultado tan extraño que no hay ni ganadores ni perdedores, al menos en términos absolutos. Evidentemente, en una primera lectura han perdido PP y PSOE, y han ganado los dos Partidos emergentes. Pero el PP puede alegar que ha ganado, ya que ha quedado, con bastante claridad primera fuerza y muy lejos de aquella nueva, Ciudadanos, que más podía competir con su espacio. El PSOE puede decir, y dice, que sigue siendo la fuerza hegemónica de la izquierda y que, incluso, tiene opciones de formar gobierno. Las dos cosas son ciertas y obligan a relativizar la derrota, en términos absolutos, de estos Partidos. En todo caso, su pérdida de votos es extraordinaria y la amenaza de verse superados por los emergentes en próximas convocatorias es real, muy particularmente para el PSOE que ha obtenido el peor resultado de su historia reciente y al que apenas separan de Podemos 300.000 votos. El argumento de que los dos nuevos Partidos han ganado se sostiene, obviamente,

en una irrupción extraordinaria en la Cámara baja en las Cortes Generales. Con apenas un año de existencia, han logrado un número de votos no sólo espectacular en términos absolutos sino expresión clara de un significativo cambio político. En todo caso, la bandera de la victoria corresponde en verdad a Podemos que es quien más se ha acercado a sus previsiones y que ha sacado una diferencia muy notable a Ciudadanos. Así, es posible decir que el verdadero triunfador de esta noche electoral fue esta formación. Una afirmación que se matiza por dos circunstancias. Por un lado, por el hecho de que no obtuvo, si bien por poco, su objetivo estratégico de superar al PSOE, algo que al final de la campaña parecía posible. En segundo lugar, porque los votos y escaños computados a esta formación incluyen los obtenidos por alianzas conformadas en Galicia, Cataluña y Comunidad Valenciana en la que participaban otros grupos políticos muy relevantes para la obtención de los buenos resultados cosechados. Finalmente, Ciudadanos, si bien ha obtenido un espléndido resultado para un Partido que concurre por primera vez como fuerza nacional, ha sentido el aliento de la decepción ya que en el inicio de la campaña se le situaba hasta en segundo lugar, con un número de escaños muy superior al finalmente logrado.

Un apunte especial merece la evolución del voto de los partidos nacionalistas. Tradicionalmente, estas formaciones han sido decisivas en la dinámica política española, complementando con sus escaños a las formaciones políticas nacionales. Como se señaló, en esta ocasión su resultado ha sido inferior al de otras ocasiones. En Galicia, Aragón, Navarra y Valencia, no han obtenido representación. En Canarias, han perdido un escaño. En Cataluña, han perdido dos y en el País Vasco, tres. Así, particularmente significativo han sido el resultado de la formación abertzale Bildu que ha pasado de seis a dos escaños y del Partido del Presidente Mas que de 16 ha pasado a ocho, pérdida en parte compensada por la subida del otro Partido nacionalista catalán, Esquerra Republicana. Sin embargo, estos datos son parcialmente engañosos. Podemos conformó alianzas con formaciones nacionalistas en Galicia y Comunidad Valenciana y una parte importante de su resultado en esas Comunidades tiene una clara adscripción nacionalista. De hecho, una de las sorpresas post electorales ha sido el hecho de que su líder, Pablo Iglesias, ha situado la cuestión nacionalista, concentrada alrededor de la plurinacionalidad y del

reconocimiento del principio de autodeterminación, como eje de su discurso y de sus exigencias para posibles pactos.

La pregunta obligada en el momento de concluir es cuál puede ser la mayoría parlamentaria resultante de estos resultados. Como bien se ha escrito, el resultado es tan complicado que cualquier opción pasa necesariamente porque alguna formación política renuncie a cuestiones esenciales de su programa y de su ideario. En primer lugar, cabe pensar en un gobierno alrededor del Partido que ha resultado mayoritario. Pero ello se comprueba casi imposible cuando se constata que necesitaría el apoyo no sólo de Ciudadanos, la formación que puede considerarse más cercana o, por lo menos, menos lejana, sino de Podemos o del PSOE. Y estas dos formaciones han señalado antes y después de las elecciones que su objetivo irrenunciable es expulsar al PP del gobierno. Así las cosas, el foco debe trasladarse al PSOE y para si lo ha reclamado su líder que se ha postulado ya como referente del cambio. El problema para Pedro Sánchez es que requiere o bien la suma de Podemos y Ciudadanos o bien la de Podemos y varios de los Partidos nacionalistas, incluido, al menos, uno de los grupos independentistas de Cataluña. Ciudadanos ya ha declarado que no votará ninguna fórmula que incluya a Podemos y este Partido ha establecido como línea roja el reconocimiento del derecho de autodeterminación y la celebración en Cataluña de un referéndum vinculante en el plazo de un año. Por otro lado, y aunque Podemos relativizase esta exigencia, la investidura de Sánchez, además de contar con los votos de IU y PNNV, debería tener la abstención de Esquerra Republicana o CDC, los dos Partidos que declararon en el Parlamento de Cataluña la independencia unilateral de la Comunidad. Así las cosas, la única fórmula, que podría facilitar al líder del PSOE la investidura, en ningún caso un gobierno estable, sería la aceptación de la celebración de un referéndum vinculante en Cataluña. Algo que no sólo plantea problemas jurídicos insalvables, sino que es, a su vez, considerado línea roja por el propio Partido Socialista, que, reiteradamente, se ha expresado en contra del mismo. De esta manera, hoy resulta inimaginable la manera para en la que un candidato puede obtener la investidura y, todavía menos, formar un gobierno estable. Obviamente, ello no significa que no sea posible. La política es territorio idóneo para hacer hoy posible lo que ayer era imposible. Pero, en este caso, eso implicará que se han traspasado líneas rojas de trazo grueso.

Al margen de una solución natural, se manejan dos hipótesis para el caso de que no se alcanzase acuerdo alguno. La primera es, obviamente, la celebración de nuevas elecciones. Un supuesto en principio rechazado con vehemencia por casi todos los actores políticos y por la práctica totalidad de los sociales. Sólo el líder de Podemos se ha expresado en favor de esta posible solución. La segunda opción es la de conformar el gobierno alrededor de un independiente de prestigio elegido por consenso y con un programa claro de reformas estructurales. Si bien esta hipótesis había sido mencionada en algunos artículos de opinión, ha adquirido otro cariz cuando ha sido defendida en público por los líderes principales de Podemos. En todo caso, es evidente que se trata de una solución más que excepcional y que sería una muestra muy grave de fracaso del nuevo modelo de Partidos.

Las elecciones del 20 de diciembre de 2015 han sido, paradójicamente, un éxito más del modelo diseñado durante la transición. Sin ninguna alteración de las normas electorales ni de la legislación de partidos, el sistema ha sabido y podido dar cauce institucional al innegable cambio político y social acaecido en España. Un cambio profundo con una muy significativa lectura generacional que, necesariamente, tenía que tener reflejo en el funcionamiento de la dinámica de partidos. La sociedad quería y quiere el cambio, y éste ha acaecido. Lo ha hecho, es preciso recordarlo, desde una pauta más de renovación que de revolución. El resultado electoral es, con claridad, una mezcla de deseo de conservación y de cambio. O, más exactamente, de cambio desde la conservación de lo que hay que conservar que, a juicio de los electores, no es poco. El cambio, puede decirse, ha sido un éxito. Creo que se puede afirmar que la jornada del 20 de diciembre fue una exitosa afirmación de la democracia española. Ahora bien, que el juicio sea también positivo dentro de unos años depende de una variable diferente. Se ha reiterado que la sociedad española quiere negociación, pacto y construcción de la política alrededor de consensos. Que ello sería, precisamente, una de las razones del cambio hacia el sistema multipartidista. Obligar a negociar. Y, precisamente, la gran incógnita, previa y posterior a las elecciones, es si los agentes políticos tienen las condiciones que requiere un sistema multipartidista. Paradójicamente, ya antes de las elecciones se pudieron aventurar las dificultades de la nueva era, cuando los mismos que defendían el multipartidismo negaban la política de coaliciones. Porque el reto no es sólo investir un presidente, sino construir una mayoría sólida de gobierno. Si el

juicio previo sobre este punto no podía ser muy optimista antes de la jornada del domingo 20 de diciembre, lo sucedido en la semana posterior a las elecciones, no permite rectificar el juicio. De los elegidos depende que el éxito provocado por los ciudadanos españoles no devenga en un triste fracaso.



SPAGNA – Il Tribunal Constitucional nega l’amparo a due uomini condannati per aver bruciato una foto del Re

di Elena Sorda

Il Tribunale Costituzionale spagnolo lo scorso 22 luglio, con la sentenza n. 177/2015 ha negato l’*amparo* a due uomini condannati nel 2008 per il reato di ingiuria nei confronti della Corona, ex art. 490.3 del codice penale spagnolo.

I fatti che hanno preceduto la condanna risalgono al 13 settembre 2007 e possono essere così riassunti. Poco dopo il termine di una manifestazione pubblica di dissenso motivata dalla visita dei reali a Girona (città catalana a nord di Barcellona), due uomini con il volto coperto – presenti in un assembramento presso una piazza della medesima città – avevano bruciato una foto dell’allora Sovrano Juan Carlos e della sua consorte Sofia. Gli autori del gesto furono inizialmente condannati a quindici mesi di detenzione, poi commutati in una multa. La decisione è stata comunque impugnata dagli interessati che hanno lamentato la violazione delle loro libertà di espressione e di coscienza (rispettivamente protetti dagli artt. 20.1.a e 16.1 della Costituzione).

Nel motivare la decisione di rigetto, il Tribunale ha compiuto un’ampia ricostruzione della propria giurisprudenza e di quella della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di libertà di espressione e di coscienza, evidenziando quanto

queste costituiscano uno dei pilastri della democrazia, specie quando coinvolgono la dimensione istituzionale dello Stato, e che pertanto lo scambio di idee e opinioni – anche qualora controverse – vada garantito nel modo più ampio. Similmente, la libertà di opinione va garantita anche qualora sia caratterizzata da una critica aspra, che infastidisce o fa adirare il destinatario della stessa, giacché questo è necessario per mantenere il pluralismo e un clima di tolleranza. Tuttavia anche la libertà di espressione può essere soggetta a limitazioni, giacché – a giudizio dei giudici spagnoli – il semplice fatto di esprimere un’opinione non implica necessariamente che si abbia diritto alla garanzia prevista dall’art. 20 della Costituzione, specie laddove venga in essere un comportamento offensivo, che lede la dignità e l’onore altrui, o che incita all’intolleranza.

Nel caso di specie, i giudici costituzionali spagnoli si sono trovati a dover stabilire se l’atto di bruciare una foto dei reali dovesse essere considerato come una manifestazione impropria della libertà di espressione oppure no. Nel dirimere la questione, in primo luogo è stato ricordato che il legislatore penale riconosce una protezione rinforzata alla Corona (includendo onore e dignità del monarca), così come ad altre figure istituzionali, al fine di proteggere lo Stato costituzionale stesso. In secondo luogo è stato osservato che bruciare un’immagine costituisce un’azione dotata di un forte valore simbolico e comunicativo, idoneo a manifestare in modo chiaro e immediato una determinata opinione. Il *Tribunal* ha ritenuto che la libertà di coscienza dovesse essere considerata assorbita dalla libertà di espressione, poiché l’esercizio di quest’ultima era funzionale alla manifestazione di una determinata opinione politica. I giudici costituzionali hanno poi reputato che l’atto di bruciare una foto – peraltro realizzato da due persone a volto coperto, poi scappate fra la folla – abbia un forte significato distruttivo, idoneo a incrementare un clima di tensione, di rifiuto del dialogo politico e di propensione ad azioni di dissenso violente e che pertanto esso vada ricondotto a quelle ipotesi illegittime di manifestazione delle opinioni. Insomma, bruciare una foto dei monarchi di Spagna comporterebbe un’azione non solo offensiva, ma anche idonea a incitare all’odio. È stato poi aggiunto che l’impropria manifestazione delle idee politiche dei due rei vada contrapposta al legittimo esercizio della libertà di espressione realizzato con il corteo antimonarchico tenutosi poco prima a Girona. Inoltre, i giudici hanno ritenuto che dare fuoco a una foto corrisponda ad un gesto che, seppur dotato di un

chiaro potere simbolico, non possa essere ricondotto alla manifestazione di un vero e proprio ‘pensiero’, complesso e articolato, ma solo a un gesto altamente offensivo, diretto a incitare all’odio. Infine, il Tribunale ha affermato che la sanzione penale non aveva determinato una violazione della libertà di coscienza dei ricorrenti essendo stata comminata per punire una determinata azione, ma non l’idea politica che aveva spinto i due uomini ad agire.

La decisione ha visto le opinioni dissenzienti da parte di tre giudici e, a una di esse, ha aderito un altro membro del *Tribunal*.

Il giudice Adela Asua Batarrita ha manifestato un’opinione parzialmente dissenziente a cui ha aderito anche il giudice Fernando Valdés Dal-Ré. In essa si sostiene che le libertà di espressione e di opinione devono godere della maggiore tutela possibile, trattandosi di una sorta di cartina al tornasole della solidità del sistema democratico e di protezione dei diritti fondamentali di un determinato ordinamento. Tali garanzie devono – inoltre – essere massime, o addirittura prive di limitazioni, qualora corrispondano alla manifestazione di idee (o critiche) di natura politica. Ha precisato poi che, a suo giudizio, la vicenda in esame avrebbe dovuto essere inquadrata solo nell’ambito delle libertà di espressione e coscienza, mentre non è corretto ricondurre la stessa ai c.d. ‘discorsi dell’odio’, giacché questi ultimi concernono forme di discriminazione e disprezzo verso intere categorie di soggetti (come gruppi etnici o minoranze) e, pertanto, una manifestazione di dissenso nei confronti dei monarchi non può essere fatta rientrare in questa categoria giuridica.

La giudice Encarnación Roca Trias, invece, si è detta in disaccordo con la decisione della maggioranza della Corte di considerare la libertà di coscienza assorbita dalla libertà di espressione e, anzi, ha ritenuto che sarebbe stato opportuno inquadrare l’intera vicenda solo come una manifestazione della libertà di coscienza. In quanto tale, sarebbe stato opportuno riconoscere l’*amparo* ai ricorrenti, dato che l’unico limite costituzionale a detta libertà è dato dal rispetto dell’ordine pubblico e che, qualora quest’ultima corrisponda all’estrinsecazione di un’opinione, i limiti imposti debbano essere minimi.

L’ultima opinione dissenziente è del giudice Juan Antonio Xiol Rios che, come la collega Asua Batarrita, ha ritenuto impropria l’inclusione della fattispecie nella categoria dei discorsi dell’odio. Questi ultimi, infatti, presentano due tratti distintivi,

cioè l'incitazione diretta alla violenza e l'avere come oggetto dell'odio tutti i cittadini in generale o specifiche categorie di persone; in aggiunta, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sempre negato che espressioni di violenza dirette contro soggetti singoli potessero essere qualificate come discorsi dell'odio. Il giudice ha contestato anche la ricostruzione degli elementi di fatto e ha ritenuto che seppure sia vero che il rogo di una foto rei reali costituisca un'azione negativa e dal forte significato simbolico, tuttavia tale azione non può essere ritenuta equivalente a un'incitazione alla violenza. Il giudice ha sostenuto poi che la decisione di incriminare i due manifestanti sia stata legata non tanto alla natura intrinseca delle loro azioni, quando al valore che le istituzioni hanno attribuito a queste ultime. Ha inoltre osservato che, a suo giudizio, l'*amparo* andasse concesso in virtù di una violazione di entrambe le libertà dedotte, poiché – specie qualora le libertà di coscienza e di espressione siano riconducibili a opinioni di natura politica – la protezione offerta dalla Costituzione deve essere massima, avendo come unico limite l'espressa incitazione alla violenza e all'odio.



UNGHERIA – Approvate norme restrittive in materia di diritto di asilo

di Ester Stefanelli

In Ungheria, tra luglio e settembre 2015, sono stati approvati dal Parlamento una serie di atti volti ad emendare la normativa vigente in tema di diritto di asilo (si tratta principalmente della legge LXXX del 2007, più volte modificata nel corso degli anni, e del decreto governativo n. 301 del 2007, relativo all'attuazione della legge).

L'introduzione di misure restrittive in materia di immigrazione, in particolare relative all'acquisizione dello *status* di rifugiato, rappresenta senz'altro un tentativo di rispondere all'esponenziale aumento di richieste di asilo che l'Ungheria ha registrato soprattutto a partire dal 2014 (anno nel quale sono state presentate circa 43 mila richieste).

Il 6 luglio 2015 è stata approvata, in tempi estremamente rapidi, la legge CXXVII del 2015, con la quale il Parlamento ungherese ha autorizzato la creazione di una barriera lunga 175 km, la cui costruzione è stata ultimata il 15 settembre 2015; questa corre lungo il confine tra Ungheria e Serbia, da cui proviene la quasi totalità dei richiedenti asilo (circa il 99%).

Con la legge di cui sopra, il Parlamento ungherese ha altresì autorizzato il Governo ad adottare il decreto governativo n. 191 del 2015, che redige una lista di

c.d. «safe countries of origin», e una di c.d. «safe third countries», la cui definizione è stata introdotta con la legge LXXX del 2007, nell'art. 2, lettera h. Quest'ultima normativa riprende la distinzione operata a livello di Unione europea dall'attuale direttiva 2013/32/EC del Parlamento europeo e del Consiglio (che sostituisce la precedente direttiva 2005/85/EC del Consiglio), la quale però non stila un elenco di paesi appartenenti alla categoria di «safe countries of origin» o di «safe third countries», lasciando così alle singole legislazioni nazionali tale compito.

Nello specifico, secondo la normativa ungherese, nei paesi che appartengono alla categoria dei «safe countries of origin» si presume che i cittadini dello Stato stesso non siano vittima di generali o sistematici atti di persecuzione, in tutto il territorio o in parte di esso, che non vi sia altresì una minaccia di violenza generalizzata derivante da situazioni di conflitto interno o internazionale, che non si ricorra a trattamenti crudeli, inumani e degradanti e che esistano effettive possibilità di ricorso contro tali atti. Il decreto governativo, inserisce in questa categoria gli Stati membri e gli Stati candidati dell'Unione europea (ad eccezione della Turchia), i paesi dello Spazio economico europeo, gli Stati USA che non prevedono la pena di morte e la Bosnia ed Erzegovina, la Svizzera, il Kosovo, il Canada, la Nuova Zelanda e l'Australia. Questi stessi paesi figurano inoltre nell'elenco di «safe third countries», che corrispondono a quegli Stati nei quali ai non cittadini, trattati nel rispetto del loro diritto alla libertà personale e in accordo con il principio di *non refoulement*, è garantita la possibilità di richiedere asilo, e questo, qualora concesso, permette all'individuo di ricevere un trattamento conforme ai principi sanciti nella Convenzione del 1951 sullo statuto dei rifugiati (c.d. Convenzione di Ginevra).

Le richieste avanzate dai soggetti provenienti quindi da uno Stato appartenente alla categoria dei «safe third countries» devono essere direttamente rigettate dall'Ufficio per l'Immigrazione e la Nazionalità (OIN), entro un periodo di soli 15 giorni, senza ulteriore possibilità di riesame della domanda, poiché si ritiene che il richiedente asilo abbia già avuto modo di trovare protezione nello Stato nel quale è da ultimo transitato. L'onere di provare che il richiedente asilo non è invece riuscito a presentare la propria richiesta presso lo Stato di accoglienza risiede in capo al richiedente, il quale, in base ad una procedura accelerata, ha inoltre un lasso di tempo estremamente breve, pari a 3 giorni, per fare ricorso (l'organo giudiziario dovrà poi pronunciarsi entro 8 giorni).

Dalla classificazione dei paesi in «safe countries of origin» e «safe third countries» di cui sopra emergono alcune importanti criticità legate anzitutto all'inclusione degli Stati membri dell'Unione europea all'interno della seconda categoria; ipotesi quest'ultima che il diritto europeo sembra escludere per definizione (infatti, in base agli artt. 38 e 39 della direttiva 2013/32/UE, con il termine «safe third countries» ci si riferisce esclusivamente ai «paesi terzi») e che non compare nella maggior parte delle leggi in materia di asilo adottate dagli Stati membri dell'UE, ad eccezione della normativa tedesca (art. 26a dell'*Asylum Procedure Act* del 2008). Il riferimento agli Stati USA che non applicano la pena di morte appare inoltre di scarsa rilevanza, dato che questi ultimi non sono soggetti di diritto internazionale e che il diritto di asilo è di competenza dello Stato federale.

Ancora, contrariamente agli altri paesi dell'Unione europea, l'Ungheria, con il recente decreto governativo, inserisce anche la Serbia tra i paesi considerati «safe third countries», nonostante l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) affermi chiaramente (nel suo Report del 2012, *Serbia as a country of asylum*) che in Serbia le procedure per il riconoscimento della protezione internazionale non garantiscono una tutela sufficiente al richiedente asilo. La stessa Corte suprema ungherese era intervenuta sulla questione nel 2012 (Opinion n. 2 del 2012), invocando un'applicazione univoca del concetto di «safe third countries» tra le corti nazionali ed escludendo la possibilità che la Serbia possa essere riconosciuta come tale.

Diverse sono state le critiche rivolte alla nuova normativa ungherese, sia da parte di organizzazioni internazionali che di ONG, le quali hanno parlato di una preoccupante violazione del principio di *non refoulement* sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra.



FRANCIA - Il Governo francese risponde agli attentati del 13 novembre 2015 proclamando lo stato di emergenza e proponendo una revisione costituzionale

di Anna Maria Lecis

Nella notte tra il 13 e il 14 novembre, a poche ore dai primi attacchi terroristici allo *Stade de France* e nella città di Parigi e quando ancora la presa di ostaggi al teatro Bataclan era in corso, il Presidente della Repubblica François Hollande ha indetto un Consiglio dei ministri e annunciato in un discorso alla nazione le prime misure che sarebbero state adottate a partire dalla mezzanotte per far fronte agli attentati. Così come preannunciato dal Presidente, il Consiglio dei ministri straordinario tenutosi a mezzanotte ha [decretato lo stato di emergenza](#) in applicazione della [legge n. 55-385 del 3 aprile 1955](#) e imposto un giro di vite nei controlli alle frontiere, la cui reintroduzione era già stata prevista per ragioni di pubblica sicurezza legate allo svolgimento, nella stessa Parigi, della Conferenza COP21.

Lo stato di emergenza statuito col decreto del 14 novembre prevede, come disposto dalla legge, un allargamento dei poteri del prefetto e delle forze di polizia e, in particolare, la possibilità di istituire dei coprifuoco (azione che è stata messa in pratica in un quartiere della cittadina di Sens con decreto del prefetto di Yonne del 20 novembre), di vietare la circolazione in alcune zone, di effettuare perquisizioni di giorno e di notte, di vietare le riunioni in luogo pubblico, di imporre la chiusura di

sale di spettacolo. Inoltre, il Ministro dell'interno può imporre la misura cautelare degli arresti domiciliari; misura, questa, che durante la conferenza COP21 è stata utilizzata nei confronti di alcuni attivisti ambientalisti per motivi di ordine pubblico non direttamente collegati alla lotta al terrorismo. Quanto alle misure di divieto di riunione e manifestazione, sono state applicate essenzialmente a Parigi e nella regione parigina, in concomitanza alla COP21 e, in alcuni casi fino a metà dicembre, anche se per qualche giorno si sono avute restrizioni anche nel resto del territorio nazionale.

In principio dichiarato, a partire dalla mezzanotte del 14 novembre, su tutto il territorio metropolitano e in Corsica (e poi esteso il 19 novembre alle collettività d'Oltremare all'eccezione dei territori del Pacifico e di Saint-Pierre-e-Miquelon), lo stato di emergenza avrebbe dovuto durare 12 giorni, termine massimo previsto dalla legge del 1955 in mancanza di proroga legislativa. Tuttavia, prima della scadenza, il Parlamento ha adottato una legge volta a prorogare il regime d'eccezione istituito il 14 novembre e ad ampliarne e precisarne il contenuto e le condizioni di applicazione. La [legge n. 2015-1501](#) del 20 novembre, infatti, da un lato dispone, nel suo articolo 1, la proroga dello stato di emergenza per la durata di tre mesi dalla sua scadenza naturale al termine dei primi 12 giorni (ovvero dal 26 novembre); d'altro lato, interviene sul contenuto, rafforzando nel complesso i poteri di polizia e del Ministro dell'interno, in particolare con riferimento alle misure cautelari e allo scioglimento di associazioni, e introducendo una forma di [controllo parlamentare](#). Viene inoltre soppressa la disposizione, mai applicata, che autorizzava il controllo sulla stampa e le trasmissioni radio.

Il ricorso da parte dei prefetti e delle forze di polizia ai poteri eccezionali conferiti loro dallo stato d'emergenza non ha mancato di destare preoccupazioni e in alcuni casi anche forti critiche da parte delle organizzazioni di difesa dei diritti umani che hanno stigmatizzato, da un lato, il fatto che una parte della popolazione sia maggiormente soggetta ai controlli in forza di caratteristiche etniche e, dall'altro, l'impiego generalizzato di tali poteri eccezionali anche per scopi che esulano dall'emergenza terroristica (come nel caso degli arresti degli attivisti ambientalisti in occasione della conferenza COP21). Tuttavia, secondo le informazioni ufficiali fornite dal Governo sull'[applicazione dello stato di emergenza](#), la stragrande

maggioranza delle misure sono state effettivamente adottate nei confronti di persone, su cui vi era fondato timore di un coinvolgimento in azioni terroristiche.

Quanto al rischio di violazione dei diritti fondamentali nell'esecuzione di misure eccezionali autorizzate dallo stato di emergenza, bisogna segnalare che, con comunicazione del 24 novembre, il Governo francese ha informato la Corte europea dei diritti dell'uomo della possibilità che lo Stato deroghi agli obblighi imposti dalla [Convenzione europea dei diritti dell'uomo](#), come previsto dall'art. 15 «in caso di ... pericolo pubblico che minacci la vita della nazione».

La disciplina dello stato di emergenza di cui alla legge n. 385 del 1955, oggi modificata, risaliva all'epoca della guerra in Algeria.

Prima del 13 novembre, tale regime eccezionale era stato applicato 5 volte, di cui solo tre nel territorio metropolitano. Nel 1955, all'indomani dell'adozione della legge, esso fu adottato per il territorio algerino. Sempre durante la guerra di Algeria, lo stato di emergenza fu proclamato altre due volte, nel 1958 e nel 1961, ma sul territorio metropolitano, per il rischio di attentati e di un eventuale colpo di Stato che facesse seguito a quello di Algeri. Lo stato di emergenza del 1961 fu prorogato a più riprese, senza alcun controllo parlamentare o costituzionale, fino al 1963. Nel 1984 fu invece proclamato in Nuova Caledonia e prorogato per una durata di 6 mesi. L'unico precedente nel territorio della Francia metropolitana successivamente alla guerra di Algeria si è avuto nel 2005, quando l'allora Presidente Chirac lo istituì all'indomani dei cosiddetti “moti delle *banlieues*”, in una parte del territorio, tra cui la regione parigina.

Nel 2007, in occasione dei lavori in vista della revisione del 2008, il Comitato Balladur (il “*Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions*”) aveva proposto di dare un fondamento costituzionale alla disciplina dello stato di emergenza, rinviando poi ad una legge organica la definizione delle condizioni della sua proclamazione e attuazione. Tale proposta, respinta all'epoca, è tornata in auge oggi con una proposta del Presidente Hollande che sta già facendo molto discutere.

In un [discorso](#) tenuto dinanzi al Parlamento riunito in Congresso (seconda volta che tale procedura è stata messa in pratica da quando questa possibilità, fortemente voluta da Sarkozy, è stata introdotta con la revisione costituzionale del

2008), Hollande ha infatti annunciato, tra le altre cose, di voler proporre una modifica della Costituzione per inserirvi la disciplina dello stato di emergenza. L'altra importante modifica costituzionale prevista è la perdita della nazionalità francese per i cittadini con doppia nazionalità, nati francesi, che siano stati condannati per atti di terrorismo.

Queste proposte hanno cominciato a dividere politici e costituzionalisti ancora prima di essere formalizzate nero su bianco in un progetto di legge costituzionale a firma del Presidente della Repubblica.

Il [progetto di legge costituzionale](#) preannunciato da Hollande a Versailles è stato depositato all'Assemblea nazionale il 23 dicembre 2015. Esso comprende due articoli relativi, rispettivamente, alle condizioni di proclamazione e di applicazione dello stato di emergenza e alla decadenza della nazionalità per i francesi dotati di doppia nazionalità che siano stati condannati per crimini gravi connessi col terrorismo. Questo secondo articolo intende dunque estendere a coloro che siano cittadini francesi dalla nascita il regime attualmente in vigore, in virtù di disposizioni legislative, per i soli cittadini francesi in possesso di doppia cittadinanza che abbiano acquisito la cittadinanza francese da meno di dieci anni. Questa misura, che secondo i sondaggi incontrerebbe il favore di una larghissima maggioranza dei francesi, sta però destando critiche provenienti non solo da una parte, a dire il vero minoritaria, dell'opposizione, ma anche da diversi esponenti della maggioranza e perfino del Governo stesso. Sta destando infatti molto scalpore l'opposizione al provvedimento da parte della Guardasigilli Christiane Taubira, che lo giudica inefficace e inutilmente discriminatorio e divisivo. In effetti, sono molti, nel partito socialista e in altre formazioni politiche di sinistra, a sottolineare come questa misura sia una sorta di riconoscimento costituzionale della superiorità della cittadinanza per *ius sanguinis* su quella ottenuta per *ius soli* e quindi, in definitiva, una messa in discussione di quest'ultima, dal momento che in tutta evidenza i cittadini francesi dotati di doppia nazionalità dalla nascita sono prevalentemente coloro che, figli di immigrati e dunque cittadini di un altro Paese per discendenza, hanno acquistato la cittadinanza francese per il fatto di essere nati sul territorio della Repubblica. Prevedere una misura di decadenza della nazionalità che colpisce esclusivamente questa categoria significa considerare la loro come una cittadinanza di serie B e inasprire così le

divisioni all'interno del Paese in un momento in cui la pace sociale è già messa a dura prova dall'aspirazione mediatica e politica del conflitto tra "francesi repubblicani" e "integralisti musulmani".

D'altro canto c'è chi pone il problema della violazione del principio di uguaglianza tra cittadini francesi dalla nascita proponendo però una soluzione alternativa che contempli anche la decadenza: l'estensione della sanzione dell'"indegnità nazionale" anche ai cittadini francesi che non abbiano una seconda nazionalità; provvedimento, questo, che non sembra avere molte possibilità di superare il vaglio della commissione dal momento che avrebbe per effetto la creazione di apolidi.

Il Consiglio di Stato, nel suo [parere](#) obbligatorio reso sul progetto di legge (e pubblicato dal Governo secondo la pratica inaugurata dalla Presidenza Hollande), aveva sottolineato l'esigenza di restringere le condizioni di applicazione della sanzione limitandole ai soli crimini più gravi contro la vita della nazione, per non incorrere in una violazione del criterio di proporzionalità, sanzionabile dalle Corti europee. Su tale riserva, esso ha in definitiva ritenuto che la misura della decadenza della nazionalità così come prevista nel progetto sia da ritenersi costituzionalmente e convenzionalmente ammissibile, mentre ha espresso perplessità per un'eventuale estensione della misura nei confronti di tutti i cittadini francesi anche sprovvisti di doppia nazionalità.

Per quanto riguarda invece l'inserimento dello stato di emergenza in Costituzione, anche qui si registra qualche voce critica, invero più tra i costituzionalisti che nell'alveo della politica. È stato infatti osservato che se l'ancoraggio costituzionale permetterebbe di definire condizioni e limiti di applicazione della disciplina, sottraendo alla legge ordinaria una materia così delicata all'eterna ricerca dell'equilibrio tra garanzia delle libertà fondamentali e pubblica sicurezza, d'altro lato sottrarrebbe tali condizioni e limiti al controllo del giudice costituzionale; eventualità, questa, che non può che preoccupare, in particolare davanti ad una revisione costituzionale proposta "di pancia", in reazione a fatti tragici e scioccanti per la nazione che rischiano di far pendere l'ago della bilancia sulla sola sicurezza, a discapito delle libertà fondamentali.

Il progetto di legge sarà esaminato a febbraio dall'Assemblea nazionale e nella prima metà di marzo dal Senato. Ai sensi dell'articolo 89 della Costituzione, il Presidente Hollande potrà allora, in caso di voto favorevole da parte delle maggioranze di entrambe le camere, evitare il referendum convocando il Parlamento in seduta comune, nel Congresso, il quale dovrà votare il testo con la maggioranza dei tre quinti. La primavera potrà dirci quale sarà la risposta costituzionale della Francia alla minaccia terrorista interna.



GIAPPONE – Approvata legge che consente l'utilizzo delle Forze Armate all'estero per la prima volta dopo la fine della Seconda guerra mondiale

di Giacomo Mannocci

Il 19 settembre 2015 la Camera dei consiglieri, vale a dire la camera alta del Parlamento nipponico, ha approvato in via definitiva un pacchetto di leggi relative alla sicurezza nazionale e all'utilizzo delle Forze di autodifesa (Jietai) all'estero. La nuova normativa, che entrerà in vigore nel marzo 2016, è stata approvata con 148 voti favorevoli e 90 contrari, al termine di un dibattito parlamentare protrattosi per oltre due mesi. Hanno votato a favore del provvedimento il Partito liberaldemocratico e il New Komeito, che detengono la maggioranza in entrambe le Camere, oltre a tre formazioni politiche minori di destra, appartenenti all'opposizione. Contro la nuova legge si è invece schierato il Partito democratico.

Il pacchetto di leggi, che era già stato approvato il 16 luglio precedente dalla Camera dei rappresentanti, trae origine dalla "Cabinet decision" del 1° luglio 2014 con cui il Governo ha adottato una [risoluzione relativa alla sicurezza nazionale «per garantire la sopravvivenza del Giappone e la protezione del suo popolo»](#), modificando l'interpretazione consolidata e ultracinquantennale dell'art. 9 della [Costituzione](#), la disposizione costituzionale con la quale il Giappone ha rinunciato non solo al diritto alla guerra, quale diritto sovrano della Nazione, ma

anche alla possibilità di avere proprie Forze armate (v. [DPCE online n. 1/2015](#)). La deliberazione del luglio 2014 ha rappresentato una netta presa di distanza dalla dichiarazione in materia di difesa che il Governo giapponese rese alla Dieta il 14 ottobre 1972 e che è stata fatta propria da tutti i governi che si sono da allora succeduti fino al 2012. Nel 1972 il Governo sostenne che la Costituzione non poteva tollerare un esercizio illimitato della legittima difesa e che il diritto di autodifesa sussisteva esclusivamente nell'ipotesi in cui il Giappone stesse subendo un imminente attacco armato illegale al proprio territorio proveniente dall'estero e che esso non potesse essere respinto in altri modi. Questa interpretazione restrittiva non ha comunque impedito al Giappone di partecipare, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, alle missioni di *peace keeping* delle Nazioni Unite, fornendo un supporto logistico indiretto.

Insediatosi al Governo nel 2012, il premier Shinzo Abe ha da subito manifestato l'intenzione di modificare questa interpretazione dell'art. 9 della Costituzione per permettere al Giappone di assumere un ruolo più incisivo nello scacchiere internazionale: si è quindi giunti alla "Cabinet decision" del 1° luglio 2014. Lo scopo dichiarato del Governo Abe era quello di rafforzare la *partnership* militare con gli USA nella lotta al terrorismo internazionale. Nonostante le polemiche suscitate, sia in patria che all'estero, in merito alla nuova interpretazione dell'art. 9 della Costituzione, Abe ha vinto nuovamente le elezioni nel dicembre 2014, ottenendo una ampia maggioranza alla Camera dei rappresentanti dove il 25 maggio del 2015 ha presentato il pacchetto di riforme sull'utilizzo dell'apparato militare (*rectius* di autodifesa), divenute ora legge. Nel presentare il proprio progetto alla Dieta, il governo giapponese ha addotto diverse motivazioni: innanzitutto la necessità di bloccare l'atteggiamento aggressivo del regime nordcoreano che da sempre minaccia di utilizzare armi nucleari contro il Giappone; in secondo luogo la volontà di reagire alle mire espansionistiche della Repubblica popolare cinese sui mari meridionali e orientali (è ancora in corso la [disputa sulle Isole Senkaku](#)); la lotta al terrorismo internazionale, soprattutto dopo l'uccisione di due cittadini giapponesi da parte dell'ISIS all'inizio del 2015 e infine il contrasto della pirateria. Quest'ultimo è un fenomeno ampiamente diffuso e mette a rischio il sistema commerciale marittimo oltre all'approvvigionamento di materie prime per la produzione di energia.

In merito alla nuova legge, con una [nota ufficiale](#) del novembre 2015, il governo giapponese ha ribadito che le disposizioni normative adottate consentiranno al Giappone di contribuire in modo più attivo al mantenimento della pace e alla stabilità della comunità internazionale senza per questo modificare l'orientamento pacifista della Nazione, consolidatosi negli ultimi 70 anni. A tal proposito, è stato precisato che le nuove norme si inseriscono in un quadro di rafforzamento strategico dell'alleanza con gli Stati Uniti e che esse dovrebbero contribuire alla stabilità dell'area del Pacifico. Quest'ultimo scopo pare però che non sia stato raggiunto, viste le forti proteste provenienti sia dalla Cina sia da altri stati confinanti in merito proprio alla nuova legge.

Esaminando il contenuto della riforma, sono molte le novità: infatti, a partire dal marzo 2016, le forze di autodifesa giapponesi potranno fornire tra l'altro supporto logistico ad eserciti alleati impegnati in operazioni all'estero che siano ritenute di interesse nazionale per il Giappone. Questo potrebbe avvenire, ad esempio, nel caso di un conflitto nella penisola coreana: in tal caso, le Forze di autodifesa giapponesi potrebbero fornire munizioni, carburante, nonché servizi logistici ad alleati come gli Stati Uniti e la Corea del Sud. Con la nuova legge, sarà inoltre consentito alle forze di autodifesa intercettare ed abbattere missili balistici diretti verso gli Stati Uniti o altri paesi alleati, mentre finora – in linea teorica – queste potevano distruggere missili diretti esclusivamente contro il Giappone; partecipare più incisivamente a missioni di pace sotto l'egida dell'ONU e impegnarsi in missioni di combattimento per salvare ostaggi giapponesi. Pur consentendo una limitata partecipazione ad operazioni di sicurezza all'estero, le nuove disposizioni conservano quindi un atteggiamento esclusivamente difensivo, soprattutto per quanto riguarda la nuova minaccia rappresentata da eventuali attacchi terroristici non convenzionali. Le nuove norme stabiliscono inoltre la necessità del consenso da parte della Dieta all'impiego e all'eventuale invio delle forze di autodifesa all'estero; si specifica però che queste potrebbero essere mobilitate senza il previo consenso della Dieta in situazioni di emergenza, ma in tal caso questa dovrebbe esprimersi immediatamente dopo. In questo modo, viene salvaguardato il principio del controllo democratico sulle forze armate. La legge disciplina inoltre l'invio di unità militari all'estero in situazioni in cui ci siano minacce alla pace che possano avere un'«importante influenza sulla pace e la sicurezza del Giappone». Tuttavia, in queste

situazioni, il ruolo della Jietai sarà limitato solo a varie attività di supporto come ad esempio le operazioni di ricerca e salvataggio, quelle di ispezione di mercantili e in altre attività non da combattimento in cui l'uso delle armi sarà consentito solo per scopi di difesa personale. La nuova normativa precisa infatti che l'uso delle armi da parte delle truppe coinvolte in attività di supporto all'estero sarà consentito solo per proteggere gli stessi militari ovvero altro personale sotto il loro controllo. Quanto alle attività di supporto logistico all'estero nell'ambito di operazioni di pace disposte dalle Nazioni Unite, le Forze di autodifesa potranno cooperare nel settore delle forniture, dei trasporti; organizzare le cure mediche, gestire le comunicazioni, le attività aeroportuali e portuali. Non potranno però impegnarsi in tali attività all'interno di zone di combattimento: pertanto se le zone in cui sono acquisite diventano un teatro di guerra o si ritiene probabile che possano diventarlo, le operazioni di supporto devono essere sospese e il Ministro della Difesa ha la facoltà di dichiarare concluse le operazioni stesse. La nuova normativa consente infine di usare le armi per proteggere le popolazioni locali che risiedono nelle zone a rischio. Inoltre, le Forze di autodifesa potranno salvare cittadini giapponesi che si trovino in zone di guerra, purché vi sia il consenso dello Stato in cui questi si trovino. Questa disposizione è stata introdotta dopo l'enorme scalpore che ha fatto la decapitazione di due connazionali in Medio Oriente all'inizio del 2015.

Sulla nuova normativa occorre ricordare che non si sono ancora placate le polemiche e le proteste sia da parte dell'opinione pubblica che – secondo diversi sondaggi – è contraria alle nuove disposizioni, sia da parte degli Stati vicini come la Cina e perfino da alleati come la Corea del Sud. Ha ricevuto invece il plauso da parte degli Stati Uniti che sperano che il Giappone possa assumere un ruolo più attivo nei nuovi equilibri geopolitici riguardanti l'Estremo Oriente sì da contenere il ruolo di sempre maggior potenza assunto dalla Repubblica Popolare Cinese.

Resta sullo sfondo la volontà del premier Abe di modificare direttamente l'art. 9, c. 2 della Costituzione proprio per evitare che la nuova normativa sulla sicurezza possa essere dichiarata incostituzionale. La strada per una revisione costituzionale è però molto complessa giacché dovrebbe essere approvata a maggioranza dei due terzi da entrambi i rami della Dieta e successivamente essere sottoposta a referendum confermativo. Al momento ciò non è ipotizzabile poiché Abe non

dispone della maggioranza sufficiente alla Camera dei rappresentanti che, comunque, verrà rinnovata per metà nel 2016.



NEPAL – Approvata e promulgata la nuova Costituzione

di Andrea Macchiavello

Il 16 settembre 2015 l'Assemblea costituente del Nepal ha approvato la nuova Costituzione del Paese, che sostituisce la precedente Costituzione *ad interim* introdotta nel 2007. La Carta è stata promulgata il 20 settembre dal Presidente Ram Baran Yadav.

L'approvazione della nuova Carta fondamentale del Paese dovrebbe porre fine alla lunga fase di instabilità politica ed istituzionale apertasi dalla fine degli anni Novanta. A partire dal 1996, infatti, il Nepal è stato sconvolto per un decennio da una sanguinosa guerra civile, proclamata dai ribelli maoisti contro il Governo del Paese, a seguito del divieto per il neonato Partito Maoista di partecipare alle elezioni.

Nel 2005, il sovrano dell'epoca, Gyanendra (salito al trono nel 2004 dopo l'assassinio, in circostanze poco chiare, del fratello Birendra e della sua famiglia da parte del principe ereditario Dipendra), decise di destituire il Governo in carica, assumendo direttamente il potere esecutivo: ciò provocò nel Paese un ampio movimento di protesta che coinvolse centinaia di migliaia di nepalesi con l'obiettivo di sostituire la monarchia con la democrazia.

Dopo la rinuncia del sovrano al potere assoluto, i sette partiti di opposizione designarono un nuovo Primo Ministro e il 30 aprile 2006 tornò a riunirsi, per la

prima volta dal 2002, il Parlamento, che approvò all'unanimità la proposta dell'elezione di una Assemblea costituente.

Le elezioni della prima Assemblea Costituente si sono tenute (dopo due rinvii) il 10 aprile 2008. L'Assemblea, formata da 601 membri, aveva il compito di redigere la nuova Costituzione e, al contempo, di ricoprire la funzione di Parlamento provvisorio per un periodo prefissato di due anni. Alla prima seduta, il 28 maggio 2008, è stata proclamata la Repubblica Federale del Nepal. Tuttavia, la prima Assemblea Costituente non è riuscita a raggiungere l'obiettivo di scrivere la Costituzione del Paese nel termine stabilito, nonostante la concessione di diverse proroghe, l'ultima delle quali scadeva il 28 maggio 2012.

Il 19 novembre 2013 (anche in questo caso dopo numerosi rinvii) si è proceduto alle elezioni della nuova Assemblea Costituente, formata da un numero di membri uguale alla precedente e con le medesime funzioni, che è riuscita, nell'arco di meno di due anni, a redigere il nuovo testo costituzionale.

Per quanto concerne il contenuto della nuova Carta fondamentale nepalese, viene stabilita innanzitutto la forma repubblicana, già proclamata formalmente nel 2008. Si tratta, come già detto, di una repubblica federale. Il Nepal diventa, infatti, viene diviso in sette Province. La ragione di questa scelta risiede nella particolare frammentazione del Paese, caratterizzato da una accentuata conflittualità interna (tra caste, etnie, tradizioni linguistiche, popolazioni delle regioni montuose e delle pianure). La Costituzione non attribuisce un nome alle sette Province, che provvederanno autonomamente mediante le proprie assemblee legislative una volta costituite. Ogni Provincia sarà dotata di un parlamento unicamerale (Assemblea provinciale) di durata quinquennale, mentre il potere esecutivo sarà affidato ad un Consiglio dei Ministri provinciale guidato da un primo ministro. La nomina del Primo ministro avviene ad opera del Presidente della Provincia che costituisce il rappresentante dello Stato federale a livello locale ed è nominato dal Presidente della Repubblica.

La forma di governo delineata dalla nuova Costituzione è di tipo parlamentare, in un sistema definito come plurale, multipartitico e competitivo (cfr. art. 74 Cost.).

Al vertice delle istituzioni si pone il Presidente della Repubblica, che dura in carica cinque anni: è il capo dello Stato, promuove l'unità dello Stato e difende la

Costituzione. Viene eletto da un collegio elettorale composto dai membri del Parlamento federale e da quelli delle assemblee legislative provinciali. Al Presidente è affiancato un Vice Presidente (art. 67 Cost.).

Il potere esecutivo è invece esercitato dal Consiglio dei ministri (art. 75 ss. Cost.). Il Presidente del Consiglio dei Ministri è nominato dal Presidente della Repubblica e, di norma, si tratta del *leader* del partito che ottiene la maggioranza nella Camera dei rappresentanti (la Camera bassa). Il Presidente provvede anche, su proposta del primo ministro, a nominare i ministri, che, per espressa previsione costituzionale, non possono essere in numero superiore a 25.

Il Governo deve poi ottenere entro 30 giorni la fiducia dalla Camera bassa (la Camera dei Rappresentanti).

Il potere legislativo (art. 83 ss. Cost.) è assegnato a un Parlamento bicamerale composto dalla Camera dei Rappresentanti (che, come si è visto, è l'unica titolare del rapporto fiduciario con il Governo) e dalla Assemblea Nazionale. La prima, la cui legislatura ha durata quinquennale, è composta da 275 membri, dei quali 165 eletti con metodo uninominale maggioritario (*first-past-the-post*) e i restanti 110 con il metodo proporzionale. La seconda è invece composta da 59 membri, dei quali 56 eletti da un collegio elettorale che ricomprende i membri delle assemblee legislative provinciali, i presidenti e i vice presidenti dei Consigli di villaggio, e i sindaci e vice sindaci dei Consigli municipali. I restanti 3 sono invece nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Governo.

La nuova Costituzione, inoltre, introduce i principi della laicità e della inclusività.

Per ciò che riguarda la laicità, il Nepal passa da essere un regno induista ad una repubblica laica, laddove per laicità viene intesa la libertà religiosa e culturale, sebbene sia mantenuta una particolare attenzione alle tradizioni culturali e religiose storicamente predominanti (si preserva, ad esempio, la previsione per cui la vacca – animale sacro per l'induismo – rappresenta l'animale ufficiale dello Stato del Nepal).

Con riferimento al principio di inclusività, la Costituzione riconosce ampia protezione alle minoranze culturali, religiose, linguistiche e di genere presenti all'interno dello Stato. La stessa previsione di un sistema elettorale parzialmente

proporzionale è finalizzato a garantire il rispetto di tale principio nella Camera rappresentativa.