

DPCE online – n. 3/2017

ISSN: 2037-6677

DPCE **ONLINE**



Direttore responsabile
Giuseppe Franco Ferrari

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

Tel. (+39) 02.5836.5227
mail: dpceonline@dpce.it
Sito internet: www.dpce.it

ISSN: 2037-6677

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

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

Comitato scientifico	Collaboratori stranieri
Vittoria Barsotti, Carlo Casonato, Lorenzo Cuocolo, Patrizia Depasquale, Angela Di Gregorio, Miryam Iacometti, Susanna Mancini, Laura Montanari, Paolo Passaglia, Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Fabrizio Politi, Oreste Pollicino, Alessandro Somma, Rolando Tarchi	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 Bjerken (Svezia), Carlos Blanco de Morais (Portogallo), Roberto L. Blanco Valdés (Spagna), Allan Brewer Carías (Venezuela), Bojko Bucvar (Slovenia), Laurance Burgogue-Larsen (Francia), Paolo Carozza (USA), Alberto Ricardo Dalla Via (Argentina), José Alfonso Da Silva (Brasile), Francis Delpérée (Belgio), Carlos 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).
Redazione	
Coordinamento: Edmondo Mostacci; Comitato di redazione: Serena Baldin, Carla Bassu, Vincenzo De Falco, Andrea Marchetti, Graziella Romeo, Sabrina Ragone, Dario Tosi, Claudia Sartoretti; Comitato editoriale: Valerio Lubello, Nausica Palazzo; Nicola Piscivino.	
Redazioni territoriali	
La Rivista si vale del contributo di 44 redazioni territoriali , incardinate in altrettanti atenei italiani.	

Indice dei contributi

EDITORIALI

- R.L. Blanco Valdes**, *La rebelión del nacionalismo catalán provoca en España una gravísima crisis política y constitucional* p. 441
- S. Gambino**, *Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola* p. 449

SAGGI

- S. Boffano, R. Cabazzi**, *Competizione fiscale europea versus giustizia distributiva: un dilemma sempre più attuale* p. 461
- P. Corso**, *Taricco versus Montesquieu. La Consulta si schiera e l'Avvocato generale UE non convince* p. 487
- M. Iacometti**, *Il "caso Nóos": una nuova crisi o un nuovo inizio per la Corona spagnola?* p. 497
- P. Masala**, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo sul "nuovo diritto del lavoro": due modelli di giudizio alternativi di fronte alle riforme "flessibilizzatrici" in Europa* p. 517
- M. Mazza**, *La crisi politico-istituzionale nella Repubblica ceca: profili costituzionalistici* p. 543
- J. Paffarini**, *Il presidenzialismo brasiliano alla prova delle inchieste giudiziarie e della crisi del bilancio statale: osservazioni sull'impeachment contro Dilma Rousseff* p. 551
- **Casi e questioni: *Comparative Perspective on Originalism***
- A. Pin**, *Foreword* p. 571
- L.B. Solum**, *Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the U.S.* p. 575
- J.A. Pojanowski**, *Why Should Anyone Be An Originalist?* p. 583
- D. Fontana**, *Has Originalism Become Second Nature* p. 591
- G. Candia**, *Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths* p. 597
- J. Goldsworthy**, *Originalism in Australia* p. 607
- B.J. Oliphant**, *Bobbit's Paradise: Canadian Constitutional Interpretation and Public Meaning Originalism* p. 617
- M.B. Rappaport**, *Is Proportionality Analysis Consistent with Originalism?* p. 627
- L. Sirota**, *More v Roper: A Comment on Lawrence Solum's Defence of Originalism* p. 635
- Y. Tew**, *Originalism: A Uniquely American Preoccupation?* p. 647
- F.M. Gedicks**, *It's a Wonderful Originalism! Lawrence Solum and the Thesis of Immaculate Recovery* p. 653
- D. Kenny**, *Politics All the Way Down: A Response to Lawrence B. Solum* p. 661
- T.B. Colby**, *Originalism: Less to the Picture than Meets the Eye?* p. 669
- G. Sapir**, *Originalism Is Not Enough* p. 675

NOTE E COMMENTI

• Corte di Giustizia dell'UE

- P. Addis**, *La tutela nel licenziamento delle persone con disabilità: un caso d'applicazione del principio della parità di trattamento* p.. 681
- M.R. Calamita**, *Sulla competenza dell'Unione europea a stipulare accordi di libero scambio: il caso dell'EU-Singapore Free Trade Agreement* p. 685
- F. Campodonico**, *Integrazione dell'offerta, affidamento sulle capacità di altri, esperienza pregressa e false dichiarazioni: ulteriori indicazioni da parte della CGUE* p. 691
- M. Ferrara**, *La Corte di Giustizia sulla carenza del requisito di eadem persona nella applicazione del ne bis in idem in materia tributaria. I casi Orsi e Baldetti* p. 697
- F. Guella**, *L'Unione europea e l'illusione degli automatismi collaborativi: cautele e precisazioni della Corte di giustizia in materia di indagini tributarie* p. 703
- M. Manfredi**, *La libera circolazione dei servizi legali nell'Unione europea: note a margine del caso Piringer* p. 713
- G. Mantica**, *Permesso di soggiorno tra nuove restrizioni, corretta gestione dei flussi migratori e principio di proporzionalità in concreto* p. 719
- E. Minniti**, *"Sicurezza Pubblica": la discrezionalità degli Stati nazionali in merito all'ingresso dei non cittadini per motivi di studio* p. 723
- L. Musselli**, *Trasparenza versus privacy nella pubblicazione dei dati personali nel registro delle imprese* p. 731
- S. Penasa**, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato?* p. 735
- A. Pierini**, *L'Unione bancaria al vaglio del Tribunale dell'Unione europea: prime indicazioni sulla ripartizione delle funzioni di vigilanza prudenziale tra BCE e Autorità nazionali competenti* p. 743
- B. Profumo**, *Libertà religiosa e di impresa: la CGUE detta i criteri per il bilanciamento* p. 751
- L.A. Scialla**, *Interesse pubblico alla salute e presunzione di riservatezza: una questione di prove* p. 757
- L. Testa**, *La CGUE sulle esenzioni fiscali a favore della Chiesa cattolica: una decisione coerente con delle premesse discutibili* p. 761

• Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

- P. Costanzo**, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista* p. 767
- E. Yurkina**, *Surveillance in the workplace: States' positive obligations in the case-law of the European Court of Human Rights* p. 773

• Corti costituzionali e supreme

- G. Stegher**, *Il Conseil Constitutionnel avalla il CETA: la Francia procede speditamente verso la ratifica?* p. 781

• Attualità costituzionale

- A. Angeli, A. Di Gregorio, J. Sawicki**, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo* p. 787
- C. Graziani**, *La sicurezza nell'era Macron: la regola confermerà l'eccezione?* p. 805
- G. Scala**, *Profili peculiari nella riforma costituzionale norvegese del 2017. Il concetto di Folkekyrkja tra mancato disestablishment e novazione dello status* p. 811

I collaboratori del presente fascicolo

p. 817

Contents

EDITORIAL

- R.L Blanco Valdes**, *La rebelión del nacionalismo catalán provoca en España una gravísima crisis política y constitucional* p. 441
- S. Gambino**, *Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola* p. 449

ARTICLES

- S. Boffano, R. Cabazzi**, *European tax competition against distributive justice: an increasingly topical dilemma* p. 461
- P. Corso**, *Taricco versus Montesquieu. The Italian Constitutional Court Take Side and the Advocate General is not convincing* p. 487
- M. Iacometti**, *The “Nóos case”: a new crisis or a new beginning for the Spanish Monarchy?* p. 497
- P. Masala**, *The case-law of the Spanish Constitutional Court concerning “new labour law”: two alternative models of judicial review face to labour flexibilization in Europe* p. 517
- M. Mazza**, *The political-institutional crisis in the Czech Republic: constitutionalist profiles* p. 543
- J. Paffarini**, *The Brazilian Presidentialism put to the test by investigations and state budget crisis: observations on the impeachment against Dilma Rousseff* p. 551
- **Topical Issues: Comparative Perspective on Originalism**
- A. Pin**, *Foreword* p. 571
- L.B. Solum**, *Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the U.S.* p. 575
- J.A Pojanowski**, *Why Should Anyone Be An Originalist?* p. 583
- D. Fontana**, *Has Originalism Become Second Nature* p. 591
- G. Candia**, *Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths* p. 597
- J. Goldsworthy**, *Originalism in Australia* p. 607
- B.J. Oliphant**, *Bobbit’s Paradise: Canadian Constitutional Interpretation and Public Meaning Originalism* p. 617
- M.B. Rappaport**, *Is Proportionality Analysis Consistent with Originalism?* p. 627
- L. Sirota**, *More v Roper: A Comment on Lawrence Solum’s Defence of Originalism* p. 635
- Y. Tew**, *Originalism: A Uniquely American Preoccupation?* p. 647
- F.M. Gedicks**, *It’s a Wonderful Originalism! Lawrence Solum and the Thesis of Immaculate Recovery* p. 653
- D. Kenny**, *Politics All the Way Down: A Response to Lawrence B. Solum* p. 661
- T.B. Colby**, *Originalism: Less to the Picture than Meets the Eye?* p. 669
- G. Sapir**, *Originalism Is Not Enough* p. 675

NOTES AND COMMENTS

• Court of Justice of the EU

- P. Addis**, *The protection against dismissal for persons with disabilities: the application of the principle of equal treatment* p. 681
- M.R. Calamita**, *On the European Union competence to conclude FTAs: the case of the EU-Singapore Free Trade Agreement* p. 685
- F. Campodonico**, *Documents not included in the initial bid, economic operator relying on the capacities of another entity, experience acquired, and misrepresentations: further information by the CJEU* p. 691
- M. Ferrara**, *A preliminary ruling of the ECJ regarding the deficiency of the “eadem persona” requirement in the ne bis in idem principle. The tax cases Orsi and Baldetti* p. 697
- F. Guella**, *The European Union and the illusion of cooperative automatism: the Court of Justice cautions and specifications in the field of tax investigations* p. 703
- M. Manfredi**, *The free movement of legal services in the European Union: notes on the Piringher ruling* p. 713
- G. Mantica**, *Permit to stay: between new restrictions, proper management of migratory flows and the principle of proportionality in concrete. The dictates of the Court of Justice* p. 719
- E. Minniti**, *“Public Security”: the national States discretionary about the admission of non-citizen for study purpose* p. 723
- L. Musselli**, *Transparency versus Privacy: The problem of personal data in companies register* p. 731
- S. Penasa**, *The relocation of asylum seekers: A legitimate, justified and... ineffective system?* p. 735
- A. Pierini**, *The Union banking before the European Court: first indications about the distribution of banking supervision tasks between the ECB and NCA* p. 743
- B. Profumo**, *Religious freedom and freedom of enterprise: the ECJ sets the balancing standards* p. 751
- L.A. Scialla**, *Public Health and presumption of confidentiality: it is a problem of evidence in judicial process* p. 757
- L. Testa**, *The ECJ on tax exemptions for the Catholic Church: a decision consistent with questionable premises* p. 761

• European Court of Human Rights

- P. Costanzo**, *On the Internet, the ECHR continues to play by ear* p. 767
- E. Yurkina**, *Surveillance in the workplace: States’ positive obligations in the case-law of the European Court of Human Rights* p. 773

• Foreign Jurisdictions

- G. Stegher**, *The Conseil Constitutionnel validates the CETA: Does France proceed to ratify?* p. 781

• Constitutional developments

- A. Angeli, A. Di Gregorio, J. Sawicki**, *The tormented approval of the “Justice package” in Poland: further reflections on the Polish constitutional crisis in the light of the European context* p. 787
- C. Graziani**, *Security in Macron’s age: will the rule prove the exception?* p. 805
- G. Scala**, *Peculiar profiles in the Norwegian constitutional reform of 2017. The concept of Folkekyrkja between a missed disestablishment and a novation of the status* p. 811

Contributors p. 817

La rebelión del nacionalismo catalán provoca en España una gravísima crisis política y constitucional

di Roberto L. Blanco Valdes

En un acto sin posible parangón, no ya en España, sino en cualquiera de las democracias asentadas en Europa tras el final de la Segunda Guerra Mundial, el presidente del Gobierno autónomo de Cataluña declaró en una sesión del parlamento regional celebrada el día el 9 de octubre de 2017 que su Comunidad Autónoma se convertía en un Estado independiente en forma de república, es decir, proclamó una república catalana independiente. Y aunque es verdad que tal declaración fue inmediatamente suspendida en sus efectos por el propio Puigdemont con el argumento de que trataba así de buscar un espacio de negociación y mediación para que el Estado reconociese la independencia previamente declarada, tal suspensión, llevada a cabo por quien carecía de todo derecho para romper la unidad de un Estado considerado indisoluble e indivisible por su Constitución, y tal apelación a la negociación no pueden considerarse más que una estratagema destinada a evitar la reacción del propio Estado ante una declaración absolutamente contraria a la Constitución y ante los numerosos actos delictivos que a ella condujeron. Por lo demás, resulta realmente sorprendente la pretensión de suspender unos efectos que no existen, pues un acuerdo ilegal carece por definición de cualquier validez jurídica en un Estado de derecho. Culminaba, así, en todo caso, con tan insólita declaración de independencia, una ininterrumpida cadena de desafíos, ilegalidades y desobediencias, que han acabado abriendo en España la mayor crisis política y constitucional vivida en el país desde la restauración en 1977 de sus instituciones democráticas.

Tal proclamación de independencia no tendrá, por supuesto, ninguna posibilidad de prosperar y acabar consolidándose. En primer lugar porque, como era previsible, el Gobierno procedió a aplicar de inmediato el instrumento previsto en la Constitución para el caso de que una Comunidad Autónoma no cumpla las obligaciones que la Constitución y las leyes le impongan o atente gravemente al interés general de España: el artículo 155 de la ley fundamental, regulador de la llamada coacción estatal, precepto que la Constitución española tomó, casi en su literalidad, de la Ley Fundamental de Bonn (art. 37). Al día siguiente de la declaración de independencia por parte del presidente de la Generalitat catalana, el Gobierno de España procedió a requerir a Puigdemont, en cumplimiento de lo

establecido en el citado artículo 155, para que cesara en su actividad ilegal, como primer paso para la posterior puesta en marcha, con la autorización por mayoría absoluta del Senado y en caso de que tal requerimiento no surtiese efectos, de las medidas necesarias para obligar a las Comunidad Autónoma catalana al cumplimiento forzoso de sus obligaciones o para la protección del citado interés general. Pero es que, además, en segundo lugar esa pretendida Cataluña independiente no está, ni de lejos, en condiciones de obtener reconocimiento internacional de ningún tipo: ni de los Estados europeos, ni de la Unión Europea, ni de ninguna de las democracias de Occidente. El proyecto secesionista del nacionalismo catalán quedaba pues, desde el principio, destinado a fracasar del modo más estrepitoso, lo que no quiere decir en absoluto que la gravedad del desafío que del mismo se ha derivado no deba ser tenido muy en cuenta tanto en España como en el conjunto de los países europeos. En España porque ha producido una brecha endemoniada en la sociedad catalana entre ciudadanos nacionalistas y no nacionalistas; y porque ha dado lugar a un profundo desencuentro entre el conjunto del país y una de sus Comunidades. Brecha social y desencuentro territorial –no parece necesario insistir en lo que es obvio– que son mucho más fáciles de abrir que de cerrar. En cuanto a Europa, todas las autoridades de la UE y los líderes de las principales potencias de nuestro continente han manifestado reiteradamente su profunda preocupación por la deriva del proceso secesionista catalán, pues esas pretensiones independentistas amenazan, sin duda, la necesaria estabilidad de las fronteras dentro de los países de la Unión y, por tanto, dentro de la misma Unión, varios de cuyos Estados albergan también en su interior contenciosos territoriales más o menos graves que, por afinidad, podrían complicarse a la vista del malísimo ejemplo catalán.

Un malísimo ejemplo, en efecto –y subrayarlo resulta indispensable–, que se deriva no sólo, e incluso no tanto, de la pretensión secesionista de lograr la independencia de un territorio que lleva siglos formando parte del Estado del que legalmente forma parte, sino de los modos y procedimientos, absolutamente ilegales, en que aquella pretensión acabaría concretándose en Cataluña desde el que el presidente del Gobierno autónomo y los partidos que lo apoyan en el parlamento regional decidieron recorrer el camino hacia la independencia pasando por encima de la Constitución de la que deriva el poder de las instituciones autonómicas, violando la leyes que para ello fuera necesario y desobedeciendo sin el más mínimo disimulo las sentencias que interpretando el ordenamiento jurídico español fueron dictando, a medida que la ilegalidad de la acción de los independentistas se iba incrementando, tanto el Tribunal Constitucional –supremo intérprete de la Constitución– como los tribunales ordinarios.

Aunque no es posible en este breve editorial dejar constancia del completo desarrollo del proceso que acabó desembocando en una auténtica rebelión de las instituciones catalanas contra el Estado democrático español y contra su ordenamiento constitucional, seguida luego de una insurrección popular con motivo del referéndum ilegal celebrado el día 1 de octubre (el procés, según el termino utilizado para describirlo por el independentismo catalán) sí resulta indispensable resumir sus últimos pasos, que condujeron al disparate jurídico y político de la proclamación de una república catalana independiente. La fase final de preparación

de la consulta ilegal al pueblo catalán comenzó el 26 de julio de 2017, cuando la mayoría nacionalista en el parlamento catalán sacó adelante, en medio de un auténtico escándalo político, una reforma del Reglamento de la Cámara destinada a posibilitar que los independentistas aprobaran por el llamado procedimiento de lectura única (es decir, en una sólo sesión, sin apenas debate parlamentario y con muy reducida posibilidad de enmienda) las denominadas leyes de desconexión: la ley de referéndum, cuyo proyecto había ya entrado en la cámara catalana el 4 de julio y que iba a servir de base a la convocatoria del referéndum de autodeterminación; y ley de transitoriedad jurídica, que preveía la organización y el funcionamiento provisional del nuevo Estado catalán una vez que la secesión se hubiera sido producido. La forma en que se tramitó la aprobación de esa reforma reglamentaria, desoyendo las advertencias de ilegalidad de los letrados del parlamento catalán y haciendo caso omiso de las advertencias de violación de la Constitución y el Estatuto de Autonomía contenidas en el dictamen elaborado por el Consejo de Garantías Estatutarias creada por el Estatuto de Autonomía catalán de 2006, dio lugar a que los diputados de Ciudadanos, el Partido Socialista de Cataluña y el Partido Popular no sólo votasen en contra de la propuesta sino que la denunciasen como un abuso de poder que pisoteaba el legítimo derecho de participación de los parlamentarios.

Como era de esperar, dado no sólo el contenido de esa reforma reglamentaria sino, sobre todo, la finalidad que con la misma se perseguía –allanar el camino para la aprobación de las dos leyes sobre las que reposaría la estrategia secesionista de los nacionalistas– el Gobierno español procedió de inmediato a impugnarla ante el Tribunal Constitucional, utilizando para ello el recurso previsto en artículo 161.2 de la Constitución, que lleva aparejada la suspensión automática de la disposición recurrida (“El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”). El pleno Tribunal Constitucional (TCE) admitió a trámite el recurso por una providencia de 31 de julio de 2017 (Boletín Oficial del Estado nº 182, de 1 de agosto de 2017) y dictó la correspondiente suspensión. Pero no sólo eso: acordó además advertir a la presidenta del parlamento y a los miembros de su mesa del deber de todos ellos “de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada. En particular, que se abstengan de iniciar, calificar, introducir en el orden del día de cualquier órgano del Parlamento de Cataluña, y, en general, de dictar acuerdo alguno que implique la tramitación de una proposición de Ley por el procedimiento de lectura única en aplicación del impugnado apartado segundo del artículo 135 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en la que pudieran incurrir en caso de incumplir dicho requerimiento”.

Comenzó entonces un insólito juego del gato y el ratón entre el Gobierno de España y las instituciones de la Generalitat, por virtud del cual este último y la mayoría nacionalista en el parlamento catalán diseñaron una estrategia de contumaz desobediencia a todas las resoluciones emanadas del Tribunal

Constitucional suspendiendo las distintas normas legislativas o ejecutivas que, impugnadas por el Gobierno español y suspendidas por el supremo intérprete de la Constitución española, iban destinadas a convocar un referéndum ilegal de autodeterminación. Aunque esta situación ha sido frecuentemente definida en España con la metáfora del choque de trenes, parece evidente que esa imagen no refleja la auténtica realidad del enfrentamiento entre un Gobierno, el español, que no ha cejado en su defensa de la legalidad constitucional y otro, el catalán, que, burlando todas sus obligaciones (cumplir y hacer cumplir las leyes) y prohibiciones (todas las derivadas de los sucesivos pronunciamientos judiciales destinados a evitar la celebración de un referéndum ilegal) intentó conseguir sus objetivos situándose fuera de la ley en una acción de abierta rebelión contra el Estado.

De hecho, la manifiesta ilegalidad de cualquier intento de convocar un referéndum de autodeterminación la había ya establecido el TCE sin ningún género de dudas en su sentencia 259/2015, de 2 de diciembre (Boletín Oficial del Estado nº 10, de 12 de enero de 2016) en la que se disponía la nulidad de la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, del propio parlamento catalán, resolución verdaderamente increíble en un Estado de derecho, por virtud de la cual se declaraba "solemnemente el inicio del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república". El TCE fijó entonces una doctrina constitucional sobre la base de la cual cualquier intento de llevara adelante un proceso de secesión quedaría completamente fuera del marco constitucional. Según el TCE "la soberanía de la nación, residenciada en el pueblo español, conlleva necesariamente su unidad y así lo proclama, como es notorio, el art. 2 CE, de acuerdo con el cual la propia Constitución «se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas». La unidad del sujeto soberano es fundamento de una Constitución mediante la que la nación misma se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE y, entre otras, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Se trata de un Estado también único o común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de autonomías territoriales [por todas, STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4 a)], a las distintas nacionalidades y regiones que, constituidas en Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos, integran España (principio de unidad del Estado, deducible también del artículo 2 CE: SSTC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4, y 177/1990, de 15 de noviembre, FJ 3)". Por si no hubiera quedado con todo lo apuntado suficientemente claro, el TCE añadía que "el artículo 1.2 CE es, así, base de todo nuestro ordenamiento jurídico (STC 42/2014, FJ 3, y jurisprudencia allí citada), de modo tal que, como se dijo en esta resolución del Tribunal, si «en el actual ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de 'sujeto jurídico' de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la

Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo”. Por eso, puestos a buscar una imagen con la que describir la situación esa no sería la antes aludida del choque de trenes, sino la de un tren (el independentista) que, violando todas las normas de circulación que debía respetar, se dirigía a toda velocidad contra el Estado democrático español con la finalidad de destruirlo para poder así construir su propio Estado.

Buena prueba de ello fue la aprobación por el parlamento catalán de la ley 19/2017, de 6 de septiembre del referéndum de autodeterminación, aprobación que se produjo utilizando el procedimiento reglamentario que el Tribunal Constitucional había previamente suspendido, en una acción de clara desobediencia que las instituciones catalanas ya no abandonarían. La norma, que constituye un *dislate* jurídico mayúsculo, se declaraba jerárquicamente superior a todas las demás del ordenamiento jurídico español, ¡incluida la Constitución!, lo que da ya una idea cabal del acto de ruptura radical con el Estado que la misma suponía. Así lo disponía su artículo 3.2, que es tan disparatado que no necesita comentarios: “Esta Ley establece un régimen jurídico excepcional dirigido a regular y garantizar el referéndum de autodeterminación de Cataluña. Prevalece jerárquicamente sobre todas las normas que puedan entrar en conflicto con la misma, en tanto que regula el ejercicio de un derecho fundamental e inalienable del pueblo de Cataluña”. Aprobada de nuevo en una sesión parlamentaria auténticamente escandalosa, hasta el punto de que los diputados de la oposición constitucionalista no la votaron pues decidieron retirarse del hemiciclo en protesta por el atropello antidemocrático del que estaban siendo objeto, la ley fue de inmediato impugnada por el Gobierno nacional y suspendida por el Tribunal Constitucional por una providencia del 7 de septiembre (Boletín Oficial del Estado nº 216, de 8 de septiembre de 2017). En ella, el alto tribunal advertía al presidente de la Generalitat, a todos los miembros de su Gobierno y a otros altos cargos autonómicos de su “deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada. En particular, que se abstengan de iniciar, tramitar, informar o dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias acuerdo o actuación alguna que permita la preparación y/o la celebración del referéndum sobre la autodeterminación de Cataluña regulado en la ley objeto de la presente impugnación y de poner a disposición de la Sindicatura electoral de Cataluña o de las sindicaturas electorales de demarcación los medios materiales y personales necesarios para el ejercicio de sus funciones con las advertencias de las eventuales consecuencias penales en caso de incumplimiento”. La resolución del TCE advertía también a los miembros de la llamada Sindicatura Electoral de Cataluña, previamente nombrados por el parlamento catalán para tutelar el referéndum ilegal, de que deberían “impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada”.

Haciendo otra vez caso omiso de las resoluciones del TCE, el Gobierno catalán dictó, sobre la base de la ley de referéndum suspendida, el decreto 139/2017, de 6 de septiembre, por el que procedía a convocar la consulta para el día 1 de octubre, en la clara conciencia de que estaba con ello llamando al pueblo catalán a votar en un acto ilegal, que había sido prohibido por quien (el TCE) era constitucionalmente competente para ello. Ese decreto de convocatoria del

referéndum fue suspendido, como no podía ser de otra manera, por el interprete supremo de la Constitución, mediante una providencia dictada el mismo día en que se suspendía la ley que supuestamente le servía de soporte (Boletín Oficial del Estado nº 216, de 8 de septiembre de 2017). El TCE tuvo que actuar finalmente contra la ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, norma que fue igualmente suspendida por una providencia de 12 de septiembre (Boletín Oficial del Estado nº 221, de 13 de septiembre de 2017).

Nada de ello impidió, sin embargo, que el gobierno autónomo catalán mantuviese la convocatoria de un referéndum, que, violando todas las sentencias aludidas, se celebró finalmente, en la fecha prevista, aunque todo parecido entre tal consulta y un referéndum democrático, legal y legítimo, fuera pura coincidencia. De hecho, tanto el Gobierno español, mediante la acción desarrollada por la Policía Nacional y la Guardia Civil bajo las ordenes del Ministerio del Interior, como el poder judicial, actuaron, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, para desbaratar la realización del referéndum ilegal. Se intervinieron papeletas y credenciales electorales de los componentes de las mesas nombrados violando la ley, la autoridad electoral prevista por la Generalitat fue disuelta después de que el TCE fijará fuertes multas pecuniarias a sus miembros, se cerraron colegios electorales por orden judicial y se intervino el censo electoral. Todo ello se tradujo en que la jornada referendaria careciese de las más elementales garantías democráticas y de la más mínima limpieza. Y ello hasta el punto de que la intervención del censo llevó al Gobierno rebelde de la Generalitat a proclamar el censo electoral universal, por virtud del cual cada elector podía votar en cualquier colegio de los existentes en Cataluña que no habían sido clausurados por orden judicial. El bloqueo informático de ese censo electoral universal por parte de la Guardia Civil en cumplimiento de las ordenes judiciales, unido a la falta de cualquier control institucional del proceso de votación, en su mayoría en manos de voluntarios partidarios de la secesión, permitió que una misma persona pudiese votar varias veces en colegios diferentes o que los electores emitiese sus papeletas sin acreditarse de ningún modo, lo que dio lugar a constantes denuncias de falta de limpieza en el proceso. La jornada estuvo además mediatizada por la presencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, supliendo la desobediencia de la policía autonómica catalana (los Mossos d'Esquadra), intervinieron para dar cumplimiento a las ordenes judiciales que ordenaban impedir la constitución de los colegios electorales. Esa actuación policial acabo siendo en gran medida la protagonista de la jornada, cuando los nacionalistas intentaron suplir la absoluta ilegalidad del proceso electoral y, consiguientemente, su falta de legitimidad democrática, exagerando de un modo burdo la dureza de la intervención de la Policía Nacional y la Guardia Civil, intento que quedó al descubierto cuando en los días sucesivos se supo que gran parte de las fotos utilizadas para ilustrar la supuesta violencia de la acción policial estaban trucadas o no se correspondían con los hechos, que el número de supuestos heridos denunciado por la Generalitat se había exagerado a todas luces y que no pocas de las denuncias por lesiones eran falsas.

En este ambiente enrarecido, como no se recordaba en España desde hacía muchísimo años, el Gobierno catalán hizo públicos los supuestos resultado del

referéndum el viernes 6 de octubre, en que habrían participado 2.286.217 electores que representarían al 43,03% del censo. A la pregunta “¿Quiere que Cataluña sea un estado independiente en forma de republica?, con dos posibles respuestas (Sí/No) habrían votado sí 2.044.038 electores (89,4% del voto válido), 177.547 habrían votado no (7,8%) y 44.913 habrían votado en blanco (2%), registrándose también hubo 19.719 votos nulos (0,9%). La victoria apabullante del sí constituirá, claro está, la mejor prueba de la completa falta de validez de una consulta popular ilegal y celebrada sin ninguna garantía democrática. En todo caso, y aun dando por buenos esos resultados, lo que exigiría cerrar los ojos a la evidente realidad de un proceso inadmisibile en un Estado de derecho digno de tal nombre, lo cierto es que habrían votado a favor de que Cataluña se separe del Estado del que forma parte desde hace varias centurias el 38,46% del censo electoral. Más allá de su rotunda e indiscutible ilegalidad y falta de legitimidad ¿puede adoptarse una decisión de tal envergadura con el voto a favor del 38% del pueblo catalán con derecho a voto? Dejo esa pregunta a la respuesta de los cualificados lectores de esta magnífica Revista.

Santiago de Compostela, 11 de octubre de 2017

Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola

di *Silvio Gambino*

1. – Nel panorama comparatistico la forma di Stato spagnola viene generalmente descritta come ‘Stato composto’, ovvero come ‘Stato delle autonomie’ o, più semplicemente, come ‘Stato autonomico’ (P. Cruz Villalón, *La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa*, ora in Id., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, 381-393; I. De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcellona, 1987, 257; J.F. López Aguilar, *Lo Stato autonomico spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella Costituzione spagnola del 1978*, Padova, 1999, 5 ss.).

Nella scrittura del testo costituzionale, il costituente si era proposto di offrire una “risposta integratrice” (R.L. Blanco Valdés, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, II ed., Torino, 2009, 63) alle spinte nazionalistiche derivanti dalle istanze centrifughe (la gravità degli accadimenti odierni ci conferma come le stesse siano tutt’altro che sopite) provenienti (soprattutto) dai regionalismi basco e catalano che avevano visto limitati – in special modo durante il franchismo – i tentativi di differenziazione che da tali territori avanzavano.

La Carta costituzionale del 1978 incardina, nella sua nuova tavola di valori, i principi della libertà, della democrazia e dell’autonomia (autogoverno territoriale). Ciò che si è voluto positivizzare nella Costituzione spagnola, al pari di quanto previsto in tutti gli ordinamenti a base regionale, è dunque l’integrazione di due principi fino a quel tempo considerati l’uno negazione dell’altro: l’unità (centralismo) e l’autonomia (decentramento). Ciò che ha statuito il costituente spagnolo, così, è il riconoscimento prima, e il bisogno di tutela poi, di questi due principi che trovano (e troveranno) una piena realizzazione solo fino a quando nessuno dei due prevarrà sull’altro, in una costante ricerca di bilanciamento reciproco.

Se la decisione politico-costituzionale è sintetizzabile nella pretesa di un eguale riconoscimento dell’autonomia e dell’unità, la Costituzione non ha portato all’identificazione delle autonomie territoriali e al conseguente riconoscimento della loro potestà normativa esercitabile su determinate materie (scelta adottata, ad esempio, nell’ordinamento costituzionale italiano), bensì alla costituzionalizzazione di una ‘non scelta’ vale a dire di una ‘apertura’ a diversi (possibili) sviluppi del

decentramento che si sarebbero determinati in futuro, rinunciando, in tal modo, a sancire in Costituzione la forma e la sostanza del decentramento territoriale spagnolo.

Problematiche e pressanti erano le forti istanze di autonomia provenienti soprattutto da quei territori (Catalogna e Paese Basco) che rivendicavano la loro posizione di indipendenza o comunque di ampia autonomia nei confronti del potere centrale e delle altre realtà territoriali, rispetto alle quali le differenze geografiche, linguistiche ed economiche apparivano talmente profonde da essere ritenute incolmabili.

Allo scopo di risolvere tale “problema nazionale”, il costituente sceglieva di allontanare, dilazionandola nel tempo, la decisione sulla distribuzione territoriale del potere, trasformando in tal modo “il patto sul modello in un patto sul processo” (R.L. Blanco Valdés, *La seconda decentralizzazione spagnola: fra riforma confederale e stato possibile*, in S. Gambino (cur.), *Regionalismi e statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Milano, 2008, 105; M.A. Aparicio, *Lineamenti di diritto costituzionale spagnolo*, Torino, 1992, 54), al fine di attendere tempi più maturi per ‘costituzionalizzare’ la forma di Stato e dare risposta alle rivendicazioni nazionalistiche.

A tale risultato, unico nel panorama comparato, si arriva attraverso la scrittura a livello costituzionale di due principi (diversi, ma al contempo inscindibilmente legati tra di loro), quali il principio dispositivo e quello autonomico. Tale decisione costituzionale trova espresso riconoscimento nell’art. 2 della Costituzione spagnola (d’ora in poi CE), ove si afferma che «La Costituzione si basa sulla indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto all’autonomia delle nazionalità e delle regioni che la compongono e la solidarietà fra tutte le medesime». Pur non definendole, pertanto, la Costituzione spagnola riconosce alle *nazionalità* e alle *regioni* il diritto all’autonomia che può essere esercitato, o meno, attraverso i diversi procedimenti previsti nel Titolo VIII CE (*Della organizzazione territoriale dello Stato*).

Con il principio dispositivo, vale a dire con il riconoscimento della possibilità di accesso all’autonomia seguendo le diverse *vie* possibili, costituzionalmente positivizzate, si configura così la facoltà (ma non l’obbligo) in capo alle autonomie territoriali di disporre dell’accesso al procedimento che avrebbe portato (*rectius* ha portato) al riconoscimento della propria autonomia e della propria autorganizzazione (territorio, competenze ed organizzazione interna) per la gestione degli interessi territoriali di ogni singola Comunità autonoma (d’ora in poi CA).

Il principio autonomico si attua con il principio dispositivo in quanto con esso viene regolata l’organizzazione territoriale del potere in Spagna con la definizione di ogni CA, con il relativo modello di autorganizzazione e, anche e soprattutto, con l’elenco delle competenze assunte, che costituiscono il c.d. ‘tetto competenziale’ di ogni singola CA.

In questo quadro, una asimmetria era prevista per l’accesso agli spazi di autonomia consentiti, previa attivazione della *via veloce* (Catalogna, Paesi Baschi, Galizia e poi anche Andalusia) e della *via lenta* (per tutte le altre Comunità Autonome, d’ora in poi CCAA). L’interpretazione *politica* del testo costituzionale ha

di fatto realizzato – con i *Patti Autonomici* del 1982 e del 1992 – un livellamento fra le diverse CCAA con conseguente danno della specialità pure ammessa dalla Costituzione. In tal modo, in forza dell'accordo fra le due forze maggiormente rappresentative in Parlamento (CDU e PSOE), è stato configurato il modello regionale spagnolo.

L'assenza di un preciso modello costituzionale di distribuzione territoriale del potere e la determinazione politica dei primi anni '80 e '90 sono forse le cause (storiche e allo stesso tempo giuridiche) della continua richiesta di ulteriore autonomia da parte di alcune CCAA che si è concretizzata con l'avvio di processi di riforma statutaria (a partire dalla metà degli anni Duemila), con i quali si è cercato di accrescere i tetti competenziali e di richiedere una autonomia viepiù ampia, in stridente tensione con la competenze statali e, più in generale, con lo stesso concetto di autonomia delineato in Costituzione.

Quanto al concreto esercizio del diritto all'autonomia riconosciuto nell'art. 2 della Costituzione, lo statuto, nel suo essere la normativa istituzionale fondamentale (*norma institucional básica*) di ogni CA (C. Aguado Renedo, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el Ordinamiento Jurídico, Madrid, 1996*) – e nel quadro dello spazio costituzionalmente riconosciuto a tale normativa – veniva inteso come un testo costituzionale che tutto avrebbe potuto.

Se il Progetto di riforma dello statuto di autonomia del Paese Basco – denominato “Proposta di riforma dello statuto politico della Comunità dell'Euskadi” e meglio noto come *Plan Ibarretxe* – fu respinto dal Congresso dei Deputati l'1 febbraio del 2005, per il suo contrasto con i principi costituzionali dello Stato – mostrando in tal modo “tutto ciò che non si deve fare nell'affrontare una riforma statutaria” (F. Balaguer Callejón, *Lo Stato “autonómico” spagnolo: la stagione delle riforme*, in *www.issirfa.it*, p. 5) – lo statuto catalano, all'opposto, è stato riformato ma anche sottoposto ad una inedita quanto disinvolta interpretazione *adeguatrice* da parte del *Tribunal Constitucional*.

Con la sentenza n. 31/2010 (anticipata dalla sentenza n. 247/2007 sullo statuto della Comunità Valenziana), il Tribunale costituzionale (d'ora in poi TC), se da una parte ha ‘disattivato’ le parti più controverse dello Statuto, dall'altra è riuscito a non ‘comprimere’ in modo eccessivo la pretesa di quelle ‘popolazioni’ di adottare un nuovo statuto di autonomia.

Limitatamente alla parte che maggiormente interessa questa riflessione, in quello statuto si negava come unico fondamento dell'autogoverno quello costituzionale. Ed infatti, nel preambolo dello statuto catalano si leggeva che «L'autogoverno della Catalogna si fonda sulla Costituzione, così come sui diritti storici del popolo catalano», ma anche che la Catalogna è una nazione (nel dispositivo della sentenza, sul punto, si legge che «Carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación» y a «la realidad nacional de Cataluña»»). Ed ancora, non solo si riconosceva che «La Catalogna, come nazionalità, esercita il suo autogoverno costituita in comunità autonoma ai sensi della Costituzione e del presente statuto, che è la sua norma istituzionale di base» (art. 1 St.) e che «l'autogoverno della Catalogna si fonda anche sui diritti storici del popolo catalano» (art. 5 St.), ma si arrivava anche a riconoscere diritti e principi (U. Adamo, *La questione dei principi e*

dei diritti negli statuti delle Regioni e delle Comunità Autonome, Milano, 2015, 231 ss.), tanto che quella pretesa riformatrice tendeva ad una “trasformazione qualitativa del modello” (F. Balaguer Callejón, *Derechos, principios y objetivos en los estatutos de autonomía reformados*, in *Anuario Jurídico de La Rioja*, 13/2008, 15) e gli statuti cessavano di essere esclusivamente norme istituzionali, regolanti il potere pubblico, in quanto teleologicamente orientati a sviluppare un nuovo “processo identitario della cittadinanza” (L.M^a. Balaguer Callejón, *Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 3/2007, p. 8).

La sentenza del 2010 (che giunge, in modo sofferto, dopo ben cinque anni dalla impugnazione della proposta di riforma statutaria), pur chiarendo che l’idea di uno statuto-costituzione si richiamava più al mito che alla realtà (S. Muñoz Machado, *Cataluña y las demas Españas*, Barcelona, Critica, 204, 177 ss.), non ha riconosciuto alcun potere sovrano alla Catalogna e, attraverso la tecnica dell’interpretazione conforme a Costituzione è riuscita a non dichiarare incostituzionale buona parte dello Statuto, pur riducendone considerevolmente la portata normativa disattivando l’incostituzionalità presente in diversi dispositivi, compresi quelli poc’anzi richiamati.

Tale sentenza è stata redatta (forse) con l’intento di porre le basi di partenza per un nuovo confronto fra le diverse forze politiche in campo. Non si sa se questa fosse l’intenzione reale; quello che è certo è che per rispondere al mancato pieno riconoscimento delle pretese contenute in quel progetto di riforma (che si estendeva anche al regime competenziale e a quello fiscale) si è deciso da parte della Catalogna di rivendicare unilateralmente spazi di maggiore autonomia fino a proporsi in termini di secessione. Se lo statuto è un atto che richiede l’incontro di due volontà (territoriale e statale), la Catalogna decide di seguire un’altra via e di approvare una dichiarazione che apre la strada del ‘diritto alla secessione’. È il 23 gennaio del 2013 quando la CA approva la *Declaració de sobirania i el dret a decidir de poble de Catalunya*. Tale dichiarazione è stata prontamente impugnata dal Governo (ex art. 161, 2 co., CE).

Con la STC 42/2014, del 25 marzo, pronunciata all’unanimità dal Plenum (e la piena collegialità nella decisione è stata sempre mantenuta) – ritenendo ammissibile il ricorso benché avverso una Risoluzione priva di efficacia giuridica – il TC dichiara incostituzionale la dichiarazione sovranista della Catalogna nella parte in cui in essa viene proclamato il carattere di soggetto politico e di soggetto giuridico sovrano del popolo della Catalogna, ponendosi – una simile previsione – in contrasto con gli artt. 1 e 2 CE (sovranità del popolo spagnolo ed indissolubilità dell’unità della Nazione spagnola).

Grazie ad una interpretativa di rigetto, inoltre, il TC precisa che il riferimento al “diritto a decidere” deve essere interpretato non come proclamazione di un diritto all’autodeterminazione non riconosciuto (E. Fossas Espadaler, *Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaracion de soberania y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, 273 ss.), ma come una mera “aspirazione politica” a tentare, con il Governo centrale, una riforma costituzionale – della cui costituzionalità comunque si dubita – che permetta l’indizione di un referendum.

Il TC, aderendo almeno in parte alla nota *Reference re Secession of Quebec* della Corte Suprema canadese del 1988 (F. Bilancia, *Il 'derecho a decidir' catalano nel quadro della democrazia costituzionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 4/2014, pp. 985 ss.; R. Ibrido, *Il derecho a decidir e il tabù della sovranità catalana. A proposito di una recente sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Federalismi.it*, 14/2014; 19 ss.), da una parte, non riconosce l'unilateralità della decisione indipendentista («una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España»), dall'altra, apre spiragli politici (attraverso «La apertura de un proceso [che pretenda di] modificar el fundamento mismo del orden constitucional»).

L'aspirazione politica a cui si faceva cenno, come si sa, non ha mancato di esprimersi, anche se si è mossa non nella ricerca di un consenso relazionale (con le istituzioni nazionali, con Madrid, come si è soliti dire), quanto piuttosto mediante azioni unilaterali.

Lo scontro non è ormai più regolato dal diritto costituzionale e legale, sviluppandosi su un piano prettamente politico (che richiederà anch'esso, però, una assunzione di responsabilità: G.U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano, 1967).

Da allora sono state compiute diverse forzature costituzionali, sempre respinte dal TC (ben ricostruite da G. Conti, *La Catalogna tra secessione e Costituzione*, in *Diritti comparati*, 28-9-2017 e da A. Mastromarino, *La Catalogna se disconnecte, la Spagna risponde*, in questa *Rivista*, 3/2015), fino ad arrivare alle recenti ll. n. 19/2017 (*Ley de Referéndum de Autodeterminación*) e n. 20/2017 (*Ley de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República*) e, quindi, allo svolgimento della consultazione popolare (sedicente referendaria) dello scorso 1 ottobre – una vera e propria “burla”, il cui vero obiettivo non risiedeva tanto nella votazione «quanto piuttosto nel portare migliaia di persone in strada per trasformare una ribellione istituzionale in una insurrezione popolare», per come ha osservato mestamente R.L. Blanco Valdés (*Cataluña, años treinta*, in *La voz de Galicia*, 2-10-2017) – il cui seguito è stato ancora una volta sospeso (Ordinanza del TC del 5-10-2017). Si è scritto sedicente, perché il TC, con *providencia* (ordinanza priva di motivazione) del 7 e del 12 settembre 2017, aveva già sospeso l'efficacia di entrambe le leggi con la conseguenza che il referendum non si sarebbe dovuto celebrare.

Questa in via essenziale la ricostruzione dell'evoluzione istituzionale (risalente e attuale) del regionalismo spagnolo e dei recenti fatti politici che sono tuttora in corso (al momento della chiusura di questa riflessione), cui si accompagnano, naturalmente, rappresentazioni diverse ma anche contrapposte da parte delle istituzioni territoriali catalane e delle istituzioni costituzionali nazionali (TC e Governo Rajoy).

Prima di ritornare, sia pure in modo essenziale, sulle più recenti vicende politico-costituzionali, e sulla loro forte problematicità politico-costituzionale, pare opportuno riflettere ancora sul più volte richiamato diritto a decidere. Tale diritto, a dire del *popolo* della Comunità Catalana (ma le osservazioni valgono anche per gli altri *popoli* regionali, in Spagna come in Italia e in altri Stati democratici), permetterebbe – a valle dell'esito favorevole del referendum (che si ricorda, però,

essere un istituto di democrazia partecipativa di competenza dello Stato) – ad una determinata popolazione insistente in un particolare territorio regionale di decidere unilateralmente del proprio diritto all'autodeterminazione e, quindi, di costituirsi come Stato indipendente e sovrano.

Nella prospettiva di chi ora scrive, non sembrano sussistere incertezze di sorta sul fatto che la Catalogna, come qualsiasi altra CA, non dispone di alcun diritto a decidere, sia per il diritto interno (è solo il popolo spagnolo il soggetto titolare della sovranità, ex art. 1.2 CE, e del potere costituente, che si è esaurito con l'adozione del testo costituzionale) sia per il diritto internazionale che, benché riconosca tale diritto, lo fa in modo eccezionale e, quindi, limitato a quelle popolazioni di uno Stato che sono discriminate rispetto al resto dei cittadini (F. De Carreras, *¿Puede celebrarse un referéndum en Cataluña?*, in *El Cronista*, 42/2014, 27). Tale diritto nasce per 'liberare' le colonie dagli Stati coloniali e, più in generale, per tutti quei popoli che vivono in condizioni di oppressione e che gli altri Stati sarebbero pronti a riconoscere come soggetti internazionali solo in quanto popoli liberatisi da una oppressione (anche il riconoscimento internazionale per la Catalogna, peraltro, sarebbe impossibile).

2. – La riflessione cui siamo ora invitati, anche alla luce delle gravi violazioni della legalità costituzionale reiterate in Catalogna da parte delle Autorità autonomistiche e dell'assenza (o del fallimento, qualora frequentato ma senza esiti) del dialogo fra le istituzioni centrali e quelle autonomistiche, rinvia più in generale alle sfide problematiche poste al costituzionalismo contemporaneo nelle sue funzioni di garanzia dei diritti e di regolazione dei poteri.

In tale ottica, assumono particolare rilievo le stesse rappresentazioni e le spiegazioni delle ragioni della crisi dello Stato-Nazione. Fra queste ultime rileva in particolare la percezione – sempre più evidente negli Stati moderni sia pure con specifiche accentuazioni territoriali – del venir meno di un sentimento nazionale di appartenenza identitaria e della perdita (o comunque della crisi), nello Stato nazionale, dei canali e degli strumenti di cui si avvaleva classicamente (la scuola, i partiti politici nazionali e i mezzi di comunicazione di massa, ecc.) per assicurare il processo d'integrazione e di costruzione dello Stato nazionale, con un'accentuazione più o meno esasperata dei tratti territorialistici. L'esperienza del regionalismo asimmetrico spagnolo (basco dapprima e catalano ora, ma come sappiamo le asimmetrie regionali non si limitano a queste due sole CA) risulta particolarmente evidente sotto tale profilo, ma lo stesso ordinamento italiano ha conosciuto nell'immediato dopo-guerra e nel corso del decennio passato torsioni regionali/locali particolarmente problematiche per la stessa tenuta della unità nazionale.

È in questo scenario, di crescente deperimento delle forme classiche della statualità, che va affermandosi – in Europa e nel mondo intero – la rinascita dei nazionalismi, che in Europa sono apparsi maggiormente osservabili in ragione degli effetti disgregativi degli assetti statuali a forma socialista (disgregazione della ex Jugoslavia e allo stesso interno degli Stati che sono nati da tale disgregazione), ma che risultano presenti come problema identitario anche in altre realtà statuali, come quella canadese (Québec) (S. Gambino, C. Amirante, *Il Canada, un laboratorio*

costituzionale, Padova, 2000) e quella spagnola (Paese Basco, e ora Catalogna) (M.A. Aparicio (dir.), *La descentralización y el federalismo. Nuevos modelos de autonomía política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*, Barcelona, 1999).

Lo sviluppo delle istituzioni comunitarie, a ben cogliere – riallocando verso l'alto (Unione europea) e verso il basso (regioni) le funzioni classiche dello Stato moderno – sembra incoraggiare l'emersione delle realtà territoriali, consentendo il risveglio di vecchie (e solo in apparenza) sopite etnie.

Si discute, nella dottrina giuridica ma anche in quella politologica sui fondamenti culturali della nazione, dell'appartenenza nazionale e dei suoi presupposti indefettibili. Le risposte che se ne danno, come sappiamo, hanno portato la scienza politologica a valorizzare la nozione di nazione-*ethnos*, mentre per la cultura giuridica a rilevare è, piuttosto, quella di nazione-*demos*, pervenendosi alla conclusione che dei “fatti differenziali” (come quello storico, linguistico, etnico, giuridico,) osservabili negli Stati composti, sia a forma unitaria che a forma federale, rilevano solo quelli costituzionalmente riconosciuti come tali, ricacciandosi nel mero fatto, giuridicamente irrilevante, ogni pretesa di autonomia o perfino di secessione che si fondi su tali presupposti/pretese (J.F. López Aguilar, *Lo Stato autonomico spagnolo*, cit.).

Pur considerando le specifiche problematiche che caratterizzano la formazione e l'evoluzione di talune statualità (come, soprattutto, quelle di derivazione post-coloniale), d'altronde, non può non osservarsi come la considerazione del solo criterio linguistico o di quello etnico, come identificativi dell'appartenenza nazionale, a fronte delle concrete modalità storiche che hanno presieduto alla formazione delle statualità moderne, risulti fortemente limitativo (rispetto alle garanzie da assicurarsi da parte degli Stati democratici contemporanei) e talora perfino devastante (minando alla radice uno degli elementi costitutivi dello Stato stesso, come quello della sovranità). In breve, così, il criterio linguistico, come può dirsi per le problematiche dibattute ieri in Québec e nel Paese Basco, ed ora anche in Catalogna, non appare un criterio esaustivo capace di assurgere a fattore costitutivo della Nazione, di legittimazione autoreferenziale della stessa.

Nel suo intero ordito costituzionale, l'ordinamento spagnolo riconosce la tutela dei diritti fondamentali e il principio di eguaglianza che – al di là delle interpretazioni avallate dal supremo organo di giustizia costituzionale – risulta consacrato in almeno due disposizioni: «tutti gli spagnoli hanno gli stessi diritti ed obblighi in qualunque parte del territorio dello Stato» (art. 139.1 CE) e lo Stato ha competenza nella «disciplina delle condizioni fondamentali che garantiscano l'uguaglianza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento dei doveri costituzionali» (149.1 CE). In tale cornice, come è stato lucidamente argomentato, il ricorso al criterio dell'identità linguistica può perfino condurre a forme di limitazione dei diritti della persona (J. García Morillo, *Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: il caso spagnolo*, in S. Gambino (cur.), *Stati nazionali e poteri locali*, Rimini, 1999).

Tale problematica, peraltro, appare osservabile anche in Italia, con specifico riferimento, ad esempio, alle soluzioni accolte a sostegno della cosiddetta “proporzionale etnica” nello Statuto del Trentino Alto Adige, validate dalla Corte

costituzionale (con sent. n. 289/87 e 227/87), che hanno portato correttamente ad osservare come tale Regione, pur nell'ambito della tutela costituzionale delle minoranze, faccia problematicamente registrare una prevalenza della tutela delle minoranze linguistiche su alcuni diritti fondamentali (S. Mancini, *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, Milano, 1996).

Un'ultima osservazione s'impone a conclusione di queste osservazioni introduttive, che hanno ritenuto di dover estendere l'ambito della riflessione alle problematiche di formazione e di sviluppo delle politiche integratrici dello Stato moderno, che poi costituiscono una delle ragioni fondamentali dell'effettività delle sue funzioni nelle società moderne.

L'analisi della maggior parte delle esperienze di tensione/torsione autonomistica nella direzione di pretese sovranistiche di specifici territori regionali porta a sottolineare come, sia in Europa (Catalogna e Paese Basco) sia in Canada (Québec), sia nella stessa disgregazione della Jugoslavia (a partire inizialmente dalla Slovenia), i movimenti nazionalistici e secessivi (che spesso si tingono di contenuti razzistici, come è dato osservare anche in Italia nella stagione della minaccia secessiva della Lega Nord nella cd Padania, nel Nord-Est del Paese) e le relative rivolte antistatali (tuttavia, si tratta molto spesso di mere 'ribellioni fiscali') provengono da soggetti e da strati sociali nonché da realtà territoriali prosperose e ricche.

Ciò pone in rilievo come una delle funzioni principali dello Stato contemporaneo – quella di assicurare il principio della solidarietà nazionale mediante la fiscalità pubblica e le prestazioni amministrative nella materia dei diritti sociali – costituisca l'oggetto centrale della rivendicazione di tali forme nazionalistiche o di territorialismo sovranistico e secessivo (come già nel caso della Lega Nord e della presunta 'Padania', ma omologa tendenza pare osservabile con riferimento al movimento indipendentista fiammingo, nelle rivendicazioni autonomistiche in Scozia, per il Paese Basco, per i savoiarda e i corsi in Francia, ed ora per la Catalogna).

In questo scenario, pare ragionevole chiedersi se (e fino a quando) lo Stato-Nazione potrà resistere alla (pre)potente emersione degli egoismi dei gruppi e degli individualismi esasperati, e se tali individualismi, che – almeno fino ai primi anni '30 del secolo scorso (allorché si registra una trasformazione autoritaria dello Stato nella gran parte dei Paesi europei, ad eccezione del Regno Unito – hanno presieduto alla formazione politica ed istituzionale della evoluzione democratica e sociale dello Stato contemporaneo, non operino attualmente in modo da mettere in questione i propri prodotti (di eccellenza), lo Stato e la Nazione, senza al contempo assicurare successo alle nuove nazioni e alla nuova modellistica di forme di organizzazione del potere che ne prenderanno il posto (o che si candidano a prenderne il posto).

Con queste osservazioni, ciò che si vuole sottolineare, così, è la necessità di un'analisi necessariamente integrata e multidisciplinare della trasformazione dei processi economici e dei suoi riflessi (più o meno mediati) sullo Stato e sull'organizzazione costituzionale dei relativi poteri, finalizzata a cogliere le acquisizioni fondamentali della statualità e del costituzionalismo del secolo che abbiamo da poco lasciato alle spalle e ad interrogarsi sulle stesse prospettive di

quello nuovo e sulle tendenze neoliberali e conservatrici che paiono caratterizzarlo, almeno nel dibattito politico-costituzionale della vecchia e della nuova Europa.

In conclusione, così, non può di certo negarsi che, fra le sfide ‘aperte’ dello Stato autonomico spagnolo, quello del rischio nazionalistico e secessivo, unitamente alla grave violazione della legalità costituzionale, assumano una particolare rilevanza, richiedendo l’attivazione del potere sostitutorio da parte del Governo secondo quanto stabilisce l’art. 155 della Carta costituzionale in situazioni simili («1. Ove la Comunità Autonoma non ottemperi agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o si comporti in modo da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna, il Governo, previa richiesta al Presidente della Comunità Autonoma e, ove questa sia disattesa con l’approvazione della maggioranza assoluta del Senato, potrà prendere le misure necessarie per obbligarla all’adempimento forzato di tali obblighi o per la protezione di detti interessi. 2. Il Governo potrà dare istruzioni a tutte le Autorità delle Comunità Autonome per l’esecuzione delle misure previste nel comma precedente»).

La esplicitazione politico-costituzionale dell’intento secessivo da parte delle istituzioni catalane di dare comunque seguito alla dichiarazione di indipendenza dalla Spagna, sulla base di un pronunciamento popolare che non ha nulla di giuridicamente valido, non poteva che portare il TC, per come è puntualmente avvenuto, a sospendere giuridicamente ogni determinazione in merito adottata da parte delle autorità catalane. Il futuro ci dirà se queste ultime sono nelle condizioni di rientrare (o meno) nella ragionevolezza dei comportamenti o se, al contrario, non occorrerà assistere ad una lacerazione grave che in un Paese che ha già conosciuto la guerra civile allarma molto, invitando (come ora non potremo fare in ragione dello spazio consentito) a esplorare ogni possibile spazio di dialogo politico e costituzionale (J. Garcia Roca, *Desafío secesionista y justicia constitucional*, in *El País*, 23-9-2015; A. Ruiz Robledo, *El federalismo de la reconciliación*, in *El País*, 9-8-2017) mediante una riforma costituzionale fondata sul consenso di tutti gli spagnoli nella quale possa trovare pieno riconoscimento l’aspettativa dei catalani (come anche di altri popoli regionali della Spagna) di poter godere di maggiori spazi di autonomia per come uno Stato a quel punto formalmente federale potrebbe pienamente assicurare sulla base del voto di ratifica referendaria (ai sensi dell’art. 167.3 CE) di tutti gli spagnoli.

Fuori da un simile scenario, appare del tutto improponibile costituzionalmente (G. Ruiz Rico, *Il diritto di autodeterminazione e la Costituzione spagnola del 1978: riflessioni intorno ad un antagonismo insuperabile*, in S. Gambino (cur.), *Europa e Balcani: Stati, Culture, Nazioni*, Padova, 2001) la rivendicazione di un diritto di secessione (o di autodeterminazione, che in gran parte vi corrisponde) i cui presupposti giustificativi, secondo i trattati internazionali relativi al diritto di autodeterminazione dei popoli, risiedono unicamente nella presenza di condizioni di oppressione giuridica e di assenza di quegli *standard* minimali nel riconoscimento e nell’effettivo esercizio dei diritti di cittadinanza che, in uno Stato democratico, sono propri degli individui.

Se si volessero assimilare, come taluno approssimativamente fa, le condizioni giuridiche complessive dei catalani a quelle, ad esempio, dei curdi, si farebbe un evidente torto alla ragione, alla dignità umana dei curdi e naturalmente al diritto

internazionale e a quello costituzionale. Fuori dalle procedure costituzionali, insomma, nessuna pretesa secessiva risulta legale e ragionevole.

Università della Calabria, 8 ottobre 2017

Saggi

Competizione fiscale europea *versus* giustizia distributiva: un dilemma sempre più attuale[♦]

di Stefania Boffano e Riccardo Cabazzi

Abstract: *European tax competition against distributive justice: an increasingly topical dilemma* – After a critical analysis focused on the European rooted praxis of fiscal interstate competition, this paper aims at addressing the inconsistency of that praxis with the principles of tax system progressivity and of the right to work, both as provided by the Italian Constitution. An in depth review of the recent fiscal legislation adopted by the Italian legislator shows the trend to reduce the tax burden over corporate income without a concurrent lowering of labour taxes, at the expense of the State function of distributive justice. In this context, the paper poses essentially two questions: (i) how can the European member States overcome their necessity to adopt a legislation as more as possible attractive for capital foreign investors? (ii) is it conceivable the development of an European framework aiming at ensuring more equality between State in the allocation of tax revenues?

Keywords: Interstate competition, Tax reforms, Constitutional fiscal principles, Labour taxes, Free movement of capitals.

461

1. L'inarrestabile concorrenza fiscale tra Stati all'interno dell'Unione: logiche strutturali, dinamiche e recenti prassi

«The relevant thing is that the formal preservation of national sovereignty in relation to the power of taxation has come hand in hand with the progressive erosion of the de facto sovereignty of the nation-states. As a matter of fact, all states have tended to reduce the tax burden over capital income and shift it to labour income; whether you like it or not, there is no alternative. Indeed, most of the discussion surrounding major tax reforms taking place since the eighties have focused on the consequences that the reform would have for the international competitiveness position of the country in question»¹.

Con queste efficaci parole l'autore dimostra di avere colto, già dagli inizi di questo millennio, la sostanza di un processo – apparentemente inarrestabile e già in corso da diverso tempo – tale per cui i singoli Stati membri dell'Unione Europea, connotata da un'economia sociale di mercato fortemente competitiva (come recita l'art. 3 TUE²), sono continuamente sottoposti ad una forte competizione

[♦] La Prof.ssa Stefania Boffano ha curato i paragrafi n. 2 e n. 4 ed il Dott. Riccardo Cabazzi i paragrafi n. 1 e n. 3 di tale contributo.

¹ Tale riflessione è tratta da A.J. Menendez, *Another view of the Democratic Deficit "ovvero" No Taxation without Representation*, Jean Monnet Working Paper 7, 2000.

² Si riporta testualmente la citata disposizione normativa che, al terzo comma, recita: L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una

interstatale in materia fiscale a cui non sembrano potersi, in alcun modo, sottrarre. Ciascuno di essi si adopera quindi al fine di adottare un *corpus* legislativo che risulti sempre più attrattivo nei confronti dei detentori di consistenti capitali e, al contempo, di divenire sede privilegiata per lo stabilimento di grandi società internazionali³. Presupposto di tale fenomeno è invero l'estrema mobilità di tali fattori all'interno dell'Unione, in forza dei noti principi di libera circolazione (titolo IV TFUE), cui peraltro la Corte di Giustizia ha progressivamente riconosciuto, nel tempo, una notevole estensione⁴.

La giurisprudenza di tale Corte, sviluppatasi già dalla fine degli anni 70⁵, si è infatti orientata nel senso di sottoporre al proprio (severo) controllo giurisdizionale il maggior numero possibile di ostacoli agli scambi intracomunitari, derivanti sia azioni che da omissioni imputabili agli Stati membri⁶. In tal modo, questa sembra tuttavia aver indebolito i relativi processi democratici nazionali nella loro capacità di intraprendere politiche socio economiche che possano, anche marginalmente, limitare le libertà economiche previste dai Trattati, storicamente, alla base della

crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.

³ Al riguardo, nella sua formulazione più radicale, la teoria della competizione tra sistemi fiscali presuppone l'astensione da qualunque azione armonizzatrice imposta, al fine di consentire lo sviluppo di una fiscalità nazionale modellata dalla pressione della concorrenza internazionale. Tra i fautori di questa, vi sono varie argomentazioni addotte a sostegno della c.d. "soluzione concorrenziale"; in *primis*, la concorrenza condurrebbe ad una convergenza spontanea dei sistemi normativi – invero questo punto sarà in questa sede smentito (vedi *infra*) – in *secundis*, si ritiene che la spontaneità del processo di avvicinamento dovrebbe "spingere" il punto di convergenza effettiva della pressione fiscale ad un livello più basso, rispetto a quello conseguente a forme di coordinamento fiscale imposto, così collocando la pressione fiscale ad un livello che rappresenti il punto di equilibrio tra beni e servizi pubblici. Tra gli ulteriori argomenti tecnici a favore della competizione fiscale, va segnalato il fatto che, secondo alcuni, le norme sull'imposizione diretta esulerebbero dalla competenza dell'Unione, in quanto rientrerebbero nell'ambito di quelle "naturali" condizioni di funzionamento dell'economia, la cui diversità è un requisito essenziale per un'ottimale allocazione delle risorse. Vedasi, per un maggior approfondimento di tali argomentazioni: W. Schon, *Tax Competition in Europe - The Legal Perspective*, in *EC Tax Review*, 2000, 93.

⁴ A tal proposito, *ex multis*, si possono menzionare le sentenze CGUE 9-3-1999, causa C-212/1997, *Centros*; CGUE, 12-9-2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, – quanto alla libertà di stabilimento – e CGUE, 19-11-2009, causa C-540/07, *Commissione c. Repubblica italiana*; CGUE 9-10-2014, causa C-326/12, *Van Caster* (secondo cui le restrizioni tributarie procedurali al possesso di quote di fondi di investimento esteri risultano incompatibili con la libera circolazione dei capitali) – quanto alla libera circolazione dei capitali.

⁵ Per una più completa disamina di tale giurisprudenza che, in questa sede, data la vastità del novero di pronunce che si sono succedute, è difficile ricostruire, si rimanda a: W. Scharpf, *The Double asymmetry of European Integration – or: Why the EU cannot be a social market economy*, in *Community and Autonomy*, 2010, 353. Secondo tale Autore: «Given the dominant focus of the Treaty of Rome on economic integration, it is of course true that most of the Court's case law responds to the economic interests of business enterprises and capital owner».

⁶ Si noti, a tale riguardo, che anche quando la Corte ha privilegiato, nel bilanciamento tra libertà economiche e diritti, i secondi sui primi (come, ad esempio nel celebre caso Schmidberger), sembra comunque aver sancito, conformemente alla logica mezzi-fini a cui è improntato il Trattato, la prevalenza delle esigenze legate alle libertà fondamentali su quelle derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali. In questo senso vedasi l'interessante commento di: A. Alemanno, *Mercato interno e diritti fondamentali: il caso Schmidberger*, in www.alemanno.blogspot.it, 2004.

Comunità economica europea⁷. Invero, come si potrà apprezzare nel prosieguo del presente contributo, tale orientamento dei Giudici europei sembra coerente con il fatto che, mentre gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri si fondano sulla ricerca della giustizia sociale attraverso la tutela dei diritti e la dialettica democratica, l'ordinamento europeo persegue invece l'efficienza economica per mezzo di mirate strategie di regolamentazione del mercato⁸.

Considerato quindi che il deferimento della politica monetaria in capo alla BCE non è stato seguito da un eguale accentramento, in seno all'Unione, della politica fiscale⁹, sembra essersi realizzata, quale conseguenza, (l'ulteriore) assolutizzazione del principio concorrenziale tra Stati membri, tale da relegare in secondo piano i legami di solidarietà tra i cittadini dell'UE, a pieno vantaggio di un'esasperata competizione tra tali sistemi economico giuridici¹⁰. Sulla scorta di tale logica, sarebbe quindi l'ordine concorrenziale a plasmare le legislazioni nazionali, così da far assumere al mercato il ruolo "naturale selezionatore" delle leggi statali, secondo le logiche proprie dell'analisi economica del diritto. In linea con quanto sin d'ora esposto, le legislazioni nazionali in materia devono pertanto adeguarsi a competere, anche facendo uso dell'"arma" del c.d. *dumping fiscale*, ossia un ribasso di aliquote e pressione fiscale finalizzato ad attrarre contribuenti, provenienti da altre parti del mondo, così da trarne guadagni supplementari sul fronte delle imposte dirette e sui loro consumi *in loco*¹¹. Tale prassi viene invero

⁷ In questo senso, A.J. Mendez, J.H. Fossum, *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*, Firenze, 2012, 312. A tal proposito, efficacemente, anche M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, *passim*, evidenzia – nell'argomentare sulla primazia del diritto dell'unione europea su quello degli Stati membri – come il diritto pubblico europeo sia stato gradualmente egemonizzato da istanze normative imperniate sull'idea di efficienza allocativa e cambiamento strutturale. Quindi, il principio del primato del diritto dell'Unione su quello interno avrebbe finito per relegare la cultura del costituzionalismo democratico ad ambiti di operatività sempre più circoscritti.

⁸ In questo senso argomenta M. Dani, *I diritti dei lavoratori tra costituzionalismo statale e diritto del mercato unico europeo*, in S. Borelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon (cur.), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012, 95 ss.

⁹ Ad oggi, rimane invero intatto il diaframma degli Stati, la cui responsabilità finanziaria, nel bene e nel male, sembra irrobustire, piuttosto che attenuare, la sfiducia nel presente e nell'avvenire dell'Unione. In tal senso e per maggiori approfondimenti vedasi: M. Bertolissi, *Fiscalità e spesa pubblica nell'UE. Una relazione costitutiva in termini di forma di Stato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2016, 29 ss. Su questo punto spunti interessanti provengono anche da F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell'Unione Europea*, 2015, 24, ove l'autore evidenzia una propensione di fatto della CGUE a privilegiare le norme di mercato e della concorrenza rispetto agli altri diritti fondamentali tutelati dall'Unione. Da ultimo, vedasi anche P. Syrpis, *Reconciling Economic Freedoms and Social Rights – The Potential of Commission v. Germany*, in *Industrial law jour.*, 2011, 222 ss. Interessante il punto di vista di tale Autore, secondo cui in Europa, in questa fase storica, ad una simmetria di principio fa riscontro un'asimmetria applicativa.

¹⁰ In tal senso, E. Mostacci, *Il fascino discreto della competizione. Legami di solidarietà e pressione competitiva nel processo di integrazione europea*, in questa *Rivista*, 2015, 147 ss.

¹¹ Si pensi, sul punto, al caso paradigmatico dell'Irlanda. Questa ha individuato quale uno dei cardini del suo sviluppo economico proprio il *dumping* fiscale, da intendersi come evidente *trend* teso a far pagare alle multinazionali tasse e imposte in misura decisamente inferiore a quello che avviene in altre realtà europee. Vedasi, a tal riguardo, A. Volpi, *Il dumping fiscale irlandese mostra le crepe dell'UE*, in *www.altraeconomia.it*, 2016.

sempre più percepita non tanto come una pratica distorsiva della concorrenza, bensì come un suo coerente sviluppo¹².

Da quanto esposto si può quindi ricavare che, in materia fiscale, gli Stati membri sembrano, solo formalmente, preservare la loro sovranità, in quanto evidentemente condizionati dalle suestipite logiche di mercato tali per cui, ad esempio, i capitali si muovono dove la loro remunerazione netta è più alta – e quindi dove il livello di tassazione è più basso¹³ – e le società tendono, ugualmente, a stabilizzare la loro sede nel Paese ove trovano una più favorevole legislazione. Diversamente, secondo autorevole dottrina¹⁴, il potere di imposizione sarebbe validamente e responsabilmente esercitato dagli Stati nazionali, attraverso gli strumenti formali espressivi del consenso popolare, solo ove si sottraesse al processo di *commodification* indotto dalla globalizzazione che prelude, come già precedentemente accennato, alla depoliticizzazione della società e delle scelte pubbliche. Invero il potere impositivo dovrebbe invece iscriversi dentro un circuito politico autonomo che respinge, per sua natura, la metafora del mercato e ha la sua fonte nella sovranità politica e nella libertà sociale.

In quest'ottica, l'innalzamento di un'imposta nazionale sui fattori mobili (capitali e società) comporterebbe infatti non solo una conseguente fuga di questi verso "lidi" più convenienti ma anche, di riflesso, la perdita di attrattività dello Stato *de quibus* al cospetto di possibili investimenti stranieri, sia a livello europeo che internazionale. Lo spostamento di base imponibile esclusivamente dettato da ragioni fiscali si verifica, in particolare, nel caso dei grandi gruppi multinazionali, in quanto le notevoli dimensioni di questi rendono relativamente ridotti i costi di spostamento delle consociate, oltre a quelli di inserimento in ordinamenti diversi, soprattutto se confrontati con gli oneri che dovrebbero sostenere le piccole e medie imprese (PMI) per effettuare le stesse manovre. Tale fenomeno porta tuttavia ad un paradosso: invero, le grandi imprese multinazionali vengono assoggettate ad un tasso effettivo di imposta minore rispetto a quello applicato alle imprese locali, di dimensioni ridotte¹⁵, con evidenti ricadute sui principi di capacità contributiva e di equità tributaria su cui gli ordinamenti tributari dei Paesi UE si fondano¹⁶.

¹² Autorevole dottrina parla, al riguardo, di passaggio dalla legislazione della concorrenza alla concorrenza delle legislazioni; vedasi, in questo senso, O. Chessa, *La Costituzione della moneta*, Napoli, 2016, 479 ss., secondo cui «il principio concorrenziale è riferito anche alle economie nazionali, e quindi agli Stati, si realizza come una sorte di rovesciamento tra legislazione e ordine concorrenziale del mercato: muta la direzione del rapporto, perché non va più dal primo al secondo ma, in senso contrario, cioè è l'ordine concorrenziale a plasmare le legislazioni nazionali, mettendole in concorrenza tra di loro».

¹³ Per comprendere meglio le logiche macroeconomiche sottostanti alle movimentazioni dei capitali nel panorama europeo si rimanda alla trattazione di S. Cesaratto, *Sei lezioni di economia*, 2016, *passim*.

¹⁴ Vedasi, *ex multis*, F. Gallo, *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, relazione alla Camera dei Deputati, disponibile in www.camera.it, 2014.

¹⁵ Si rimanda, per maggiori approfondimenti sul punto, all'analisi condotta da W. Egger, H. Winner, *Saving money through foreign plant ownership* in *Journ. intern. econ.*, 2010, 99 ss.

¹⁶ Vi sono tuttavia delle argomentazioni con cui si "sostiene" la soluzione concorrenziale in materia fiscale. Più nel dettaglio, si osserva che la competizione fiscale non eserciterebbe soltanto effetti di regolazione e di controllo sui bilanci nazionali, ma condurrebbe altresì ad una convergenza spontanea dei sistemi normativi. In secondo luogo, si ritiene che il libero gioco delle forze della concorrenza potrebbe collocare la pressione fiscale, nell'ambito dell'Unione, ad un livello che rappresenti il punto di equilibrio tra beni e servizi pubblici, da un lato, e carichi fiscali, dall'altro. In particolare, la spontaneità del processo di avvicinamento dovrebbe

Da una prospettiva del tema più squisitamente tecnica, si osserva che il fenomeno della competizione fiscale tra Stati europei non è stato impedito o quantomeno arginato dai tradizionali criteri di residenza e di territorialità adottati dagli Stati membri nella tassazione dei redditi da capitale e societari prodotti in ambito internazionale. Infatti né l'uno né l'altro sistema si sono rivelati adatti a fronteggiare tale fenomeno.

Il sistema di tassazione basato sul principio di residenza – in base al quale tutti i redditi, indipendentemente dalla loro natura e dal luogo di produzione, afferiscono immediatamente e integralmente al loro titolare, divenendo così oggetto di tassazione nel paese di residenza del percettore – consente solo in linea teorica di impedire alla radice il verificarsi del descritto fenomeno concorrenziale. Infatti, perché si possa concretamente produrre tale effetto, è necessario che ad esso si accompagni un compiuto sistema di scambio di informazioni tra le autorità fiscali dei vari Paesi, volto a consentire alle autorità fiscali stesse di individuare i residenti che “occultano” capitali all'estero. Invero, se le autorità fiscali degli Stati che applicano il principio di residenza non sono dotate di sufficienti informazioni sulle disponibilità “estere” dei propri residenti (se manca quindi, in sostanza, un adeguato meccanismo di scambio informativo tra Stati), esse stenteranno ad individuare gli investitori che intendono “occultare” i capitali nei Paesi in cui la tassazione è bassa, se non addirittura nulla. In mancanza di un adeguato obbligo di informativa tra autorità fiscali, pertanto, il principio di territorialità si rivela disarmato a prevenire l'insorgenza di un processo di competizione fiscale tra Stati¹⁷.

Nondimeno, l'adozione del principio alternativo a quello di residenza, ossia quello di territorialità – consistente nella tassazione dei redditi nel Paese ove questi sono prodotti, a prescindere dal luogo di residenza del percettore – produce di per sé incentivi alla localizzazione del capitale in Paesi a bassa fiscalità, come si può peraltro agevolmente intuire¹⁸. Pertanto, laddove si sposti tale ultimo criterio di tassazione (che, si noti, è oggi prevalentemente adottato nella tassazione dei flussi tra società¹⁹) si avvia in ogni caso, un processo di competizione fiscale cui consegue, inevitabilmente, un abbassamento delle aliquote sui redditi da capitale e societari.

collocare il punto di convergenza effettiva della pressione fiscale ad un livello più basso, rispetto a quello conseguente a forme di coordinamento fiscale "imposto". Per la stessa ragione, la qualità dei sistemi normativi - cioè la consonanza dei tipi di imposta, delle basi imponibili, delle aliquote e delle procedure impositive - sarebbe ottimizzata, riducendo al minimo le distorsioni dei meccanismi decisionali per i soggetti passivi, imprese e non. Tali argomenti sono sintetizzati da W. Schön, *Tax Competition in Europe - The Legal Perspective*, op. cit., 93. Vedasi anche, sul tema, S. Cipollina, *Armonizzazione vs. competizione*, in *Riv. dir. fin.*, 2004, 93 ss.

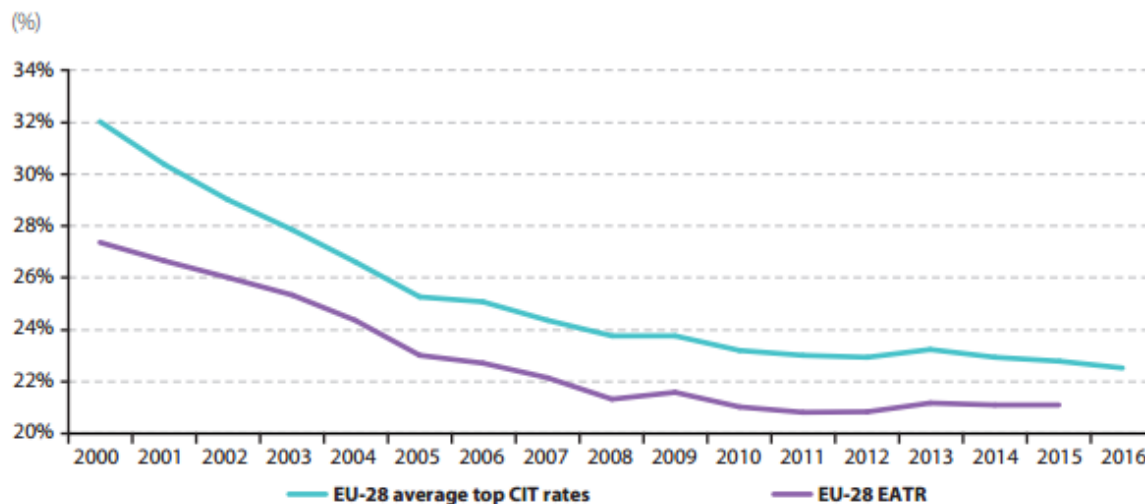
¹⁷ A tal riguardo si noti che un contributo positivo alla soluzione di tale problema potrebbe venire dall'*Anti-Tax Avoidance Package* ("ATAP") proposto dalla Commissione Europea include non solo una Direttiva *Anti-Tax avoidance*, ma anche un'ulteriore Direttiva, che prevede delle revisioni in tema di cooperazione tra le amministrazioni finanziarie degli Stati membri. Si veda, sul tema, European Commission, *The Anti Tax Avoidance Package - Questions and Answers (Updated)*, Press release, 2016, disponibile all'indirizzo europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-2265_en.htm. Inoltre, per un quadro completo sul tema vedasi la Comunicazione COM (2016) 24 della Commissione Europea del 28.01.2016, il documento di lavoro SWD (2016) 6 della Commissione e le Raccomandazioni della Commissione C (2016) 271, entrambi relativi alla stessa data.

¹⁸ Per una dimostrazione analitica sul punto si rimanda a R. Artoni, *Elementi di scienza delle finanze*, 2016, 140.

¹⁹ In relazione ai flussi di reddito tra società la maggior parte dei paesi Ocse ha abbandonato il principio di residenza, passando a quello (diverso ed alternativo) della fonte. Questa è appunto

In sintesi estrema, anche cambiando i fattori, il risultato non muta.

L'inevitabile trend generale di abbassamento delle aliquote nel contesto europeo (ma non solo) è quindi ben sintetizzato e rappresentato nel grafico sottostante²⁰:



Source: DG Taxation and Customs Union

Aliquote delle imposte sui redditi delle società e aliquote medie effettive, 2000-2016

Appare pertanto opportuno, anche alla luce degli illustrati aspetti tecnico fiscali, riprendere i concetti chiave di questo paragrafo e trarne delle conclusioni di sintesi.

Gli Stati europei appaiono “in gabbia”, qualunque scelta adottino, in quanto privati di una vera e propria sovranità con riguardo alle scelte di tassazione dei fattori mobili. Invero, sebbene il potere impositivo rimanga virtualmente nella disponibilità degli attori politici e degli organi costituzionali di direzione politica, questi sembrano essere piuttosto “inermi” rispetto al contesto sovranazionale di libera circolazione di società e capitali, con cui devono necessariamente fare i conti. Invero, come già più volte ribadito, nel descritto contesto europeo ove il mercato dei capitali è pienamente liberalizzato, sussiste, in capo agli Stati, la necessità di attirare investimenti anche grazie alla competizione sui livelli di pressione fiscale. Tale “attrazione” verso l’alto delle scelte in materia tributaria sembra pertanto contribuire altresì al venir meno del legame tra principio democratico e scelte di fiscalità (oltre, conseguentemente, all’aspirazione a finalità sociali e redistributive della tassazione)²¹. Invero, le scelte di legislazione fiscale non sembrano più

la soluzione adottata anche dal legislatore italiano, ove i dividendi distribuiti dalla società residente all’estero vengono esentati al 95%, purché provenienti da Stati inclusi nella c.d. *white list*.

²⁰ Il grafico è tratto dalla documentazione presente nel sito *web ec.europa.eu/taxation*.

²¹ Autorevole dottrina ribadisce invero che il principio democratico non dovrebbe arrestarsi dinanzi al diritto tributario. Infatti, la Costituzione Repubblicana afferma, all’art. 1, il principio democratico quale pervasivo dell’intero ordinamento, ivi compreso quello fiscale. Ne discende pertanto che lo Stato ha il diritto di imporre, ma ha tuttavia il dovere di farlo secondo diritto e secondo giustizia. Vedasi, al riguardo, G. Marongiu, *Contributo alla realizzazione della Carta dei diritti del contribuente*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, 585 ss. e, più recentemente, F. Moschetti, *Il*

fondarsi sulla nota formula “no taxation without representation”, la quale esigerebbe che, diversamente da quanto avviene, siano i cittadini a determinare come allocare i relativi oneri, in base alla loro forza politica, secondo i canoni della democrazia rappresentativa. Tale celebre formula, uno dei cavalli di battaglia (forse il principale) del passaggio dai regimi autoritari alla democrazia, postula appunto che chi paga le tasse debba poter votare, cosicché siano i propri rappresentanti, e non i poteri autocratici, a decidere, sia sulle spese da effettuare che sulle caratteristiche dei sistemi tributari²². Tuttavia, mentre in passato i Parlamenti nazionali potevano rivendicare un forte “controllo interno” sull’indirizzo politico finanziario messo a punto dai relativi Governi, oggi, a contrario, come visto, è il mercato a dettare l’agenda politica, causando quindi la marginalizzazione delle sempre più passive assemblee legislative nazionali²³. In conclusione, ove prevalga la tesi che concentra nello Stato la rappresentanza legittima dell’interesse pubblico ed il potere di disporre delle risorse economiche della società, la competizione fiscale non può che essere concepita come una vistosa distorsione del processo democratico²⁴.

Vi è altresì un ulteriore profilo problematico che merita attenzione, rispetto a quanto esposto sin d’ora. Come noto, dal 2008 viviamo una crisi economica, caratterizzata da profonde e irrisolte problematiche strutturali, che ha visto il crearsi di un legame sempre più indissolubile, quanto al contesto macroeconomico degli Stati membri, tra l’indebitamento pubblico e quello privato²⁵. Dato quindi il protrarsi di tale periodo di crisi economica, gli Stati membri si trovano ulteriormente gravati dalla *vexata quaestio* concernente le modalità con cui reperire risorse necessarie a garantire la sostenibilità dei rispettivi sistemi di *welfare*²⁶. Tale problematica è quindi tanto maggiore quanto più gli Stati membri riscontrano, da una parte, il calo dei redditi e dei consumi (e quindi delle entrate) a causa della crisi e, dall’altro, l’imposizione di vincoli di bilancio sempre più stringenti, dettati dalle

principio democratico sotteso allo Statuto dei diritti del contribuente e la sua forza espansiva in *Riv. dir. trib.*, 2011, 731 ss.

²² In questo senso argomenta G. Vitaletti, *Fisco e costituzione* in *Riv. dir. fin.*, 2014, 166 ss.

²³ Per ulteriori approfondimenti sul punto si rimanda ad A. Morrone, *Teologia economica v. Teologia politica, appunti su sovranità dello Stato e diritto costituzionale globale*, in *Quad. Cost.*, 2012, secondo cui «nell’attuale contesto di un’economia globalizzata, tutti o quasi i concetti e gli strumenti più rilevanti sono concetti economici giuridicizzati [...] i valori guida non sembrano più essere quelli indicati dalla Costituzione ma diventano gli obiettivi economico finanziari relativi, di volta in volta, alla riduzione dello *spread*, alla ricerca della tripla A, al culto del PIL e della crescita, alla riduzione della spesa e del debito pubblico».

²⁴ Argomenta in questo senso, W. Schön, *Tax Competition in Europe - The Legal Perspective*, op. cit., 95.

²⁵ Su tale tema la letteratura appare davvero sterminata. Per un approfondimento sui principali fattori macroeconomici che hanno determinato la crisi economico finanziaria in corso – tema ampiamente dibattuto – nonché del legame tra debito pubblico e indebitamento privato ci si limita, in questa sede, a rimandare alle seguenti monografie: M. Amato, L. Fantacci, *Fine della finanza: da dove viene la crisi e come si può pensare di uscirne*, 2012, S. Cesaratto, op. cit., e A. Bagnai, *Il tramonto dell’euro*, 2012.

²⁶ Quanto al rapporto tra *welfare state* e nuova costituzione economica europea vedasi: F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato, stabilità e crescita nell’ordinamento costituzionale*, 2016. Secondo tale Autore: «Le profonde trasformazioni della costituzione economica europea e, di riflesso, delle costituzioni economiche degli Stati membri disegnano i tratti di un inedito, per certi versi inquietante, Stato sociale condizionato, sul piano strutturale, alla stabilità finanziaria e, sul piano funzionale, alla competitività».

note “ricette” di austerità, adottate dalle istituzioni europee per fronteggiare la crisi²⁷.

Ne deriva pertanto che, nell'impossibilità concreta di ottenere una maggiorazione delle entrate fiscali tramite l'innalzamento delle aliquote sugli utili delle società e sui redditi da capitale al legislatore non resti che una scelta pressoché obbligata: reperire risorse dai fattori meno mobili, ovvero redditi da lavoro (in particolare dipendente), redditi da immobili e consumi. Questi, invero, non possono sottrarsi alla “morsa” del fisco al pari dei primi, proprio per la loro evidente staticità²⁸. Tale (non) scelta sembra tuttavia porre dei problemi sostanziali di giustizia distributiva, oltre che di tenuta con alcuni dei più significativi principi delle costituzioni nazionali degli Stati membri, meglio definiti da alcuni autori come tradizioni costituzionali comuni²⁹. Su questo punto si argomenterà, più nel dettaglio, nei paragrafi a seguire.

2. Lettura e analisi delle recenti manovre fiscali italiane nel contesto delineatosi

Tale paragrafo si pone, quale obiettivo precipuo, quello di fornire uno sguardo di insieme sulle misure recentemente poste in essere, nel nostro ordinamento, dal legislatore in materia tributaria. Anche tali novelle legislative paiono quindi non sottrarsi alla pervasiva logica del “fascino” della concorrenza fiscale europea: queste sembrano invero orientarsi verso maggiori sgravi per società ed imprenditori, lasciando tuttavia sempre pendente la questione dell'aumento dell'Iva (il cui paventato incremento è stato, ad oggi, sterilizzato), introducendo limitatissimi sgravi fiscali sui redditi da lavoro e, da ultimo, ponendo scarsa attenzione alla discussa, quanto irrisolta, questione di una maggiore equità e giustizia fiscale.

Si premette che l'Italia, come noto, è stata recentemente oggetto di particolare attenzione da parte della Commissione europea per quanto concerne

²⁷ A supporto della fragilità delle basi, non solo teoriche, ma anche empiriche dell'austerità espansiva si vedano le seguenti opere della letteratura economica italiana: M. Pivetti, *L'austerità, gli interessi nazionali e la rimozione dello Stato*, in S. Cesaratto, M. Pivetti (cur.), *Oltre l'austerità*, Roma, 2012; C. Petraglia, F. Purificato, *Moneta unica e vincoli sovranazionali, alle politiche fiscali nell'Eurozona alla prova della crisi*, in *Riv. econ. mezz.*, 2013, 1065. A. Roncaglia, *Le politiche di austerità sono sbagliate*, in *Moneta e Credito*, 2012. Inoltre, anche alcuni studiosi vicini al FMI riconoscono che le misure di *fiscal consolidation* hanno effetti recessivi, in particolare D. Leigh, Devries, C. Freedman, D. Laxton, A. Pescatori, *Will It Hurt? Macroeconomic Effects of Fiscal Consolidation*, in *World Economic Outlook: Recovery, Risk, and Rebalancing*, IMF, 2010.

²⁸ Questo profilo critico era già stato ravvisato da F.W. Scharpf, *Governare l'Europa*, 1998, 147. Secondo l'Autore, «anche se le dimensioni dello stato sociale non influenzano la competitività internazionale dei produttori interni, la competizione regolativa pone una sfida al mantenimento dello stato sociale avanzato in quanto indebolisce le capacità dello stato di tassare i fattori mobili della produzione» Questa “distorsione” è evidenziata anche da R. Artoni, *Lezioni di Scienza delle finanze*, 2015, 141, secondo cui la riduzione delle aliquote sui redditi da capitale ha comportato la necessità di aumentare il prelievo sui fattori meno mobili, in primo luogo il lavoro. Per il medesimo Autore «la competizione fiscale apre inoltre discorsi complessi sulla possibilità di sostenere i livelli di spesa pubblica storicamente raggiunti. Ulteriori incrementi di imposizione sui redditi di lavoro potrebbero risultare politicamente inaccettabili e diventerebbe quindi necessario intervenire sulla spesa» L'assunto è dimostrato nella letteratura economica. Si veda, ad esempio, A. Razin, E. Sadka, *International tax competition and gains from tax harmonization*, in *Economic Letters*, 1991.

²⁹ *Ex multis* vedasi, in relazione al tema delle tradizioni costituzionali comuni, il lavoro monografico AA.VV. *La cittadinanza europea, Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, 2015.

l'elevato stock di debito pubblico (oltre che per la presenza di alcuni squilibri macroeconomici eccessivi). Invero, in relazione al documento programmatico di bilancio presentato in data 18 Ottobre 2016, i commissari Valdis Dombrovskis e Pierre Moscovici hanno replicato – per mezzo di una lettera inviata al ministro dell'economia Piercarlo Padoan già la settimana seguente – che «A preliminary assessment of the Draft Budgetary Plan suggests that the planned change in the structural balance in 2017, recalculated according to the commonly agreed methodology, is negative and well below the 0.6% of GDP or more recommended by the Council on 12 July 2016. In line with the provisions of Article 7 of Regulation (EU) No. 473/2013 of 21 May 2013 [Valutazione del progetto di documento programmatico di bilancio], we are writing to ask for further information on a number of points in order to assess whether Italy fulfils the conditions under which additional flexibility was granted for 2016»³⁰.

L'Italia ha quindi contro replicato ad una sua possibile sua sottoposizione ad una procedura per disavanzo eccessivo ex art. 126 TFUE, rassicurando la Commissione europea per mezzo dell'impegno pubblico del Governo ad adottare misure di bilancio aggiuntive, pari complessivamente allo 0,2% del PIL, entro Aprile 2017; in particolare ha annunciato un maggior impegno sul fronte della lotta all'evasione fiscale, ulteriori politiche di riduzione della spesa pubblica e l'aumento delle accise³¹.

Coerentemente con quanto affermato nella risposta alla Commissione Europea, la Manovra Correttiva dei conti pubblici adottata nell'aprile 2017 (D. L. n. 50/2017) conferma quindi quanto preannunciato; in questa si rinvegno invero provvedimenti immediatamente tesi a migliorare l'efficacia della riscossione dell'Iva³², mantenendo altresì la scure sia sul probabile aumento di tale imposta

³⁰ Tale lettera, in versione integrale, è disponibile al seguente indirizzo: www.dottrinalavoro.it/wp-content/uploads/2016/10/LetteraUE25-10-16.pdf.

³¹ Gli interventi proposti dal Governo riguardano in particolare, le imposte indirette e le accise nonché, da ultimo, l'ulteriore *improvement* delle *policy* recentemente adottate, con risultati soddisfacenti, onde aumentare il gettito fiscale incassato. Si tratterebbe di rafforzare misure già introdotte con la legge di stabilità per il 2015, ovvero lo *split payment* e il *reverse charge* nel pagamento dell'Iva. In entrambi i casi si prevede che tale imposta indiretta venga versata al fisco direttamente dall'acquirente del bene o del servizio; nel caso dello *split payment*, questo sarebbe la pubblica amministrazione mentre, quanto al *reverse charge*, sarebbero alcuni soggetti Iva operante in determinati settori (quali edilizia specializzata e servizi di pulizia). Si noti quindi, a tale riguardo, che i risultati soddisfacenti, in termini di maggior gettito, sono effettivamente documentati dall'Agenzia delle Entrate e derivano dalla maggiore affidabilità, quali "esattori" Iva, della pubblica amministrazione e degli acquirenti di alcuni beni e servizi, rispetto ad un loro qualsiasi cedente o prestatore. Per tale ragione, appare quindi verosimile che il Governo opti per estendere l'ambito applicativo sia dello *split payment* che del *reverse charge*. Tale manovra sembrerebbe invero preferibile rispetto ad un aumento delle aliquote Iva e/o delle accise sui carburanti, peraltro, in termini di consenso politico, assai poco graditi dall'elettorato. Sul punto si rimanda a A. Santoro, *Manovra correttiva, puntare sulla lotta all'evasione*, in *Lavoce.info*, 2017 e AA.VV., *Con lo split payment cresce il gettito Iva*, in *Lavoce.info*, 2016.

³² Dal 1.7.2017 è stata prevista l'estensione dell'ambito di applicazione del meccanismo dello *split payment* anche alle operazioni effettuate nei confronti di ulteriori operatori considerati ad alta affidabilità fiscale (tutta la Pubblica amministrazione, società pubbliche e quelle quotate) che, a legislazione vigente, pagano l'imposta ai loro fornitori secondo le regole generali nonché alle consulenze soggette a ritenuta d'imposta (es. professionisti).

indiretta (pur con alcuni ritocchi sugli incrementi³³) che sull'aumento delle accise, quest'ultimo previsto a decorrere dal 1° gennaio 2019³⁴.

Ai fini del presente contributo ed, in particolare, di quanto si dirà a seguire in tema di giustizia distributiva, appare quindi utile osservare come, tra le varie misure proposte, non figurino alcun aggravio impositivo né sugli utili delle società né sui redditi da attività finanziarie³⁵, né sull'imposta sulle transazioni finanziarie³⁶.

All'opposto, quanto a tali redditi, si registrano recenti e significativi interventi di riduzione della pressione fiscale: invero la legge di stabilità 2016³⁷ riduce l'aliquota proporzionale Ires dal 27,5% al 24%, già a partire dal periodo d'imposta 2017. Va altresì rilevato, sul punto, come, diversamente da come spesso avvenuto in passato, la riduzione di tale percentuale impositiva non sia accompagnata da un contestuale ampliamento della relativa base imponibile. Ne deriva, pertanto, che l'abbattimento dell'aliquota Ires, unitamente al mancato aumento della *relativa taxable base* determina univocamente una reale riduzione del carico tributario per le società.

Inoltre, la legge di Bilancio 2017 dispone altresì che gli imprenditori individuali e le società di persone possano optare per l'Iri (Imposta reddito impresa), ovvero un regime sostitutivo che prevede, per chi se ne avvale, l'applicazione di un'aliquota fissa, pari al 24% degli utili, in luogo della più gravosa

³³ In mancanza di tali provvedimenti: a) l'incremento dell'aliquota IVA del 10% sarà dell'1,5% dal 1° gennaio 2018, di un ulteriore 0,5% dal 1° gennaio 2019, e di un ulteriore 1% dal 1° gennaio 2020; b) l'incremento dell'aliquota IVA del 22%, dal 1° gennaio 2018 sarà del 3% mentre per il futuro ci sarà: un ulteriore aumento dello 0,4% dal 1° gennaio 2019, una riduzione dello 0,5% dal 1° gennaio 2020 per poi essere definitivamente fissata al 25% dal 1° gennaio 2021.

³⁴ Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'aliquota dell'accisa sulla benzina e sulla benzina con piombo, nonché l'aliquota dell'accisa sul gasolio usato come carburante, di cui all'allegato I del testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative, saranno aumentate in misura tale da determinare maggiori entrate nette non inferiori a 350 milioni di euro per l'anno 2019 e ciascuno degli anni successivi.

³⁵ L'imposta sul reddito delle attività finanziarie è prevalentemente concepita quale imposta sostitutiva di quella personale sul reddito e le aliquote sono tendenzialmente basse. Rispetto alle aliquote previste per le imposte sul reddito (che vanno dal 23% al 43%), quelle sulle attività finanziarie sono generalmente del 26% e, in alcuni casi, scendono addirittura al 12,5%, al 17% e al 20%. Tale scelta, in un primo tempo motivata da esigenze di sviluppo dei mercati finanziari, da una parte, e da una *favor* verso il collocamento dei titoli di Stato, dall'altra, è confermata anche nella più recente legislazione in materia ed il Governo non sembra intenzionato ad introdurre modifiche.

³⁶ Circa tale imposta si rimanda alle interessanti osservazioni di F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nella prospettiva dell'unificazione europea*, in *Riv. dir. prat. trib.*, 2014, 1 L'Autore rileva ivi che l'imposta sulle transazioni finanziarie, per essere realmente efficiente e dare un gettito apprezzabile, dovrebbe essere costruita secondo lo schema indicato dalla Commissione UE e, soprattutto, dovrebbe configurarsi come una vera e propria imposta europea sulle transazioni finanziarie deliberata dall'UE e, perciò, destinata a finanziare una spesa europea. Vi sarebbe, infatti, una certa concordia tra gli economisti pubblici nel sostenere in via di principio che questo prelievo potrebbe svolgere un ruolo altamente positivo ai fini della migliore regolamentazione e razionalizzazione dei mercati finanziari e, soprattutto, ai fini dell'apposizione di un freno all'eccesso di speculazione finanziaria che si è registrato in questi ultimi anni (eccesso dimostrato dal crescente divario tra le transazioni finanziarie stesse e la necessità dell'economia reale). In effetti, è facile accorgersi che la crisi attuale ha dimostrato, oltre ogni ragionevole dubbio, che il mercato finanziario globale ha prodotto risultati opposti a quelli previsti.

³⁷ Più nel dettaglio, art. 1 comma 61 di tale legge.

tassazione Irpef (con aliquote, a scaglioni, fino al 43%). Tale legge proroga inoltre il maxi ammortamento al 140% e l'iper ammortamento al 150% per l'acquisto di macchinari ad alto contenuto tecnologico e, fino al 2020, il credito di imposta per la ricerca e lo sviluppo; da ultimo, taglia l'IRPEF per le imprese agricole e pone in essere, in generale, una delle operazioni più corpose di sgravio fiscale per il settore agricolo italiano.

Da ultimo, in linea con il descritto impianto normativo, poco attento a garantire una maggiore equità fiscale, per il 2017 non è stato nemmeno prorogato il contributo di solidarietà del 3%, come introdotto dalla manovra *bis* dell'agosto 2011 (D.L. 138/2011) il quale, in precedenza, riguardava i lavoratori del settore privato con un reddito superiore a 300mila euro lordi, avendo evidenti finalità redistributive della ricchezza.

Da tale analisi del quadro sulla recente legislazione italiana in materia tributaria, comunque in costante evoluzione, si può pertanto rilevare, in conclusione, come non sembri emergere alcuna vera intenzione di riformare il nostro sistema tributario secondo un'ottica che, contrastando le susedite logiche della *tax competition*, sposti, anche parzialmente, l'onere fiscale su fattori (quali la ricchezza mobiliare) che, al pari degli altri, si prestano a concorrere ad un equo riparto dei carichi pubblici.

3. Tensioni tra la prassi europea della concorrenza fiscale ed i principi costituzionali di capacità contributiva e di tutela del lavoro

Le descritte recenti manovre fiscali, da parte del legislatore italiano, sembrano quindi in linea con la prassi europea, oramai consolidata, di una concorrenza tra Stati nella tassazione di fattori mobili, con alleggerimento di tutte le imposte a vario titolo gravanti sul "capitale", senza tuttavia un'analoga attenzione per una diminuzione della pressione fiscale su quelli più statici, in particolare il reddito da lavoro, il patrimonio immobiliare ed il consumo, i quali sono appunto sottratti da ogni logica competitiva a livello sovranazionale

Ciò che si cercherà pertanto di dimostrare ivi è come tali scelte legislative si pongano in tensione con diversi principi costituzionali, tutti fondamentalmente riconducibili a quello di capacità contributiva, il quale costituisce uno dei fondamenti del nostro ordinamento giuridico³⁸. Invero, l'imposizione dei tributi evoca e presuppone – nelle modalità in cui si realizza – una molteplicità di valori costituzionali che ne costituiscono fondamento, bilanciamento e limiti³⁹.

³⁸ Per maggiori approfondimenti su tale principio vedasi, *ex multis*, i seguenti contributi monografici: L. Salvini, G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, 2014; G. Falsitta, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la Costituzione repubblicana: schermaglie dialettiche su scuole e maestri del passato*, 2014 e, da ultimo, F. Moschetti [*et alii*], *La capacità contributiva*, Padova, 1993. Sul rapporto tra il principio di capacità contributiva e i caratteri redistributivi costituzionalmente implicati dalla funzione tributaria si rimanda al saggio di G. Frasoni, *Stato di diritto, diritti sociali, libertà economica e principio di capacità contributiva (anche alla luce del vincolo del pareggio di bilancio)*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 1049 ss.

³⁹ Vedasi, per una più ampia trattazione del tema: D. Stevanato, *Sopportabilità del prelievo, vincoli di politica economica e limiti costituzionali all'imposizione*, in D. Stevanato, *La giustificazione sociale dell'imposta*, 2014, 261 ss.

Venendo quindi al primo ordine di problemi, sembra potersi affermare che la recente legislazione fiscale sopra descritta non è coerente con i contenuti normativi ricavabili dal combinato disposto di cui agli art. 53 e 3 comma 2 della Costituzione. Posto infatti che il sistema tributario è improntato a criteri di progressività e che la rimozione delle situazioni di svantaggio socio economiche dei cittadini – ai fini di una maggiore uguaglianza sostanziale – è principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico, una legislazione in linea con tali valori ed improntata a criteri di equità e giustizia fiscale richiederebbe necessariamente di imporre oneri più gravosi su quelle persone giuridiche che ottengono alti profitti⁴⁰, oltre che sui detentori dei capitali maggiormente cospicui. Infatti, nella Costituzione italiana, il dovere di concorrere alle spese pubbliche secondo la capacità contributiva (art. 53 Cost.) diviene armonica applicazione del principio di solidarietà (art. 2 Cost.) e del tipo di democrazia (art. 1 Cost.) che i costituenti vollero instaurare, all'interno di un ordine democratico pensato non solo come sistema di diritti, bensì anche di doveri, oltre che improntato ad una complessiva visione solidale dei rapporti sociali.

In altri termini, la nostra Carta costituzionale sembra “aver collegato” il dovere tributario ad una scala di valori etica (prima ancora che giuridica), tale da individuare il valore sotteso al dovere di concorso alle spese pubbliche nel vincolo di solidarietà politica, economica e sociale tra tutti i concittadini cui quelle spese sono rivolte. Ciò posto, la tassazione secondo capacità contributiva non dovrebbe ignorare il singolo individuo nella sua effettiva possibilità di concorrere economicamente all'interesse comune, tenendo invece in debita considerazione il collegamento tra tale bene ed il soggetto contribuente. Dietro l'imposizione si

40 Un tentativo in tal senso è rinvenibile nella cd. *Robin Hood tax*, la quale andava a gravare sui sovraprofiti di alcune imprese (articolo 81, commi 16, 17 e 18, del decreto legge 112/2008). Nello specifico si trattava di un'addizionale IRES (prima del 5,5%, poi aumentata da successivi provvedimenti) applicata alle aziende energetiche e petrolifere con ricavi superiori a 3 milioni di euro e imponibile superiore a 300 mila euro. Obiettivo del legislatore era invero quello di tassare i “sovra-profitti” delle aziende del settore determinati dalla speculazione sulle quotazioni delle materie prime, con una finalità definita solidaristica. Significativo è che tale sovrainposta sia stata tuttavia dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale nel gennaio 2015 (sentenza n.10/2015). La Corte, nella sentenza con cui ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, ha sottolineato che tale scopo perseguito dalla medesima fosse “in sè e per sè legittimo”, ma che la legge in questione non lo avesse perseguito con mezzi adeguati sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità. Si noti, a tal riguardo, che la Consulta, nel dichiarare illegittima la c.d. *Robin Hood tax* ha fatto decorrere gli effetti di tale pronuncia *ex nunc*, anziché *ex tunc* mostrando comunque, in maniera inequivoca, una certa “rinnovata sensibilità” per le conseguenze sul piano finanziario delle proprie decisioni c.d. di spesa. Invero, nel caso di specie la Corte avrebbe rilevato come l'applicazione retroattiva della declaratoria di illegittimità costituzionale avrebbe determinato una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost., con uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.). Ne è scaturita la considerazione che «le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata avrebbero finito per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole». Secondo S. Cagliarini, *La Corte tra Robin Hood tax e legislatore senza terra*, in *Giur. cost on line*, 2015, «ciò che segna il vero elemento di novità della sentenza è che, se fino ad ora il nucleo essenziale dei diritti ed i principi fondamentali del sistema costituzionale rappresentavano una sorta di controlimita rispetto alla possibilità di bilanciamento, sembra con questa venire travolto ogni argine di contenimento rispetto alla necessità di salvaguardare l'equilibrio finanziario».

trovano invero le persone: sembra questo il senso più autentico del principio personalista, come declinato in chiave fiscale⁴¹. Muovendosi invece in una traiettoria pressoché opposta (vedi paragrafo 2), il legislatore italiano sembra ignorare del tutto le “istanze sociali” del tributo, orientando le sue scelte alla mera esigenza di fare cassa (spesso in fretta) e finendo quindi, a tale fine, per “riversare” i maggiori oneri fiscali sugli imponibili meno mobili e più facilmente tassabili, anche a discapito del fatto che questi appartengano alle fasce sociali più deboli. E d’altro canto, si potrebbe argomentare, come potrebbe questo, vincolato dal libero movimento di capitali e società all’interno dell’Unione, fare diversamente? Dove potrebbe reperire invero le risorse affinché sia garantito l’equilibrio di bilancio *ex art. 81 Cost.*⁴²?

Nonostante ciò, non dovrebbe comunque essere dimenticato che, ove si privi lo Stato delle sue funzioni di distributore sociale della ricchezza, si rischia di andare a discapito della coesione sociale tra i suoi vari membri. Invero, come argomentato da autorevole dottrina, una pace durevole è meglio garantita ove vi sia giustizia sociale e, quindi, un potere pubblico che tenda a ridurre le divergenze tra chi ha di più e chi, invece, vive in condizione di svantaggio sociale⁴³. E, a tal fine, una

⁴¹ Vedasi, in questo senso, F. Moschetti, *I principi di giustizia fiscale della Costituzione italiana, per "l'ordinamento giuridico in cammino" dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 427 ss. Tale tema è stato ampiamente trattato dalla dottrina, con particolare riferimento al principio costituzionale di capacità contributiva e di progressività del sistema tributario. G. Fransoni, *Stato di diritto, diritti sociali, libertà economica e principio di capacità contributiva (anche alla luce del vincolo del pareggio di bilancio)*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 1049 ss., argomentando sul rapporto tra *taxes, social rights and rule of law* afferma che: «il riconoscimento dei diritti sociali comporta, inevitabilmente, un'accentuazione del carattere distributivo comunque naturalmente inerente, di per sé, a tutti i tributi; tuttavia, questo carattere, che deve essere sempre tenuto presente, deve altresì essere considerato quale elemento intrinseco di ogni tributo e del sistema tributario nel suo complesso». Invero, in definitiva, la previsione del carattere progressivo dell'imposizione si colloca nel contesto e integra la disciplina della centralità dei diritti sociali nel nostro ordinamento. Si veda, in questo senso, anche M. Luciani, *Costituzione, tributi e mercato*, in *Rass. trib.*, 2012, 831 ss. Si veda, infine, G. Falsitta, *I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria nel diritto comunitario e nel diritto italiano tra "ragioni del fisco" e diritti fondamentali della persona*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 519 ss. Quanto alle monografie sul tema si segnala, per ulteriori approfondimenti: L. Salvini, G. Melis, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, 2014.

⁴² Nel nostro ordinamento giuridico, il principale riferimento normativo al pareggio di bilancio è l'art. 81 Cost. come modificato dalla L. Cost 20 aprile 2012 n.1 (in *Gazz. Uff.*, 23 aprile 2012, n. 95) “Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”. Più nel dettaglio, nonostante la citata legge sia rubricata “pareggio di bilancio” vi è concordia in dottrina sul fatto che, dal tenore letterale, decisamente “più elastico” della modificata disposizione, possa evincersi “solamente” una regola di mero equilibrio tra entrate e spese pubbliche. Vedasi, a tal riguardo, C. Bergonzini, *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano* in C. Bergonzini, S. Borrelli, A. Guazzarotti (cur.), *La legge dei numeri*, Napoli, 2016, 147 ss. Tra la sterminata letteratura sul tema vedasi anche: C. Buzzacchi, *Bilancio e stabilità: oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea: il pareggio di bilancio in Costituzione* in *www.federalismi.it*, 2012; T.F. Giupponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014; D. Morgante, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in *www.federalismi.it*, 2012; A. Morrone, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale* in *Quad. Cost.*, 2015. La stessa Corte Costituzionale ha, a tale riguardo, effettuato degli studi confluiti in un *report*, a cura di C. Marchese, dal titolo *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, 2015, disponibile in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴³ In questo senso argomenta A. Supiot, *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, in *Lav. e dir.*, 2011, 501.

tassazione effettivamente progressiva ed improntata a criteri di giustizia distributiva sembra divenirne mezzo imprescindibile.

Aumentare l'imposta sul consumo o aumentare le accise è, tra tutti, forse il miglior esempio di come il legislatore tributario possa scegliere di “fare cassa” senza tenere conto delle istanze solidaristiche e redistributive delineate dalla nostra Carta costituzionale, oltre che del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2)⁴⁴. Infatti, quindi si ponga in essere un aumento dell'aliquota IVA o delle accise su tutti o determinati beni, questa colpirà indistintamente chiunque consumi quel bene, indipendentemente dalle relative capacità reddituali⁴⁵. Pertanto, rispetto all'incremento di tale onere impositivo, non potranno che essere avvantaggiati i soggetti più capienti mentre, *ceteris paribus*, risulteranno più gravati coloro che dispongono di meno risorse, i quali, invero, si troveranno di fronte ad una duplice alternativa: spendere di più per comprare i medesimi beni, oppure diminuire il loro consumo – posto che si tratti di beni non di prima necessità –. Diversamente, i soggetti più capienti potranno mantenere pressoché inalterato il proprio stile di vita. Giova allora ricordare – alla luce di quanto si argomenta circa la compatibilità tra i principi costituzionali e la prassi di concorrenza “fiscale” europea – che l'attuale disciplina normativa dell'IVA è frutto di diverse direttive comunitarie⁴⁶, finalizzate ad armonizzare le diverse imposte che colpivano la circolazione di beni e servizi all'interno dell'UE. Tale imposta sul consumo è invero finalizzata alla eliminazione di ogni discriminazione nella circolazione delle merci ed alla attuazione di un mercato comune fondato sulla libera concorrenza dei vari

⁴⁴ In dottrina si sottolinea inoltre che “l'aumento delle aliquote IVA, in effetti, sarebbe non solo negativo sul fronte dei consumi e per gli impatti distributivi, ma avrebbe, presumibilmente, conseguenze negative in termini di incremento dell'evasione. Infatti un'aliquota più elevata renderebbe ancora più appetibili le ipotesi di evasione delle vendite e di sovra dichiarazione degli acquisti, ponendosi in contrasto con i provvedimenti della manovrina appena illustrati. D'altronde, una simile manovra non servirebbe neppure a ridurre l'evasione attuata attraverso la manipolazione del *mark-up* perché, se, da un lato, aumentando le aliquote la sotto dichiarazione degli acquisti comporterebbe una maggiore perdita di IVA, dall'altro lato si renderebbe più lucrosa l'evasione unilaterale (ovvero senza consenso) delle vendite al dettaglio. Da questa considerazione discende l'idea che, invece, potrebbe essere conveniente muoversi verso un riavvicinamento delle aliquote IVA, ovvero una riduzione dell'aliquota standard e un aumento delle aliquote minori, proprio per ridurre gli incentivi alla manipolazione del *mark-up*”. In questo senso, A. Santoro, *Def e manovra correttiva: ragioni e limiti dei provvedimenti sull'Iva*, in *Editoriale Ipsoa*, 2017.

⁴⁵ Per una più generale trattazione della relazione tra le diverse tipologie di imposte ed i relativi principi costituzionali in materia (art. 23, 53 Cost., in particolare) si vedano, *ex multis*: G. Vitaletti, *Fisco e Costituzione*, in *Riv. dir. fin.*, 2014, 166 ss.

⁴⁶ Prima direttiva 67/227/CEE del Consiglio, dell' 11.04.1967, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra d'affari; Seconda direttiva 67/228/CEE del Consiglio, dell' 11.04.1967, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari – Struttura e modalità d'applicazione del sistema comune d'imposta sul valore aggiunto; Sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17.05.1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme; Direttiva 91/680/CEE del Consiglio, del 16.12.1991, che completa il sistema comune di imposta sul valore aggiunto e modifica, in vista della soppressione delle frontiere fiscali, la direttiva 77/388/CEE; Direttiva 92/111/CEE del Consiglio, del 14.12.1992, che modifica la direttiva 77/388/CEE in materia di imposta sul valore aggiunto e che prevede misure di semplificazione. L'Italia ha dato attuazione alle direttive comunitarie attraverso il D.P.R. 26.10.1972, n. 633.

operatori economici⁴⁷. Trattasi, quanto alle direttive in materia di tassazione indiretta, di una delle tante manifestazioni di misure atte a favorire le libertà economiche nel panorama europeo? Sembrerebbe proprio potersi dare una risposta affermativa.

Venendo quindi al secondo profilo problematico che si ritiene meritevole di interesse in questa sede, la recente legislazione fiscale sembra non del tutto coerente anche con i contenuti normativi del combinato disposto di cui agli articoli 4 e 36 della Costituzione. Il primo prescrive invero, come noto, l'obbligo per la legislazione e l'amministrazione di garantire indirettamente per tutti il diritto al lavoro, peraltro unico diritto menzionato più volte (art. 1 e 4) tra i principi fondamentali della Repubblica. Il secondo, invece, richiede che ad ogni lavoratore sia corrisposta un retribuzione proporzionata alla quantità e qualità delle sue prestazioni che, comunque, deve essere almeno sufficiente al suo sostentamento (oltre a quello della famiglia di appartenenza) Ciò premesso, si può quindi notare come la recente crisi economico finanziaria abbia posto in radicale discussione alcuni postulati del c.d. "paradigma lavoristico del Novecento", in particolare a fronte dell'introduzione di talune misure (quali, ad esempio, i c.d. *mini job*⁴⁸ in Germania) che, pur pensate per favorire la flessibilità nel mercato del lavoro, hanno finito per tradursi, nella prassi, in forme di precarizzazione di questo, così ledendo la stabilità e la sufficiente retribuzione del lavoratore. Detto altrimenti, l'auspicata liberalizzazione dei mercati sembra aver prodotto, quale "effetto collaterale" del tentativo di aumentare la competitività degli Stati sul piano internazionale (su tutti quelli mediterranei c.d. GIPSI) una generale mercificazione del lavoro, sempre più relegato a mero fattore produttivo⁴⁹. Come a dire che il libero scambio è un principio superiore alla tutela dei lavoratori e che i loro diritti, anche se fondamentali, devono cedere di fronte alla necessità di mettere in competizione tutti gli individui in ogni Paese del mondo⁵⁰. Inoltre, a tal proposito, le politiche

⁴⁷ In questo senso argomenta: G. Marini, *La capacità contributiva nell'imposta sul valore aggiunto*, in *www.rivista.sseff.it*, 2006.

⁴⁸ Questi consistono in rapporti di lavoro "marginali" (*geringfügige Beschäftigung*), introdotti dal c.d. secondo pacchetto Hartz (Hartz II), dal nome di Peter Harz, consigliere del cancelliere tedesco Gerhard Schröder, e per i quali è prevista una retribuzione di 450 euro mensili. Questi sono descritti da A. Somma, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismo*, in questa *Rivista*, 2015, 107 ss. quali strumenti di "flessibilizzazione" del rapporto del lavoro che, pensate per favorire alcuni impieghi temporanei – sia dal punto di vista della domanda che dell'offerta di lavoro – si sono in realtà tradotti in forme di impiego che condannano i prestatoti di lavoro a condizioni di miseria. Più recentemente, sulla stessa "linea di pensiero" in Italia sono stati introdotti i c.d. *voucher*, (si veda, a tal proposito, B. Caruso, *The bright side of the moon: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 177 ss.) che, come i *minijob*, sembrano aver determinato, nella prassi, la creazione di un esercito di lavoratori malpagati e privi di tutela.

⁴⁹ In questo senso, si rimanda alle interessanti osservazioni di: S. Laforgia, *Spunti per un'antropologia del lavoratore degno*, in *Lav. e dir.*, 2016, 115 ss. Secondo tale Autore: «il diritto del lavoro sta divenendo sempre più ancillare rispetto alle ragioni dell'economia. Pertanto, in questa stagione del diritto del lavoro, l'interprete avrebbe il dovere di elaborare un nuovo identikit del lavoratore dignitoso, sacrificato alle ragioni neoliberiste al fine di accomodarlo al mercato e di renderlo competitivo».

⁵⁰ In tal senso argomenta, efficacemente A. Supiot, *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, op.cit. Tale Autore insiste nel sottolineare come l'incremento degli indicatori economici quantificabili e la crescita della produzione e del commercio di beni e servizi vengano trattati come fini in sé, a discapito degli obiettivi di giustizia sociale, quali quelli affermati nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944. Per ulteriori approfondimenti al

europee di *governance* della crisi⁵¹ sembrano aver ulteriormente contribuito alla primazia della dimensione economica su quella democratico sociale⁵², senza alcuna considerazione quanto al fatto che, sebbene occorra sviluppo economico per avere risorse da destinare alla promozione della dimensione sociale (e ambientale), è altresì vero l'inverso⁵³. In questo senso, le misure (più o meno) imposte dalle istituzioni europee⁵⁴ per fronteggiare la crisi domestiche hanno avuto come conseguenza, almeno nei Paesi a questa più esposti, una significativa riduzione dei sistemi di *welfare* di questi⁵⁵. Invero, come argomentato da autorevole dottrina⁵⁶,

riguardo si rinvia alle monografie, sempre del medesimo Autore, *Homo iuridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, 2006 e *The Spirit of Philadelphia: Social Justice vs. Total Market*, 2012.

⁵¹ In particolare, si pensi, *inter alia*, al MES (Meccanismo Europeo di Stabilità) ovvero un fondo permanente cui attingere per la risoluzione delle crisi istituito da un trattato, firmato il 2 febbraio 2012 ed entrato in vigore in data 8 ottobre 2012, a seguito della ratifica dei 17 Stati membri dell'Eurozona, e costituito quale organizzazione intergovernativa nel quadro del diritto pubblico internazionale con sede in Lussemburgo, in sostituzione del precedente Fondo Europeo di Stabilità finanziaria. Questo trova la sua base legale nell'art. 136 comma 3 del TFUE, come emendato dal Consiglio Europeo con Decisione 25 Marzo 2011, secondo cui ogni assistenza agli Stati della zona euro deve avvenire "sotto" il principio della stretta condizionalità. Inoltre, altro strumento di diritto internazionale di primaria importanza rientrando nell'alveo degli atti europei orientati alla risoluzione della crisi è il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria (noto come "fiscal compact"), firmato in occasione del Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri dell'UE, ad eccezione di Regno Unito e Repubblica ceca. Tale trattato, quindi, incorpora ed integra in una cornice unitaria alcune delle regole di finanza pubblica e delle procedure per il coordinamento delle politiche economiche in gran parte già introdotte o in via di introduzione in via legislativa nel quadro del *Six pack*. Tra i punti principali del trattato si segnala, in particolare, l'impegno delle parti contraenti ad applicare e ad introdurre, entro un anno dall'entrata in vigore del trattato, con norme costituzionali o di rango equivalente, la "regola aurea" per cui il bilancio dello Stato deve essere in pareggio o in attivo.

⁵² Primazia che pare potersi evincere già dalla lettura dei Trattati. Invero anche l'art. 151 TFUE, disposizione di "apertura" del Titolo X, rubricato Politica Sociale, pur affermando che l'Unione si pone, quali obiettivi, la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione (comma 1), comunque subordina tali finalità alla necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione (comma 2).

⁵³ In tal senso argomenta, D. Gottardi, *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, in *Lav. e dir.*, 2015, 239 ss.

⁵⁴ È bene tuttavia evitare delle eccessive generalizzazioni. Invero, se si osservano i recenti Programmi nazionali di riforma (disponibili al seguente link, per l'anno 2015: ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/2015/in dex_en.htm) di taluni Stati dell'UE caratterizzati da diversi contesti macroeconomici (quali, ad esempio, Germania, Francia, Spagna) si potrà notare che ben diverso è il grado di influenza che le raccomandazioni promananti dalle istituzioni europee hanno avuto sulle riforme nazionali poste in essere. Ciò a dimostrazione di come le istituzioni tecnocratiche unionali non sembrino riuscire ad incidere, allo stesso modo, sulle politiche di riforma di tutti i Paesi europei; invero la concreta possibilità della Commissione di condizionarle in maniera pervasiva sembra dipendere, inevitabilmente, dal diverso contesto economico di riferimento, oltre alla "consistenza" politica di questi. Ad esempio, la Germania, nonostante nell'ambito della MIP (*Macroeconomic imbalance Procedure*), sia stata costantemente invitata dalla Commissione, dal 2012 sino ad oggi, ad adottare politiche di investimento atte a riequilibrare la propria bilancia commerciale in eccessivo avanzo, continua annualmente a registrare un record di avanzo. Il surplus tedesco è infatti stato del 7,2% del PIL nel 2012, del 6,7% nel 2013, del 7,8% nel 2014 e del 8,3% nel 2015 mentre era addirittura negativo negli anni precedenti al 2002. Un grafico utile a rappresentare il trend appena descritto è disponibile sul sito www.ilsole24ore.com, *La Germania snobba Trump: surplus commerciale record a 253 Miliardi*, Redazione online, 2017.

⁵⁵ In questo senso argomentano, *ex multis*, M. Bertolissi, *Fiscalità e spesa pubblica nell'UE. Una relazione costitutiva in termini di forma di Stato* in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2016, 34. Il drammatico

che la risposta alla crisi abbia ignorato le “istanze sociali” europee sembra essere piuttosto evidente: le misure straordinarie varate da molti Paesi europei, a partire dal 2008, sembrano infatti aver puntato, prevalentemente, sulla riduzione di salari e pensioni, del costo del lavoro ed, infine, sull’obbligo per gli enti locali di riduzione della spesa per l’assistenza

Anche in tale prospettiva quindi, il fatto che ad una detassazione sui redditi da capitale, non segua alcun particolare sgravio su quelli da lavoro, sembra ancor più penalizzare l’opera professionale del prestatore che, diversamente, non solo dovrebbe essere promossa e debitamente valorizzata, bensì anche riconosciuta – coerentemente con i summenzionati principi costituzionali – quale fonte primaria del benessere e dell’ordine sociale⁵⁷. «Income tax has always been considered harmful [...] Indeed labour taxes affect labour supply and demand decisions. With regard to labour supply, both the decision to enter the labour force (the so called extensive margin) and the hours worked (intensive margin) are affected. Participation is responsive to total tax burden, usually at low level of income, while the hours worked are affected by the marginal tax rate, and responsiveness is usually higher for high income individuals»⁵⁸.

Si può pertanto concludere, a tale riguardo, che sebbene una tassazione decisamente onerosa⁵⁹ sui *labour incomes*, quale quella prevista dal nostro sistema tributario⁶⁰, non si ponga direttamente in contrasto con il diritto al lavoro e ad una sua proporzionata retribuzione, certamente non sembra apparire coerente con il

caso greco appare, in questo senso, paradigmatico. Efficacemente, sul rapporto tra crisi economica e diritti sociali vedasi G. Grasso, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in *www.rivistaaic.it*, 2016; G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum Quad. Cost.*, 2013; S. Gambino, *Effettività dei diritti (sociali ma non solo) e governance europea*, in *www.diritticomparati.it*, 2016.

⁵⁶ A tal riguardo ci si limita a richiamare: G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e le misure di “riduzione” dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1303 ss. e A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell’Unione Europea*, in *www.rivistaaic.it*, 2017.

⁵⁷ A tale proposito, secondo autorevole dottrina, sarebbe invero il collegamento fra capacità contributiva e doveri di solidarietà economica e sociale ad assicurare una mitigazione impositiva per i redditi da lavoro, quanto meno ai fini di garantire quel diritto alla tutela del lavoratore e della sua famiglia, ai sensi dell’art. 36 Cost. E’ stato infatti affermato che se quest’ultima previsione costituzionale vale nei confronti del datore di lavoro, deve - a maggior ragione - valere anche nei confronti dello Stato in modo che l’onere tributario possa (*rectius* debba) essere graduato in modo da riequilibrare quelle situazioni in cui la retribuzione non è proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato o comunque insufficiente a garantire al lavoratore ed alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa. Vedi: I. Manzoni, *Il principio di capacità contributiva nell’ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1967, 81 e F. Moschetti, *Capacità contributiva*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

⁵⁸ Parole mutuete da M. D’Antoni, A. Zanardi, *Shifting the tax burden from labour income to consumption*, in *Riv. dir. fin.*, 2011, 493 ss.

⁵⁹ L’Italia è invero al secondo posto in Europa per la tassazione dei redditi da lavoro, il cui prelievo si attesta su una soglia del 42,8% del reddito complessivo, quasi otto punti in più rispetto alla media europea. Vedasi, al riguardo, significativamente: R. Turno, *Tasse su lavoro e imprese, Italia ai primi posti nella Ue*, in *www.ilssole24ore.com*, 2016.

⁶⁰ Emblematicamente, rispetto a questo aspetto, si rimanda a D. Pesole, *Ridurre le tasse si può? Perché Svezia e Francia stanno peggio di noi ma in pochi protestano*, in *www.ilssole24ore.com*, 2013. Ivi è invero rimarcato come l’Italia spicchi appunto per lo squilibrio determinato da un alto livello di tassazione, una non pari ed omogenea distribuzione del carico fiscale, concentrato per oltre l’80% su redditi da dipendenti pubblici e privati e dei pensionati (anche per effetto dell’altissimo tasso di evasione fiscale), e da servizi che vengono resi alla collettività non certo in linea con quanto viene prelevato con le tasse.

sistema valoriale del nostro ordinamento che ne riconosce appunto – oltre alla fondamentale (art. 1, art. 4, art. 36 Cost) – una decisiva capacità di determinazione del modo d’essere del nostro sistema economico ed, infine, il compito di forgiare la “saldatura” tra realizzazione individuale e riconoscibilità nella comunità del singolo (e, quindi, in sintesi il progresso sociale)⁶¹. Altrimenti detto, il lavoro, in particolare quello offerto sul mercato in condizioni di dipendenza, rappresenta la pietra angolare sulla quale è stato edificato lo Stato sociale, di cui viene quindi a costituire il principio direttivo, nonché il centro e l’archetipo di tutti gli altri diritti sociali⁶². Non a caso, invero, il riferimento allo specifico carattere che la Repubblica democratica italiana presenta, ovvero l’essere fondata sul lavoro, costituisce, in ottica comparata, un *unicum* della nostra Carta Costituzionale⁶³.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, sembra potersi affermare che obiettivo prioritario che il nostro legislatore fiscale dovrebbe porsi, diversamente da quanto avvenuto sin d’ora, è la riduzione del carico fiscale sui redditi da lavoro, in particolare di quelli da lavoro dipendente. In tal modo si riuscirebbero invero ad evitare ulteriori erosioni del reddito disponibile delle famiglie ed, in particolare, del reddito di quella *middle class*, in cui si riconoscono i consumatori, e dal cui rafforzamento potrebbe invero dipendere una maggiore ripresa della crescita⁶⁴.

⁶¹ Vedasi, al riguardo, R. Nania, *Riflessioni sulla “costituzione economica” in Italia: il “lavoro” come “fondamento”, come “diritto”, come “dovere*, in *www.rivistaaic.it*, 2008

⁶² La definizione riportata appartiene a J. Isensee ed è riportata da A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., 14. Sulla fondamentale del lavoro nel nostro ordinamento giuridico vedasi S. Cassese, *L’incompletezza del Welfare State in Italia*, in *Pol. dir.* 1986, 256 secondo cui «può dirsi che la tutela del lavoro, e degli *status* conseguenti, esplica, nello stato sociale, la stessa funzione che il diritto di proprietà svolgeva nello stato liberale; bisogna considerare che la proprietà, come il lavoro, nei diversi contesti, sono stati considerati non solo come primaria fonte di reddito bensì anche quale titolo di fondamentale legittimazione civile e politica».

⁶³ In questo senso vedasi: R. Nania, *Riflessioni sulla costituzione economica in Italia: il lavoro come fondamento, come diritto, come dovere*, in E. Ghera, A. Pace (cur.) *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, 62 ss. A tal riguardo, interessanti le osservazioni di T. Groppi, *Fondata sul lavoro, origini, significato, attualità della scelta dei Costituenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pag. 665 ss., secondo cui: «che dietro il riferimento al lavoro, nell’art. 1, ci sia la volontà di proteggere i soggetti ritenuti più deboli nelle relazioni economiche, ovvero quelli che vivono del proprio lavoro (e non di rendite di posizione) e che a tal fine si richieda, in termini di politiche economiche, un intervento pubblico nell’economia, è reso evidente da tutte le altre disposizioni costituzionali che contengono un riferimento al lavoro o ai lavoratori, a partire dall’art. 3, comma 2 e dall’art. 4, ove si individua un vero e proprio diritto al lavoro».

⁶⁴ In questo senso si esprime F. Gallo, *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, in *Pol. soc.*, 2014, 221 ss. Ad oggi sono altresì divenuti più insistenti i pareri degli economisti sulla necessità di detassare il lavoro subordinato e di garantire una tutela universalistica di base capace di dare una risposta in termini di sicurezza sociale ai problemi della disoccupazione e della vecchiaia. In tal senso vedasi: G. Prosperetti, *Dall’art. 3 all’art. 35 e seguenti Cost.*, in *www.rivistaaic.it*, 2008. Sempre da una prospettiva economica, orientata questa volta dal punto di vista dell’offerta, F.W. Scarpf, *Governare l’Europa*, 138 ss. rileva che negli Stati europei continentali lo Stato sociale è finanziato soprattutto dalle elevate trattenute sugli stipendi. Ne deriva quindi che se il salario netto di un lavoratore non può scendere al di sotto di un minimo garantito, contributi previdenziali, trattenute e altre imposte prelevate dai salari non potranno essere assorbite totalmente dal prestatore di lavoro, ma dovranno invece essere aggiunti al costo totale sostenuto dal datore di lavoro. Questo modello di tassazione influirebbe quindi negativamente sull’occupazione in quanto un’unità di lavoro verrebbe a costare troppo al datore di lavoro, costretto a pagare al lavoratore una retribuzione che va ben oltre la sua produttività, ricomprendendo contributi previdenziali, trattenute...Infine, sulla necessità di

Oramai, invece, la legislazione tributaria del lavoro sembra aver sacrificato, quasi del tutto, gli spazi di favore del prestatore sull'altare del mero interesse fiscale⁶⁵. Ne costituisce esempio paradigmatico il quadro della tassazione dei redditi delle persone fisiche: questo presenta invero una sperequazione proprio tra i redditi da lavoro soggetti alle aliquote progressive e quelli di fonte patrimoniale (immobili, attività finanziarie ecc..) ,sottoposti invece ad imposte sostitutive con aliquote medio basse, peraltro senza che ciò sia il frutto né di una diversa capacità contributiva né di una qualche politica redistributiva, bensì prevalentemente di valutazioni pragmatiche in termini di minore o maggiore difficoltà di accertamento⁶⁶. Si può pertanto concludere, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, che l'attuale sistema normativo dei redditi da lavoro dipendente presenti un assetto tutt'altro che favorevole al lavoratore, diversamente dal “favor” che la Carta costituzionale – ispirata appunto ad una tutela globale del prestatore – sembrerebbe questi riservare⁶⁷. È infatti accaduto, in generale, che i predetti contenuti della Costituzione in materia lavoristica hanno subito la descritta crisi della sovranità dello Stato, allontanandosi così dai loro iniziali obiettivi programmatici. Invero, l'apertura dei mercati, la minaccia della crisi fiscale degli Stati, l'esigenza di inseguire le condizioni finanziarie imposte dagli investitori e migliorare la competitività del sistema Paese sembrano aver fatto venire meno la pretesa di istituire in questi un ordine sociale progressivo (e quindi, come tale, concernente anche i diritti dei lavoratori e la centralità del lavoro) basato su un sistema politico democratico. Ne è quindi derivato che costituzionalisti e giuslavoristi si sono trovati dinanzi ad una crisi sorta sulle medesime radici⁶⁸.

Nonostante tale criticità sia quindi verosimilmente stata colta anche dal legislatore italiano, le recenti proposte di questo, a cui si aggiungono quelle del Governo – entrambe inseribili nell'ottica della diminuzione delle imposte sul lavoro dipendente – sembrano tuttavia ridursi a mere affermazioni di principio. Infatti, le paventate misure in materia, su cui i tecnici del Governo stanno appunto lavorando in vista della Legge di bilancio, per il prossimo autunno, sembrano comunque essere di entità piuttosto limitata. Si tratterebbe invero, più nel dettaglio, del solo rafforzamento degli sgravi per i premi di produttività⁶⁹. Secondo alcuni autori,

sostenere la crescita economica, affossata dalla recente crisi economico finanziaria, attraverso un sostegno ai redditi e ai consumi (e quindi, in sintesi, alla domanda aggregata), in “ottica” keinesiana, vedasi S.Cesaratto, op.cit., *passim*.

⁶⁵ Vedasi, a tal riguardo, sul tema, E. De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 2000 e P. Boria, *Interesse fiscale*, Torino, 2002.

⁶⁶ In tal senso argomentano: F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Torino, 2005, 4 e R. Lupi, *Diritto tributario. Parte speciale. I sistemi dei singoli tributi*, Milano, 2005, 28.

⁶⁷ Con riguardo a quest'ultima affermazione vedasi l'interessante contributo di: P. Puri, *Redditi da lavoro, capacità contributiva e tramonto del mito del favor per i lavoratori*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 875 ss.

⁶⁸ In questo senso argomenta R. Bin, *Lavoro e costituzione: le radici comuni di una crisi*, in G. Balandi, G. Cazzetta (cur.), *Il Diritto e lavoro nell'Italia repubblicana*, 2009, 279 ss.

⁶⁹ L'attuale beneficio sui premi di produttività è stato ripristinato dalla Legge di Stabilità, per l'anno 2016 (legge n. 208 del 2015), dopo essere stato sospeso per l'anno 2015 a causa della mancanza di risorse finanziarie. La nuova disciplina presenta delle novità rispetto al passato: si innalza il limite massimo dei redditi percepiti dal lavoratore da considerare ai fini dell'ammissione all'incentivo, pari a 50 mila euro lordi annui per il 2015, allargando la fruibilità della misura anche alle categorie di lavoratori che percepiscono redditi medio-alti (quadri, dirigenti). Al contempo è prevista la riduzione del limite massimo di importo assoggettabile a

servirebbero invece, al fine di una più incisiva ed effettiva riduzione degli oneri sui redditi da lavoro, ben più profonde riforme strutturali sulle aliquote Irpef, unitamente ad un riordino delle agevolazioni fiscali atte all'abbattimento della base imponibile tassabile⁷⁰. Tuttavia tali misure, ad oggi, rimangono per lo più confinate a mere ipotesi teoriche, senza che si scorga la reale possibilità di una loro implementazione. Invero i tecnici del Governo, a tal riguardo, non possono esimersi, *inter alia*, dal fare i conti con gli stringenti limiti del vincolo di bilancio pubblico, della scarsità di risorse in un contesto economico non florido, oltre alle pressioni competitive "esterne" degli altri Stati Ue, già ampiamente descritte.

4. Conclusioni e prospettazione di possibili esiti e soluzioni

Da quanto sin d'ora esposto emerge quindi una chiara contrapposizione tra la c.d. competizione europea fiscale tra Stati membri, da una parte, e taluni principi archetipici del modello sociale europeo, dall'altra, con particolare riguardo alla giustizia distributiva e alla tutela del lavoro. Tale iato sembra invero porsi come un'inevitabile conseguenza dei caratteri strutturali dell'integrazione europea, quale percorso – di matrice ordoliberal – tutto incentrato sul presidio del meccanismo concorrenziale e sul conseguente sacrificio di quello democratico, naturale amplificatore di istanze emancipatorie incompatibili con quelle ordinarie presidianti l'ordine proprietario⁷¹.

In tal senso, lo stato democratico sociale del compromesso tra capitale e lavoro appariva una forma superata dai tempi, proprio perché inadatto di fronte alle nuove sfide dell'economia globale⁷². L'Unione europea, invero, è stata verosimilmente concepita come una costruzione di matrice economica, basata sulle libertà di circolazione e sulla competitività dei diversi membri, tale per cui tutti questi si potessero porre nel mercato globale in posizione (almeno idealmente) eguale. Anche alla luce di questo, le istituzioni europee hanno quindi perseguito la costante ricerca di armonizzazione delle diversità insite nelle varie legislazioni nazionali⁷³ cui, almeno formalmente, è riservata una competenza propria negli ambiti di politica economica, sociale e fiscale.

tassazione agevolata del 10% (2.000 euro lordi). Tale riduzione è più mite se le politiche aziendali adottate dal datore di lavoro prevedono il coinvolgimento dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro. L'agevolazione viene estesa, con lo stesso limite e la medesima aliquota agevolata, anche agli utili distribuiti dalle aziende ai dipendenti. L'aliquota agevolata è fissata al 10% in sostituzione dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali e comunali. Si prevede, inoltre, la possibilità di sostituire in tutto o in parte le somme erogate con servizi resi dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti in relazione a servizi di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto: in questo caso si applica la totale detassazione e decontribuzione. Si tratta di tutte le prestazioni di welfare aziendale previste dai contratti collettivi aziendali o territoriali.

⁷⁰ Vedasi, sul punto, M. Baldini, S. Giannini, A. Santoro, *Irpef, una riforma da fare*, in *Lavoce.info*, 2017; F. Daveri, *Giù le tasse sul lavoro: a che punto è il cantiere*, in *Lavoce.info*, 2017

⁷¹ In questo senso argomenta, *ex multis*, A. Somma, *La dittatura dello spread*, 2014, 256.

⁷² Vedasi, a tal riguardo, O. Chessa, *La Costituzione della moneta*, Napoli, 2016, 425.

⁷³ Quanto alla libera circolazione delle merci, emblematico è il principio del mutuo riconoscimento, pensato per ovviare al fatto che un prodotto conforme ai requisiti dello Stato di produzione potesse non essere invece in linea con la legislazione di un Paese in cui si intendeva importarlo. Principio fondamentale del diritto dell'Unione, scaturito dalla celebre sentenza CGUE *Cassis de Dijon*, esso implica l'accettazione, da parte di ogni Stato dell'Unione, dei

Manifestazione emblematica di questa concorrenzialità *inter pares* è il principio di indipendenza della BCE (cui è appunto affidato il compito di preservare la stabilità monetaria), finalizzata appunto ad assicurare la sottrazione della comune politica monetaria a qualsiasi forma di sovranità delle autorità nazionali⁷⁴. Inoltre, ulteriore manifestazione della volontà di porre tutti gli operatori privati economici europei sullo stesso piano è consistita nel progressivo arretramento – favorito dalla giurisprudenza della CGUE, a partire dagli anni 80 – dell'intervento pubblico statale sull'economia⁷⁵, con l'obiettivo di evitare che tale interventismo potesse alterare le “normali” dinamiche del mercato; da tale orientamento dei Giudici europei è quindi conseguentemente derivata una ventata di liberalizzazioni e privatizzazioni dei sistemi economici in tutti gli Stati membri⁷⁶.

Idea di base di questa costruzione è quindi che le dinamiche del mercato, come pensate già ai tempi dal filosofo inglese Adam Smith⁷⁷, avrebbero favorito la convergenza delle economie dei vari Stati membri e che lo sviluppo che ne sarebbe derivato – e che avrebbe dovuto riguardare tutti i membri dell'Unione – avrebbe altresì portato ad una successiva e più intensa unione politica. In sintesi, una sorta di *integration through market*. Proprio per queste ragioni, ed in particolare per la grande fiducia riposta nella capacità auto regolativa del mercato, le istituzioni dell'Unione non si sono più di tanto preoccupate – almeno fino alle soglie recenti

prodotti legalmente o fabbricati negli altri membri, anche se secondo prescrizioni diverse da quelle nazionali, purché i prodotti in questione rispondano in maniera adeguata alle esigenze normative dello Stato importatore. Un esempio invece di intervento normativo prestato al tentativo di armonizzare le diverse legislazioni in materia di servizi è la nota Direttiva Bolkestein, 2006/123/CE. Sul tema del ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri vedasi: F. Munari, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti* in *Dir un. eur.*, 2013, 725 secondo cui «I principi dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'Unione europea, come applicati dalla Corte di Giustizia, hanno avuto implicazioni ancora più interessanti sotto il profilo del ravvicinamento delle disposizioni nazionali quando si è trattato di renderli operativi non già alle norme del diritto primario dell'Unione, bensì alle disposizioni di diritto derivato, ivi comprese quelle già adottate in funzione di armonizzare i diritti nazionali: infatti, mediante le teorie dell'effetto diretto verticale delle direttive, dell'interpretazione conforme, e dell'effetto utile, la Corte di Giustizia impone agli Stati membri, e ai giudici nazionali in particolare, rispettivamente (a) di precludere l'operatività di norme nazionali difformi dagli standard armonizzati europei, (b) di leggere le proprie norme nazionali conformemente a quelle di diritto derivato, e (c) di estendere la portata delle norme di armonizzazione a fattispecie non espressamente da esse contemplate».

⁷⁴ Per una più ampia trattazione sul principio della *central bank independence* (CBI) vedasi: O. Chessa, *La Costituzione della moneta*, op. cit. 265 ss.

⁷⁵ Per quanto concerne un più recente inquadramento della tematica dell'intervento dello Stato sull'economia vedasi, in chiave comparata, G. Cerrina Feroni, G. F. Ferrari, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato: modelli comparati e prospettive: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Firenze, 18 novembre 2011*, 2012, *passim*. Sul tema, vedasi anche: E. M. Lanza, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione Italiana*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2016, 89 ss., secondo cui l'ordinamento italiano avrebbe superato l'originario approccio interventista all'economia attraverso la penetrazione della cultura giuridica europea in materia economica.

⁷⁶ Per una disamina dell'evolversi dei rapporti tra pubblico e privato nel panorama europeo vedasi G. Napolitano, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in G. Napolitano, *Uscire dalla crisi*, 2012, 471 ss.

⁷⁷ Si veda, a tale riguardo, per maggiori approfondimenti sul pensiero del filosofo inglese: T. Raffaelli, *La Ricchezza delle nazioni di Adam Smith: introduzione alla lettura*, 2001.

crisi – di sviluppare efficacemente forme più intense di solidarietà tra Stati, nonché una più stretta armonizzazione delle politiche economico fiscali di questi⁷⁸.

Tuttavia, da uno sguardo sull'attuale panorama europeo, tale progetto non sembra affatto potersi dire realizzato, basti solo pensare ai sempre maggiori squilibri nelle bilance commerciali degli Stati membri⁷⁹, tali per cui alcuni di questi realizzano surplus sempre maggiori (e a volte eccessivi, come nel caso della Germania) mentre altri, all'opposto, vedono continuamente accrescere il proprio deficit. L'auspicata convergenza economica è quindi divenuta, al contrario, progressiva divergenza, la crisi economico-finanziaria ha fatto emergere gli originari squilibri della costruzione europea – con particolare riguardo a quello che ne avrebbe dovuto rappresentare l'esito più compiuto, ovvero l'euro⁸⁰ – e, al pari, è aumentato l'(euro)scetticismo verso le relative istituzioni.

Venendo quindi alle conclusioni, resta il problema cruciale di come evitare che la concorrenza fiscale europea continui a favorire la prassi legislativa degli Stati membri atta a traslare, contrariamente a quanto imporrebbero le tradizioni

⁷⁸ Al riguardo, G. Majone, *Rethinking the Euro post crisis: has the integration gone too far?*, 2014, *passim*, sostiene che «gli ideatori dell'attuale assetto dell'Unione Europea ed, in particolare, dell'UEM hanno verosimilmente creduto che la condivisione di un unico mercato e di una moneta comune tra diversi Stati membri potesse favorire la convergenza delle relative economie verso livelli comuni di sviluppo, oltre che un maggior benessere comune – grazie, in particolare, alla valorizzazione della competizione interstatale sotto le medesime regole – nell'ulteriore convinzione che tale descritta integrazione economica divenisse veicolo per un futuro e più intenso processo integrativo politico e sociale. Tuttavia tale processo integrativo sarebbe stato perseguito senza che gli Stati membri ne avessero precedentemente affrontato i nodi problematici alla base, in particolare la mancanza di una vera “controparte” politica europea, il deficit di democraticità in seno all'Unione, i possibili squilibri macroeconomici che si sarebbero potuti (così come poi effettivamente accaduto) creare a fronte dell'accentramento della politica monetaria in capo alla BCE e del contestuale decentramento in capo agli Stati membri di quelle economiche e fiscali».

⁷⁹ Per una più completa disamina sul tema degli squilibri macroeconomici europei e delle sue origini si rimanda, tra la vasta letteratura sul tema, a: L. Fantacci, A. Papetti, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in *www.costituzionalismo.it*, 2013. Si noti quindi che la Commissione Europea ha messo a punto una procedura detta MIP (macroeconomic imbalance procedure), la cui base legale è data da due regolamenti del *Six-pack* (1176/2011; 1174/2011). In sintesi, quanto al c.d. braccio preventivo, la Commissione Europea ha messo a punto 11 parametri per valutare se ci sono degli squilibri macroeconomici tra i 28 Paesi dell'UE, sia dal punto di vista dell'equilibrio interno che estero. Invero, la Commissione ogni anno, in fase di avvio del semestre europeo, pubblica un *Alert Mechanism* Europeo sulla base di una sorta di tabellone segnapunti (*scoreboard*). Quanto al debito estero, uno degli indicatori della MIP, 15 Paesi su 28 dell'Unione e 10 su 18 dell'Eurozona hanno dati davvero negativi (dati al 2015): Irlanda (-105%), Grecia (-119%), Spagna (-98%), Portogallo (-120%), Cipro (-85%); diversamente, la Germania, invece, ha un surplus commerciale costantemente in crescita che, nel 2017, ha raggiunto il record di 253 miliardi. Vedi al riguardo: V. Lops, *Europa, ecco la mappa dello squilibrio economico Paese per Paese*, in *www.ilsole24ore.com*, 2014.

⁸⁰ Si veda, su tale tema: A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia secondo il mercato*, 2016. Secondo tale Autore «né la moneta unica, né la Carta dei diritti fondamentali per tutti i cittadini europei hanno avuto gli effetti inducenti sperati: omogeneità sociale ed economica appaiono quanto mai lontane nell'UE; l'Unione politica sembra un miraggio. Deflagrate con la crisi, le rigidità e le incongruenze dell'euro hanno innescato il peggio che l'Europa potesse augurarsi: anziché un conflitto sociale (politicamente gestibile) tra chi nella crisi prospera e chi dalla crisi è schiacciato, un pericoloso conflitto tra nazioni dai toni quasi etnici». In linea con tali riflessioni anche A. Bagnai, *Il tramonto dell'euro. Come e perché la fine della moneta unica salverebbe democrazia e benessere in Europa*, 2012. Da ultimo, G. Majone, *Rethinking the Union after crisis: has the integration gone too far*, op.cit., *passim* sostiene, in sintesi, che l'unione monetaria europea, pur essendo stata una buona idea dal punto di vista teorico, rimane di difficile (ove non impossibile) completa e razionale realizzazione.

costituzionali comuni (vedi *supra*), gli oneri fiscali dai fattori più mobili a quelli più statici. Pare ovvio che la soluzione non si possa che ricercare sul piano sovranazionale. In sintesi estrema si tratterebbe di far sì che gli Stati membri aderenti al processo di integrazione, nel rispettare le regole di concorrenza imposte a livello europeo, non siano eccessivamente esposti alle logiche competitive quanto alle loro scelte legislative in materia tributaria. Ai fini del raggiungimento di tale obiettivo, l'armonizzazione fiscale (o quantomeno il coordinamento delle politiche fiscali) parrebbe dunque rappresentare un percorso pressoché obbligato, specialmente per i Paesi dell'area Euro⁸¹, in grado di promuovere altresì anche una maggiore equità internazionale⁸².

Tuttavia, per quanto attiene all'armonizzazione, il quadro attuale non sembra affatto confortante. Invero le varie iniziative della Commissione atte alla creazione di regimi fiscali armonizzati in materia di imposte dirette sono naufragate a causa dello scoglio, difficilmente superabile, della regola del consenso unanime⁸³.

In una seconda fase, il cui punto di svolta si colloca nel 2001⁸⁴, sulla base del principio di sussidiarietà (il quale prevede che l'intervento della Commissione europea si compia solo nel caso in cui vi siano effettive distorsioni) la Commissione ha abbandonato l'idea dell'armonizzazione, al fine di spostare la politica fiscale europea verso il diverso concetto di "coordinamento"⁸⁵. Più nel dettaglio, è stato

⁸¹ In questo senso argomenta: P. Costagliola, *L'importanza dell'armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, in *www.rivista.ssef.it*, 2002. Orientato alle medesime conclusioni sembra anche F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale tra decentramento e globalizzazione* in *Riv. dir. trib.*, 2004, 1069 ss., secondo cui: «Il coordinamento delle legislazioni fiscali, in altri termini, dovrebbe essere assunto quale valore costituzionale comunitario, necessario per svolgere politiche economiche e sociali comuni, per evitare l'asfissia finanziaria degli stati nazionali (il cd. effetto *steering the beast*) indotta dalla globalizzazione e, perciò, dalla volatilità delle basi imponibili e dalla concorrenza fiscale dannosa e, in ultima analisi, per consentire il reperimento di risorse che garantiscano ai paesi associati accettabili livelli comuni di *welfare*». Secondo alcuni autori si potrebbe altresì discutere, alla luce della "fuga" dei fattori mobili dai singoli ordinamenti nazionali, su quello che appare un inevitabile dilemma iniziale: armonizzare o competere? Per un maggiore approfondimento sulle argomentazioni in favore di una o dell'altra possibile soluzione vedasi, tra tutti: S. Cipollina, *Armonizzazione vs competizione fiscale: il trade off Europa/Italia* in *Riv. dir. fn.*, 2004, 93 ss.

⁸² Sull'equità fiscale in ambito internazionale vedasi: P.B. Musgrave, *Interjurisdictional Equity in Company Taxation: Principles and Applications to the European Union*, in S. Cnossen, *Taxing Capital Income in the European Union: Issues and Options for Reform*, Oxford, 2000, 46 ss.; R.A. Musgrave, P.B. Musgrave, *International Equity*, in R.M. Bird, J.G. Head, *Modern Fiscal Issues: Essays in Honor of Carl S. Shoup*, 1972, 63 ss.

⁸³ La Commissione, per esempio, ancora nel 1975 fece una proposta COM (1975) 392 del 23.07.1975 di armonizzazione dell'imposta sui redditi d'impresa (individuando un'aliquota minima compresa tra il 45% e il 55%) e delle ritenute sui dividendi che poi fu ritirata. Nel 1992, il cd. *Ruding Report* avanzò una serie di proposte (tra cui un'aliquota minima del 30% e una massima del 40%) che non furono però mai approvate dal Consiglio dell'Unione europea e dalla Commissione. A difesa dell'armonizzazione fiscale a livello europeo si veda: O. Ruding, *The David R. Tillinghast Lecture Tax Harmonization in Europe: The Pros and Cons*, in *Tax Law Review*, 2000, 101 ss. Peraltro, il recente accordo trovato tra i membri dell'ECOFIN sul contenuto della Direttiva *Anti-Tax Avoidance* (ATAD) (2016/1164/UE) è stato ritenuto come una "*pietra miliare*", evidenziando che potrebbe essere il primo vero passo per una spinta verso un nuovo corso dell'armonizzazione in Europa. Si veda, al riguardo, M.F. Nouwen, *The European Code of Conduct Group Becomes Increasingly Important in The Fight against Tax Avoidance: More Openness and Transparency is necessary*, in *Intertax*, 2017, 138.

⁸⁴ Vedasi il documento COM (2001) 582 della Commissione Europea.

⁸⁵ Si veda, al riguardo, C. Garbarino, *Harmonization and Coordination of Corporate Taxes in the European Union*, in *EC Tax Review*, 2016, 277 ss. Nell'identificare un passaggio dall'armonizzazione al coordinamento si rimanda anche a: W. Bratton, J.A. Mcmahery, *Tax*

quindi sottolineato come il concetto di coordinamento si riferisca ad un ambiente in cui operano diversi agenti (identificati, in questo caso, con gli Stati membri) i quali interagiscono ripetutamente, operando in assenza di un'autorità centrale⁸⁶. Invero, secondo tale impostazione, il coordinamento a livello europeo in materia di imposizione diretta viene a consistere in un insieme di politiche, proposte e raccomandazioni che, solo in un secondo momento, possono poi confluire, cristallizzandosi, in disposizioni legislative (europee o nazionali) di natura vincolante⁸⁷.

Recentemente, alcuni autori si sono addirittura spinti ad argomentare circa l'esigenza di instaurare un'unione fiscale europea quale effettiva cooperazione tra autorità centrale monetaria e fiscale – dunque politica – così realizzando un progetto che, pur trovandosi da sempre all'ordine del giorno nell'agenda europea, è stato costantemente rimandato, anche a causa della gestione particolarista e frammentata della materia, in particolare tra i 17 Stati membri che adottano l'euro come valuta⁸⁸. Tale unione sarebbe quindi motivata dal fatto di creare un meccanismo permanente di trasferimento di risorse dai Paesi che crescono a quelli che, per ragioni strutturali e politiche, non sono in grado di crescere, proprio per i suesposti caratteri strutturali dell'UEM. Tale *governance europea* si baserebbe quindi sull'idea che non ci potrebbe essere *a representation without (a power of) taxation*⁸⁹.

Coordination and Tax Competition in The European Union: Evaluating the Code of Conduct on Business Taxation, in *Common Market Law Review*, 2001, 677 ss.

⁸⁶ C. Garbarino, *op. cit.*, 280.

⁸⁷ È proprio in questo contesto, che si inserisce il tentativo, rinnovato, da ultimo nel 2016, di adottare la cosiddetta *Common Corporate Consolidated Tax Base o CCCTB*, una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società. Essa consiste, in *primis*, nella determinazione di un reddito imponibile su base consolidata (grazie all'applicazione di regole comuni per tutti gli Stati membri) ed, in *secundis*, nella successiva allocazione di tale reddito, attraverso specifici criteri di ripartizione tra questi, i quali applicheranno quindi le aliquote previste dai relativi ordinamenti. Tale proposta garantirebbe invero la neutralizzazione delle differenze fiscali tra Stati membri: invero i diversi regimi domestici in materia non assurgerebbero più a criterio di scelta, da parte delle imprese, quanto all'allocazione delle loro risorse. La proposta della Commissione del 2016, a differenza di quella precedente del 2011, si renderebbe obbligatoria per i gruppi multinazionali con fatturato superiore a 750 milioni di euro. Inoltre si attuerebbe gradualmente in due *step*. Con il primo *step* gli Stati dovrebbero individuare le regole comuni di determinazione della base imponibile (fase della CCTB) per poi definire solo in un secondo momento le regole e i criteri di consolidamento della stessa (fase della CCCTB). Con un simile approccio la Commissione intende rendere più graduale l'approvazione della Direttiva ed evitare che, come avvenuto con la proposta del 2011, si possa determinare, per il mancato accordo tra Stati membri, una battuta d'arresto nell'implementazione della stessa. Il punto critico è invero rappresentato dal fatto che si rende necessario, ai fini di una sua approvazione, un accordo all'unanimità di tutti gli Stati membri. Un'alternativa che è stata proposta sarebbe quella di adottare la cosiddetta *enhanced cooperation* che consente di adottare una proposta della Commissione da parte di un gruppo più ristretto di Paesi membri (minimo nove) senza dover rinunciare all'accordo per il solo veto di uno dei 28 Paesi europei. Ovviamente, nel caso si giungesse ad un accordo, esso sarebbe vincolante per i soli Paesi membri aderenti all'*enhanced cooperation*.

⁸⁸ Vedasi, in questo senso, E. Mainardi, *Unione Europea: come la crisi può portare all'unione fiscale, il two pack*, in *www.federalismi.it*, 2013. Anche G. Napolitano, *Osservatorio: la risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione Economica e monetaria, verso l'Unione Bancaria*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, 747 ss. parla, a tale riguardo, dell'esigenza di un salto di qualità verso un'unione fiscale.

⁸⁹ Sul rapporto tra il potere di imporre tributi propri e la democrazia vedasi, in ottica comparata: M. Herb, *No representation without taxation*, in *Comparative Politics*, 2005, 297 ss. Secondo tale Autore, che prende in considerazione anche la situazione politica medio orientale, «Studies of rentier states argue that democracy is unlikely or even impossible without taxation,

Detto altrimenti, non si potrebbe avere centralizzazione delle politiche monetarie e sociali senza avere, al contempo, disponibilità di entrate proprie che si accompagnano al sistema tributario dei singoli Stati. Pertanto, in tal senso, l'attuale struttura dell'Unione – basata sull'accentramento della sola politica monetaria e sul contemporaneo decentramento di quelle fiscali – non sarebbe affatto sostenibile. Invero, solo la presenza di un fisco europeo potrebbe garantire all'Unione di prendere il posto dello Stato sociale come produttore di sicurezza per tutti i cittadini⁹⁰.

In quest'ottica, il dibattito sull'Unione fiscale sembra quindi “sovrapporsi” a quella concernente la costruzione di un bilancio europeo, che sia dotato di maggiori disponibilità rispetto a quello attuale. Infatti, ove vi fosse un bilancio centralizzato in sede europea, si renderebbe possibile una vera politica fiscale, almeno con riguardo ai Paesi che condividono la stessa moneta. Questo renderebbe altresì possibile una distribuzione automatica del reddito dalle nazioni in surplus a quelle in deficit – funzione oggi assolta, negli ordinamenti statali dai fondi perequativi – ed, infine, potrebbe mitigare eventuali shock asimmetrici che dovessero colpire (di nuovo) uno o più Paesi dell'unione monetaria⁹¹. In sintesi estrema, un comune bilancio europeo permetterebbe di attuare, a livello sovranazionale, quei principi di giustizia distributiva che, ad oggi, sembrano invece essere attuabili – in potenza – solo sul piano domestico, proprio alla luce dei vincoli solidaristici e sociali contenuti nelle rispettive Carte costituzionali degli Stati membri⁹². Resta tuttavia un non trascurabile problema, ovvero la realizzabilità di un siffatto bilancio comune,

which had a crucial role in the emergence of representation and democracy in European history». Così anche A. Padoa Schioppa, *Improving effectiveness of the Institution*, in *Institutional Reforms in the European Union, Memorandum for the Convention*, Rome, 2002, 105 ss.

⁹⁰ F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell'Unione Europea*, 2015, 31.

⁹¹ In tal senso argomenta O. Chessa, *La Costituzione della Moneta*, op. cit., 389. Secondo autorevole dottrina Sarebbero stati «l'assenza della solidarietà di bilancio (formalmente vietata dall'art. 125 del TFUE) e di adeguati meccanismi istituzionali di correzione degli squilibri macroeconomici esistenti fra gli Stati membri, a non dare compiuta realizzazione alla moneta unica», in tal senso anche: L. Mellace, *La crisi dell'integrazione europea tra vincoli finanziari e crisi dell'Euro*, in www.federalismi.it, 2016. Quanto invece al ruolo del bilancio europeo per rilanciare l'economia europea, secondo A. Majocchi, *Nuove risorse per il finanziamento del bilancio europeo* in *Riv. dir. fin.*, 2015, 467 ss. «è ormai ampiamente riconosciuto che la debolezza della crescita in Europa è generata da una carenza di domanda effettiva, a seguito dei processi di *deleveraging* del debito pubblico e del debito privato messi in atto contemporaneamente da tutti i paesi dell'area euro. In presenza di una domanda interna che resta debole le imprese non investono e i consumi rallentano a seguito della contrazione del reddito disponibile e della caduta di fiducia determinata dalla crisi, e anche l'espansione della quantità di moneta rischia di non dar luogo a una ripresa della produzione se non accompagnata da un aumento della domanda. Inoltre, dati altresì i vincoli che gravano sui bilanci pubblici dei singoli paesi, costretti a rispettare le regole del *fiscal compact*, per promuovere la produzione di beni pubblici e, parallelamente, creare nuova domanda l'unica possibilità consiste nell'attingere risorse dal bilancio europeo. Date tuttavia, ad oggi, le dimensioni piuttosto contenute del bilancio europeo, che non supera l'1% del PIL dell'Unione, si pone naturalmente il problema di reperire nuove risorse per finanziare questa maggiore spesa».

⁹² «Gli Stati di democrazia pluralista europei sono invero fondati su Carte enuncianti un novero di diritti fondamentali della persona e presentano dei caratteri marcatamente sociali. La complessa architettura del costituzionalismo moderno si lega infatti a conquiste di civiltà e di giustizia nella società, avendo gli ordinamenti nazionali europei – pur con modalità ed intensità diverse, legati anche a fattori storico politici – visto la progressiva affermazione dei diritti sociali quali principi cui spetta la tutela ed il miglioramento della vita dei membri delle comunità». S. Gambino, W. Nocito, *Relazione al seminario interdisciplinare Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali*, in www.astrid.it, 2012.

soprattutto a livello politico⁹³: quando mai, invero, gli Stati del Nord Europa accetterebbero di indirizzare le loro risorse in avanzo ai Paesi “spreconi” dell’Europa meridionale (non a caso giornalmisticamente definiti GIPSI)? Tale domanda appare evidentemente retorica. A tal proposito, anche la Commissione europea ha recentemente messo in evidenza⁹⁴ come il cambiamento del bilancio europeo sia strettamente collegato al processo di integrazione dell’Unione ed, in particolare, al livello di aspettative che le istituzioni nazionali ed europee si prefisseranno per la comune costruzione del futuro di questa. Secondo tale prospettiva, quindi, l’entità, la struttura e il contenuto del venturo bilancio dell’UE verranno a corrispondere all’ “ambizione politica” prefissata a livello unionale, la quale, a sua volta, non potrà, infatti, che essere allineata con i relativi mezzi per agire.

In conclusione, sebbene il cammino verso un più compiuto processo di federalizzazione dell’Unione Europea sia oggi, più che mai, evidentemente lungo e tortuoso, oltre che incerto e pieno di problematiche ancora irrisolte, non dobbiamo comunque dimenticare che è stata spesso l’utopia ad aver segnato il passo della storia.

⁹³ Invero, l’Europa appare mai quanto oggi, a livello politico, divisa. Il Referendum britannico sulla c.d. *Brexit*, gli incessanti sbarchi di profughi lungo le coste del Mediterraneo ed il perdurare della crisi economica, ancora nel pieno della sua forza – questi i temi più dibattuti a livello politico – sembrerebbero aver determinato l’ascesa di movimenti populistici e nazionalistici in tutti i Paesi dell’attuale Unione. Pericolose appaiono quindi le derive nazionaliste e populiste che in tanta parte dell’Europa sono presenti. Sembra che andare contro l’Unione Europea sia diventato il primo passo per vincere le elezioni nazionali e che i problemi dei singoli Stati siano tutti addebitabili all’Europa, quasi essa non sia più uno scudo ma una spada. Quanto ai rapporti tra Nord e Sud Europa, l’Europa appare ancora troppo divisa e questi sembrano avere in comune solo crediti e debiti reciproci. Sul punto vedasi, tra gli altri, C. Offe, *L’Europa in Trappola. Riuscirà l’UE a superare la Crisi?*, Bologna, 2014 e W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Roma, 2013.

⁹⁴ Vedasi il *Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell’UE*, Commissione Europea COM (2017), n. 358, 28.06.2017, disponibile in www.ec.europa.eu, 21, 36.

Taricco *versus* Montesquieu. La Consulta si schiera e l'Avvocato generale UE non convince

di Piermaria Corso

Abstract: *Taricco versus Montesquieu . The Italian Constitutional Court Take Side and the Advocate General is not convincing* – The essays provide an overview of the s.c. *Taricco saga* with a peculiar focus on the Conclusions adopted by Advocate General the 18th July 2017. Against this backdrop, the essay points out those aspects of the Advocate General's Opinion linked to principle of criminal legality or penal legality such it has been defined by Cesare Beccaria referred and by Montesquieu. Different scenarios at stake are provided in order to anticipate or at least to provide a wider overview of the forthcoming decision that will be adopted by the Court of Justice of the European Union.

Keywords: Counter-limits; Taricco; Financial interests of the EU; Principles of equivalence and effectiveness; Constitutional identity.

1. Premessa in diritto

L'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹ statuisce che “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla CEDU e dalle costituzioni degli Stati membri”.

Il principio di legalità in materia penale (*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*) fa sicuramente parte del comune *background* giuridico, come dimostrano l'art. 49 della Carta UE², l'art. 7 della Convenzione EDU³, l'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici⁴ e – non ultimo – l'art. 25 comma 2^o Cost.⁵.

¹ Altrimenti detta Carta di Nizza, in quanto ivi proclamata il 7-12-2000 e riproclamata il 12-12-2007. Ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1, c. 1 TUE).

² La norma citata nel testo dispone che «Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima» (par. 1).

³ La Convenzione EDU, sottoscritta a Roma il 4-11-1950, è entrata in vigore in Italia il 26-10-1955 con legge 4-8-1955, n. 848.

L'art. 7 citato dispone che “nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

⁴ Il patto, adottato a New York il 16-12-1966, è entrato in vigore in Italia il 15-12-1978 con legge 25-10-1977, n. 881.

Comune a tutti gli atti sovranazionali è la previsione che essi mirano ad introdurre una garanzia minima, ma non precludono il riconoscimento di diritti fondamentali in misura più ampia⁶.

In altre parole, il patto internazionale o l'atto comunitario non può assurgere a pretesto per la soppressione o limitazione di un diritto riconosciuto nel singolo Stato aderente⁷.

2. Premessa in fatto

Come è noto, a seguito della riforma del 2011, l'art. 117 Cost. dispone (comma 1°) che la potestà legislativa è esercitata tenendo conto dei “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi comunitari”, ma “nel rispetto della Costituzione”.

L'art. 11 Cost., da parte sua, “consente, in condizione di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni”.

Il delicato rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario viene letto – dal versante italiano – nel senso che il diritto interno ben può, in ossequio alla

L'art. 15 citato dispone che “nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, nel momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso.

Se posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne” (comma 1).

⁵ L'art. 25, c. 2, Cost. dispone che “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

Va ricordato che la Costituzione del 1948 si è sovrapposta al codice penale del 1930 (tuttora in vigore, anche se plurimodificato), il cui art. 2, rubricato “successioni di leggi penali”, disponeva (e dispone) che “Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali. Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135. Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile. Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti. Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto legge e nei casi di un decreto legge convertito in legge con emendamenti”.

⁶ L'art. 5 del patto internazionale statuisce che “1. Nessuna disposizione del presente Patto può essere interpretata nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato, gruppo o individuo di intraprendere attività o di compiere atti miranti a sopprimere uno dei diritti o delle libertà riconosciute nel presente patto ovvero a limitarlo in misura maggiore di quanto è previsto nel Patto stesso. 2. Nessuna restrizione o deroga ai diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti o vigenti in qualsiasi Stato parte del presente Patto in virtù di leggi, convenzioni, regolamenti o consuetudini, può essere ammessa con il pretesto che il presente Patto non li riconosce o li riconosce in misure minore”.

Per l'art. 17 della Convenzione EDU, rubricato “divieto di abuso del diritto”, “nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo, di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione”.

⁷ Oltre al già ricordato art. 53 della Carta UE, va segnalato il disposto dell'art. 52, par. 3 della stessa Carta, alla cui stregua, “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.

Costituzione, porre limiti al diritto dell'UE per tutelare i valori fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento giuridico italiano.

La conferma la si trova in “riserve” apposte all'atto stesso di adesione ai patti sovranazionali, in osservazioni di volta in volta presentate dalla Repubblica italiana in cause nelle quali è parte o vi ha un interesse⁸, in una giurisprudenza della Corte costituzionale risalente nel tempo⁹ e semplicemente ribadita in circostanze più recenti e in casi più specifici.

Terreno di incontro/scontro tra la CGUE e la Corte costituzionale è stato il principio di legalità, da un canto, e l'affermato obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa sulla prescrizione dei reati in quanto risulti pregiudizievole per gli interessi finanziari della UE.

Il *casus belli* è rappresentato da una questione pregiudiziale sollevata dalla G.u.p. Tribunale di Cuneo, secondo cui la normativa italiana sulla prescrizione (e, in specie, sull'interruzione dei tempi di prescrizione) dei reati – eccessivamente contratta – poteva rendere praticamente impossibile reprimere taluni gravi reati finanziari (l'imputazione riguardava la costituzione e l'organizzazione di una associazione finalizzata a commettere reati in materia di Iva)¹⁰.

La CGUE, con la sentenza 8 settembre 2015, nella causa C-105/14, Taricco e altri, ha statuito che l'art. 325 TFUE consente di individuare l'obbligo per il giudice nazionale (nella fattispecie, italiano) di disapplicare, nell'ambito di procedimenti in corso, le norme di cui all'art. 160 comma ultimo c.p. (Interruzione del corso della prescrizione) ed all'art. 161 comma secondo c.p. (Effetti della sospensione e della interruzione) nei casi in cui – dalla loro applicazione – possa discendere un grave pregiudizio per gli interessi finanziari della UE¹¹.

⁸ Il riferimento è, ad esempio, alla posizione specificamente assunta dalla Repubblica Italiana nella causa che ha portato alla sentenza della Corte di giustizia UE, C-162/14, 16-6-2015, *Gauweiler e al.*

⁹ L'orientamento espresso dalla Consulta è consolidato nel senso che è da escludere che le “limitazioni di sovranità” consentite dall'art. 11 Cost. possano avere come contenuto “un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o diritti inalienabili della persona umana” (Corte. Cost., sent. 18-27 dicembre 1973 n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, 2401, con nota di P. Barile; 5-8 giugno 1984 n. 170, *ivi*, 1984, 1098; Id., 13-21 aprile 1989 232, *ivi*, 1989, 1001; Id., 8-18 aprile 1991 n. 168, *ivi*, 1991, 1409 e Id., 4-13 luglio 2007 n. 274, *ivi*, 2007, 2780).

Va poi ricordata Corte cost. 22-10-2014 n. 238, *Giur. cost.*, 2014, 3853, che pur non riguardando specificamente i rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento (costituzionale) interno, ha visto ribadire la soluzione data al problema dei “controlimiti” e cioè il configurarsi di un dovere della Consulta di escludere che una regola comunitaria incompatibile possa avere applicazione in Italia.

¹⁰ Trattasi dell'ordinanza 17-1-2014, pubblicata in penalecontemporaneo.it. Oggetto della questione era, in specifico, il disposto dell'art. 160, comma 4, c.p., che con il prevedere “un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto”, in concreto sarebbe la causa di una “sistematica” impunità dei reati in materia di Iva.

La questione pregiudiziale ha fatto proseliti: non appena il legislatore italiano con la riforma del sistema sanzionatorio (d. lgs. 24 settembre 2015, n. 158) ha optato per la rinuncia alla sanzione penale anche con riguardo a plurime fattispecie di illecito tributario, favorendo la eliminazione dell'omesso versamento più che la sanzione del colpevole, questa scelta (non priva di una componente di razionalità) riguardante, in specifico, l'innalzamento a euro 250.000 della soglia di rilevanza penale dell'omesso versamento iva (art. 10 ter, d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74, come modificato con d. lgs. n. 158/2015) ha immediatamente attirato l'attenzione del GIP Trib. Varese che, con ordinanza 30 ottobre 2015, ha sollevato una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, ritenendo conflittuale con la normativa europea l'innalzamento della soglia di rilevanza penale di tale illecito tributario e la rinuncia alla sanzione penale per somme non superiore agli euro 250.000, nonché la previsione della causa di non punibilità di cui all'art. 13, d. lgs. n. 74/2000.

¹¹ La dottrina, a margine di questa pronuncia, è sterminata: inter alios cfr. F. Viganò, *Disapplicare*

È apparso immediatamente chiaro che la pretesa della CGUE che il giudice italiano disapplicasse “ove necessario” le disposizioni penali in tema di prescrizione (artt. 157 ss. c.p.) in adesione agli obblighi imposti agli Stati membri dall’art. 325, par. 1 e 2, TFUE, metteva in discussione – nel rapporto tra ordinamento interno e normativa comunitaria – il principio di legalità (rafforzato in materia penale), l’equilibrio tra potere legislativo e ordine giudiziario e, quindi, l’assetto stesso dell’ordinamento costituzionale.

Ci si è posto, sostanzialmente, il quesito se le “limitazioni di sovranità” consentite dall’art. 11 Cost. potessero ricomprendere la rinuncia ad uno o più dei diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce (art. 2 Cost.) e che non sono, in quanto tali, materia disponibile nemmeno da parte di chi detiene ed esercita la sovranità.

Qualche giudice ha prontamente utilizzato la copertura giuridica apparentemente offerta dalla sentenza *Taricco*¹²; altri, più responsabilmente, hanno ritenuto di prospettare una questione di costituzionalità¹³.

Di qui l’ordinanza 26 gennaio 2017 n. 24 con la quale la Corte costituzionale ha chiesto alla CGUE di chiarire il *dictum* della sentenza *Taricco* con una sorta di interpretazione “autentica” che esonerasse la Consulta da una declaratoria di incostituzionalità altrimenti inevitabile, essendo suo compito specifico esercitare la

le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?, in *penalecontemporaneo.it*, 14-9-2015; G. Civello, *La sentenza Taricco della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, 9; A. Camon, *La torsione di un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 2; O. Mazza, *La prescrizione del reato tra legalità e diritto giurisprudenziale*, *ivi*, 8 e A. Bargi, *Il singolare funambolismo interpretativo dei rapporti tra diritto UE, diritto nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza “Taricco” della Corte di giustizia dell’Unione Europea*, *ivi*, 327.

¹² Il riferimento è a Cass., sez. III, n. 2210/2016, commentata da F. Viganò, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi iva*, in *penalecontemporaneo.it*, 21-1-2016

¹³ La Corte d’Appello di Milano, sez. II penale, con ord. 18-9-2015, *De Bortoli e altri*, ha sollevato questione di illegittimità costituzionale dell’art. 2 legge 2-8-2008, n. 130 (con cui è stata ordinata l’esecuzione del TFUE, come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007), nella parte in cui impone di applicare la disposizione di cui all’art. 325 §§ 1 e 2, TFUE, dalla quale nell’interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia discende l’obbligo per il giudice penale di disapplicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma c.p., in presenza delle circostanze indicate dalla sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l’imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione. In ragione del contrasto di tale norma con l’art. 25, comma 2, Cost. il giudice a quo ha indicato la presenza di “controlimiti” ostativi alla adesione alla sentenza *Taricco*.

Per incidens, il legislatore italiano è già intervenuto in materia e in autonomia.

Con particolare riferimento ai reati tributari (quelli che maggiormente danneggiano gli interessi finanziari UE), con d. lgs. 13-8-2011 n. 138 convertito con legge 14-9-2011 n. 148 è stato modificato l’art. 17 d. lgs. 10-3-2000 n. 74, con ciò portando ad elevare di un terzo i termini di prescrizione previsti dal codice penale per i delitti di cui agli artt. “da 2 a 10” della citata normativa penaltributaria.

Nella sua ricostruzione della normativa italiana sulla prescrizione (punti 25-30 delle conclusioni) l’Avvocato generale non menziona la riforma né si esprime sulla sua sufficienza o meno.

Gli artt. 160 e 161 c.p. sono stati, da ultimo, specificamente modificati con legge 23 giugno 2017 n. 103 (c.d. riforma Orlando), ma detta riforma ha sterilizzato il decorso del tempo (art. 159 c.p., relativo alla sospensione del corso della prescrizione) valorizzando – tra l’altro – le “rogatorie all’stero, dalla data del provvedimento che dispone una rogatoria sino al giorno in cui l’autorità richiedente riceve la documentazione richiesta o comunque decorsi sei mesi dal provvedimento che dispone la rogatoria” (art. 19 comma 1 n. 3 ter c.p.).

Tutte le modifiche alla disciplina della prescrizione valgono anche per i reati finanziari/tributari e fanno nella direzione di riservare alla magistratura più tempo per indagare e per decidere.

garanzia del sindacato giurisdizionale per assicurare la compatibilità del Trattato con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o i diritti inviolabili della persona umana (Corte cost. n. 183/1973)¹⁴.

Il procedimento avanti la Corte di giustizia UE è in corso, l'Avvocato generale UE ha depositato le sue conclusioni il 18 luglio 2017 e si è in attesa della nuova pronuncia della Corte.

Nel frattempo qualche giudice di merito ha anticipato la prossima sentenza della Corte UE ed interpretato l'ordinanza n. 24/2017 della Consulta, così da ergersi a “disapplicatore” della normativa interna sulla prescrizione¹⁵: il che conferma la delicatezza della questione *sub iudice* e la necessità di uscire al più presto da una situazione di incertezza che dà spazio alla discrezionalità e all'arbitrio.

3. Le *pouvoir arrête le pouvoir* (o no?)

Le conclusioni dell'Avvocato generale UE – depositate il 18 luglio 2017 – lasciavano presagire una accentuata attenzione (e comprensione) per “il principio di legalità dei reati e delle pene, altresì denominato principio di legalità penale”, anche perché “esso costituisce uno dei principi essenziali del diritto penale moderno” (punto 74 delle conclusioni).

Addirittura è rinvenibile la dotta citazione che “tale principio fu elaborato in particolare dal penalista italiano Cesare Beccaria, che faceva riferimento, nel suo celebre trattato *dei delitti e delle pene*, ai lavori di Montesquieu”.

Senonché la citazione si esaurisce in se stessa, perché – a dire dell'Avvocato generale – la legislazione italiana ha deformato il pensiero di Beccaria aggiungendo che “il regime di prescrizione (dei reati) rientra in detto principio (di legalità) e che il reo dispone quindi di un diritto acquisito a che tutti i procedimenti penali si svolgano secondo il regime della prescrizione vigente alla data di commissione del reato” (punto 76).

L'unico rimedio che l'Avvocato generale riesce a proporre è quello di tener ferma la sentenza CGUE *Taricco*, e cioè di delineare un obbligo per il giudice nazionale di “disapplicare” la normativa interna sulla prescrizione dei reati.

¹⁴ L'ordinanza de qua è stata oggetto di plurimi commenti.

Ex plurimis si vedano P. Corso, *Dio salvi la Corte costituzionale*, in *Ipsa quotidiano*, C. Amalfitano, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29-1-2017; C. Cupelli, *La corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e riserva la questione alla Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 30-1-2017; M. Caianello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *penalecontemporaneo.it*, 24-2-2017; R.E. Kostoris, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei “controlimiti” e scontro tra paradigmi*, in *penalecontemporaneo.it*, 23-3-2017; P. Corso, *La normativa sulla prescrizione dei reati tributari non può essere disapplicata dal giudice nazionale*, in *GT*, 3/2017, 203; F. Viganò, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 27-3-2017; D. Pulitanò, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in *penalecontemporaneo.it*, 19-4-2017; A. Martufi, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 17-3-2017; M. Luciani, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017; A. Bernardi, C. Cupelli, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017; A. Anzon, *La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”, ma rovescia sulla Corte europea di giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Osservatorio AIC*, 2/2017.

¹⁵ Il riferimento è alla sentenza del Tribunale di Milano, sez. III, 28-4/17-7-2017 n. 4320, *Colella e al.*, inedita, che ha disapplicato la prescrizione già maturata, condannando imputati altrimenti destinatari di sentenza di proscioglimento per estinzione del reato (art. 531 c.p.p.).

Pare sfuggire – a tanta riflessione – che in tal modo non solo viene accantonato il pensiero di Cesare Beccaria, ma viene demolito il principio cardine del pensiero di Charles Louis de Secondat, barone di Montesquieu, che aveva elevato la separazione dei poteri a connotato irrinunciabile di un moderno ordinamento giuridico.

Le *pouvoir arrête le pouvoir* può tranquillamente essere superato, consentendo “ove necessario” al giudice italiano di sottrarsi alla legge italiana, espressa dagli artt. 25 comma 2° e 101 comma 2° Cost.

L’Avvocato generale UE non accetta l’idea che ogni possibile autore di reato debba essere reso edotto - prima del *tempus delicti commissi* - che il fatto costituisce reato, che alla commissione sono ricollegate determinate pene, che lo Stato rinuncerà alla pretesa punitiva decorso un tempo predeterminato (salvo il caso di reato imprescrittibile), ma che impegna la struttura giudiziaria perché ciò non avvenga¹⁶.

In questa prospettiva l’Avvocato generale si spinge a tre affermazioni quantomeno discutibili.

La prima è che la tutela degli interessi finanziari della UE (rappresentati da una quota dell’Iva riscossa) non solo è un valore essenziale, ma è il valore di riferimento con il quale tutti gli altri valori devono essere armonizzati (risultando subvalenti).

Che l’Europa delle regole sia sostituita dall’Europa dei principi è anche accettabile, ma non quando l’Europa sociale viene dichiarata subvalente rispetto all’Europa economica.

Nemmeno il legislatore fascista – nel suo piccolo – si era spinto a sopprimere totalmente i diritti dell’imputato per ragioni fiscali, pur avendo molto a cuore gli introiti dell’erario¹⁷.

La seconda affermazione – alquanto presuntuosa – è che alla tutela degli interessi finanziari UE possono essere sacrificati principi come quello di legalità (ridimensionabile senza problemi, così da sottrarre ad esso la normativa sulla prescrizione dei reati perché “nella Costituzione italiana i principi qualificati come “fondamentali” sono elencati agli articoli da 1 a 12 della stessa, e il principio di

¹⁶ I termini del problema sono ben riportati nei punti 40-41 delle conclusioni: “conformemente a tale principio, il reato, la pena inflitta e il termine di prescrizione devono essere quindi definiti in termini chiari, precisi e stringenti in una legge vigente al momento in cui l’atto viene commesso. Secondo il giudice del rinvio, il rispetto di tale principio deve quindi consentire a chiunque di conoscere le conseguenze della propria condotta sul piano penale e di impedire qualsiasi arbitrio nell’applicazione della legge. 41. Orbene, nell’ambito del procedimento principale, la Corte costituzionale sostiene che gli interessati non potevano ragionevolmente prevedere, alla luce del quadro normativo in vigore all’epoca dei fatti, che il diritto dell’Unione, e in particolare l’articolo 325 TFUE, avrebbe imposto al giudice nazionale di disapplicare l’articolo 160, ultimo comma, e l’articolo 161, secondo comma del codice penale, prolungando così i termini di prescrizione applicabili. Pertanto, l’obbligo stabilito dalla corte di giustizia nella sentenza Taricco e a. sarebbe contrario ai requisiti di cui all’articolo 7 della CEDU”.

¹⁷ Il testo originario dell’art. 186 c.p.p. 1930 era il seguente: “Quando la legge assoggetta alla tassa di bollo un determinato atto, la mancanza o l’insufficienza del bollo ne rende inammissibile o ne impedisce il compimento; ma, se ciò nonostante l’atto è stato ammesso o compiuto, tale mancanza o insufficienza non produce nullità rispetto al procedimento penale e all’azione civile in questa proposta”.

Con legge n. 517/1955 ogni eccezione è stata rimosa: “Quando la legge assoggetta alla [tassa] di bollo un determinato atto, la mancanza o l’insufficienza del bollo non rende inammissibile né impedisce il compimento dell’atto medesimo, salvo le sanzioni finanziarie previste dalla legge”.

La disciplina attuale conferma la non prevalenza degli interessi erariali.

L’art. 186 c.p.p. 1988 dispone che, “quando la legge assoggetta un atto a una imposta o a una tassa”, l’inosservanza della norma tributaria non rende inammissibile l’atto né impedisce il suo compimento, salve le sanzioni finanziarie previste dalla legge”.

legalità ne è quindi, a priori, escluso” (punto 181).

Il formalismo appare fuori luogo, tenendo conto che vi sono diritti e valori dichiarati “inviolabili” (artt. 13, 14, 15 e 24 Cost.), che vi sono diritti “fondamentali” non menzionati nei primi dodici articoli della Costituzione (es., l’art.32) e che l’art. 2 Cost. dà copertura ai diritti fondamentali definendoli “inviolabili”, a prescindere dalla reiterazione caso per caso di detta qualificazione.

La terza e ultima affermazione, quanto mai forzata, dell’Avvocato generale UE è (punto 143) “mi sembra che gli interessati non potessero ignorare che i fatti ad essi attualmente addebitati potevano fare sorgere la loro responsabilità penale e sfociare, in caso di condanna definitiva, nell’applicazione della pena stabilita dalla legge. Tali atti si configuravano come reati nel momento in cui sono stati commessi, e le pene non saranno più severe di quelle applicabili all’epoca dei fatti. Non credo che, a causa dell’attuazione di tale obbligo da parte del giudice nazionale, gli interessati subiranno un pregiudizio maggiore di quello cui erano esposti all’epoca della commissione del reato”.

Subire una condanna laddove la legge del *tempus delicti commissi* e quella vigente imponevano una sentenza di proscioglimento (art. 531 c.p.p.) non pare esattamente la stessa cosa e che ciò avvenga sulla base di “una discrezionalità che può portare rischi di arbitrio” perché il giudice nazionale eccederebbe “i limiti della sua funzione giurisdizionale” (Corte cost. n. 24/2017 come interpretata nel punto 7 delle conclusioni) non è un profilo marginale.

Non è casuale che la prospettiva di assurgere a legislatore *ad tempus* ha subito affascinato qualche giudice nazionale che – disapplicando una prescrizione già maturata (e confiscando un diritto già acquisito dall’imputato)¹⁸ – ha pronunciato una condanna dichiarandosi convinto che l’imputato *sub iudice* in realtà non ne avesse pregiudizio alcuno e che comunque tale pregiudizio fosse subvalente rispetto alla supremazia del diritto comunitario¹⁹.

4. Prospettive

L’Avvocato generale, di fronte al rilievo della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017), secondo cui “l’obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco* e a. si fonda su criteri imprecisi, contrari al principio della certezza del diritto, in quanto il giudice nazionale non è in grado di definire, in maniera inequivocabile, i casi in cui la frode contro gli interessi finanziari dell’Unione possa essere qualificata come “grave” e i casi in cui l’applicazione delle norme sulla prescrizione di cui trattasi comporti l’impunità in un “numero considerevole di casi”. Siffatti criteri darebbero luogo, quindi, a un grave rischio di arbitrio” (punto 45)²⁰ e secondo cui “i principi enunciati

¹⁸ Come ricorda Corte cost., n. 24/2017 cit., la disapplicazione non potrebbe che riguardare reati “non ancora prescritti” perché – una volta maturata la prescrizione – non esisterebbe più la norma che rende concretamente punibile l’atto illecito.

L’art. 7 CEDU – secondo la stessa interpretazione dell’Avvocato generale (punto 149) – consente il mutamento della durata della prescrizione “quando i fatti contestati non siano ancora prescritti”.

¹⁹ A titolo esemplificativo Trib. Milano n. 4320/2017 (citata in nota 15) ha disapplicato una prescrizione già maturata.

²⁰ Appare non rispondente al vero (e, comunque, non statisticamente confermato) che le frodi lesive degli interessi finanziari della UE siano “generalmente prescritte prima della sanzione

nella sentenza *Taricco* e a. non consentano di delimitare la discrezionalità delle autorità giudiziarie, che sarebbero allora libere di disapplicare le disposizioni legislative in questione qualora considerino che queste ultime costituiscono un ostacolo alla repressione del reato” (punto 48), riconosce che la Corte costituzionale ha ragione e che vi è “necessità di precisare i criteri in base ai quali tale obbligo (di disapplicazione) deve essere attuato” (punto 71).

Invece che fermarsi a questa constatazione, l’Avvocato generale si sbilancia *ultra petita*, avanzando alla CGUE proposte di integrazione della sentenza *Taricco*, in quanto “i criteri in base ai quali si ritiene che i giudici nazionali debbano disapplicare le disposizioni proprie del loro codice penale sono, come rilevato dalla Corte costituzionale, vaghi e generici. In mancanza di orientamenti o di qualsiasi altra precisazione nella sentenza *Taricco* e a., il solo giudice nazionale si trova, in effetti, nell’impossibilità di definire inequivocabilmente le ipotesi in cui la violazione degli interessi finanziari dell’Unione debba essere qualificata come “grave” e i casi in cui l’applicazione delle norme sulla prescrizione in questione abbia come effetto di impedire “di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi” (punto 111).

Il requirente non riesce a sottrarsi alla tentazione di essere legislatore: “preciserò a tal fine i criteri in base ai quali il giudice nazionale è tenuto all’osservanza di tale obbligo. Infatti, conformemente alla tesi della Corte costituzionale, alla quale aderisco relativamente a tale punto, mi sembra che, per garantire la prevedibilità necessaria tanto nel diritto processuale penale quanto nel diritto penale sostanziale, si debbano precisare i termini della sentenza *Taricco* e a.” (punto 114).

Si assiste ad un crescendo sorprendente e anche sconcertante.

L’Italia ha una disciplina sostanziale della prescrizione dei reati (che ne impedisce una riforma *in peius* retroattiva): alcuni Stati membri collocano l’istituto nel diritto penale, altri nel diritto processuale penale (nota 13 delle conclusioni), in un contesto in cui la normativa comunitaria non si esprime.

L’Avvocato generale ritiene che debba prevalere la natura processuale ma, non essendovi una norma comunitaria in materia, ricorda che “la Corte europea dei diritti dell’uomo ha quindi dichiarato che, contrariamente a quanto avviene per le disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono, l’articolo 7 della CEDU non osta all’applicazione immediata ai procedimenti in corso (*tempus regit actum*) di una legge che allunga termini di prescrizione, quando i fatti contestati non si siano ancora prescritti e purché non vi sia arbitrio” (punto 139).

Il risultato è che una norma CEDU, che non impedisce una disciplina processuale della prescrizione, diventa la norma che – in ambito UE – dovrebbe imporre il cambio della natura dell’istituto.

La normativa UE non esclude la prescrizione dei reati (punto 77) né impone la durata dei termini prescrizionali e, del resto, “la durata teorica del termine di prescrizione (in Italia) non differisce di molto rispetto a quella degli altri Stati

penale prevista dalla legge possa essere inflitta con sentenza definitiva” (punto 3 delle conclusioni). Con riguardo specifico all’Italia, l’Avvocato generale UE non pare edotto del fatto che prescrizione è merce rara nel giudizio avanti la Suprema Corte, grazie alla sistematica declaratoria di manifesta infondatezza dei motivi di ricorso e, quindi, della sua inammissibilità.

La pratica sterilizzazione della prescrizione si avrà, verosimilmente, anche nel grado di appello, una volta che entri a regime l’inammissibilità dei motivi di appello di cui all’art. 581 c.p.p. (come modificato con legge 23 giugno 2017 n. 103).

membri” (punto 60); d’altro canto, vi è una proposta di direttiva PIF che “prevede termini di prescrizione certamente ampi, in modo da consentire alle autorità di contrasto di intervenire durante un periodo sufficientemente lungo per lottare contro tali reati in modo efficace, essa stabilisce altresì un termine massimo e assoluto del procedimento” (punto 95).

All’Avvocato generale non va bene neanche questa riforma *in itinere*: “Non posso quindi che manifestare la mia perplessità a fronte della previsione, in tale progetto, di un sistema di prescrizione che ricalca il regime procedurale in discussione nella presente causa, i cui effetti sono identici a quelli generati dal combinato disposto dell’articolo 160, ultimo comma, e dell’articolo 161, secondo comma, del codice penale e che mi sembra quindi soggetto alle stesse censure, in quanto esso comporta in realtà gli stessi rischi” (punto 96).

Di qui la sua proposta finale (punto 98): “Sebbene mi sembri, quindi, perfettamente legittimo prevedere un termine che inizi a decorrere dal giorno della commissione del reato e al di là del quale non potrà essere avviato alcun procedimento penale nel caso in cui, allo scadere di detto termine, non siano state svolte indagini in tal senso, mi sembra, per contro, assolutamente indispensabile che, una volta avviato, il procedimento penale possa svolgersi sino alla sua conclusione, e che ciascun atto processuale costituisca un atto interruttivo della prescrizione che fa decorrere un nuovo termine nella sua integralità; l’unico limite e riferimento possibile resta il rispetto del principio del termine ragionevole, quale definito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo”.

L’entusiasmo legislativo viene a ridimensionarsi laddove l’Avvocato generale propone (punto 116) che l’obbligo di disapplicare sia materia riservata al “legislatore dell’Unione” e non al giudice UE o al giudice nazionale.

Alla luce di quanto sopra, risulta acclarato che la normativa comunitaria non impone termini o disciplina dell’istituto della prescrizione; non determina quali siano i reati lesivi degli interessi finanziari UE e quando possano essere considerati “gravemente” lesivi di detti interessi.

Non è la CGUE che può sostituirsi al legislatore dell’UE e che può imporre – sulla base di tale contesto indefinito – al giudice nazionale di disapplicare la normativa interna.

La sentenza *Taricco* non solo va precisata, ma va agganciata a precisi elementi normativi (che anche l’Avvocato generale UE conviene non vi siano, al punto da suggerirne d’iniziativa alcuni).

Ove così non avvenga, il futuro è già scritto nell’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale che rifiuta l’idea di diritti fondamentali della persona sacrificati ad un interesse finanziario, sia pure dell’UE, e preannuncia una declaratoria di incostituzionalità ove la CGUE insista nel richiedere la disapplicazione.

L’avviso ai naviganti (compresi i giudici italiani) è stato dato per tempo.

Dio salvi la Corte costituzionale, baluardo prezioso contro avventure e tentazioni del nuovo ad ogni costo.

Il “caso Nóos”: una nuova crisi o un nuovo inizio per la Corona spagnola?

di Miryam Iacometti

Abstract: *The “Nóos case”: a new crisis or a new beginning for the Spanish Monarchy?* –

The essay deals with the ruling of the *Audiencia* Provincial of the Balearic Islands, issued on 17 february 2017, relating to a complex judicial case which involved two members of the Spanish Royal Family: the daughter of the former King, Juan Carlos, Cristina, and her husband, Iñaki Urdangarin. Urdangarin was found guilty of a few crimes (embezzlement, tax fraud, abusing of his status as member of the Royal Family) whereas Cristina was acquitted of the criminal charges of tax fraud and money laundering and she was sentenced only to civil liability. As such, there are some doubts about the possibility of her remaining in the royal succession line. The author tries to analyse the constitutional consequences of this judicial case, evaluating the important and delicate role played by the Crown in Spain.

Keywords: Spanish Monarchy; Succession; Judicial power, Impartiality, Equality.

497

1. Il lungo “viaggio” della monarchia: dalla transizione democratica alla crisi

È noto che gli ultimi anni non sono stati sempre felici per quella che la Costituzione spagnola del 1978 definisce come la «forma politica» dello Stato, cioè per una monarchia parlamentare¹, non propriamente nata sotto una “buona stella”. Il Sovrano era stato infatti scelto, nel 1969, nella persona di Juan Carlos di Borbone, dal Generalissimo Francisco Franco come suo successore ed aveva giurato fedeltà alle *Cortes* franchiste², così manifestando una continuità con il precedente regime che, come la dottrina spagnola ha evidenziato, lo privava inizialmente di qualunque *legitimidad* sia sotto il profilo dinastico, che democratico³.

¹ Sulla problematica nozione di forma politica dello Stato, iscritta nell’art. 1.3 Cost., che costituisce un’ideale anticipazione delle norme del Titolo II sulla Corona (artt. 56-65) e che, alla luce dei lavori preparatori della Carta fondamentale, andrebbe letta come alludente alla forma di Stato, in contrasto, però, con la natura democratica di quest’ultimo, che avrebbe dovuto far propendere i costituenti per la definizione della monarchia come forma di governo, M. Aragón Reyes, *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la constitución española*, Madrid, 1990, 34 ss. Per un esame della formula usata dai costituenti, considerando che per questi, il definire la monarchia forma di governo, avrebbe significato ridurre la posizione del Sovrano, R.L. Blanco Valdés, *Introducción a la Constitución de 1978*, V ed., Madrid, 2016, 71. Ricordano che l’espressione forma politica dello Stato già definiva la monarchia nella legge sui *Principios del Movimiento* del 1958, M. Aragón Reyes, *La monarchia parlamentare*, in E. García de Enterría, A. Predieri (cur.), *La Constitución spagnola del 1978*, Milano, 1982, 419 e M. García Canales, *La Monarquía española*, Madrid, 1991, 140 s.

² Sulle procedure scelte da Francisco Franco per nominare il suo successore di fronte alle *Cortes*, J. Tomás Villarroya, *Artículo 57.1* in Ó. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo V, Madrid, 1997, 79 ss.

³ La *legitimidad dinástica* (o *histórica*) sarebbe derivata a Juan Carlos, nel 1977, dalla sua

Tuttavia, alla morte del *caudillo*, il Monarca, grazie anche alla lungimiranza degli uomini di cui si era circondato, aveva guidato una non facile transizione politica, dimostrando la sua lealtà alla nascente democrazia spagnola⁴. Nel corso dell'elaborazione della Carta costituzionale anche i rappresentanti dei partiti politici meno favorevoli alla monarchia la avevano accettata⁵, accogliendola nel Titolo II della Costituzione che le è dedicato⁶ e blindandone, per così dire, la permanenza, con l'inserire tale Titolo tra le parti della Carta fondamentale che necessitano, per

accettazione ai diritti al trono, dopo la rinuncia del padre, Juan di Borbone, mentre la *legitimidad democrática* gli sarebbe derivata dall'approvazione della *Ley para la reforma política* e, poi, della Costituzione, in *referendum*. Su questo tema, E. Álvarez Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *Derecho constitucional*, Madrid, 2011, 531. Sulla posizione di Juan di Borbone che, non favorevole al regime franchista e desideroso che la monarchia divenisse fattore di riconciliazione e di integrazione tra gli spagnoli già le avrebbe garantito una *legitimidad histórica y democrática*, si veda J.P. Fusi Aizpúrua, *Monarquía y política contemporánea*, in *Claves de Razón Práctica*, 233, 2014, 17.

⁴ Sul «reinado histórico» di Juan Carlos «el mejor Rey español de todos los tiempos», F. Rey, *El Rey y la ley*, in *El País*, 4.6.2014, in *elpais.com*. Sulla significativa espressione, *un rey para la democracia*, usata per definire il Sovrano da uno dei suoi più significativi biografi, Charles Powell, J.P. Fusi Aizpúrua, *Monarquía y política contemporánea*, cit., 17. Sulle maggiori luci che ombre nel lungo regno di Juan Carlos, un Sovrano che ha cercato di ottenere il favore del suo popolo, anche J. Juaristi, *El Monarca accidental*, in *Claves de Razón Práctica*, 233, 2014, 49. Sulla centralità del Monarca e degli uomini di cui si era circondato per garantire la transizione, J. de Esteban, *Sonora gran ausencia*, in *El Mundo*, 30.6.2017, in *Diario del Derecho*, 30.6.2017, in www.iustel.com.

⁵ Basti pensare alla modifica dell'orientamento del *Partido Socialista Obrero Español* a riguardo, ben esemplificata dal fatto che, quando si iniziò la legislatura delle *Cortes*, dopo la prima elezione democratica del 15 giugno 1977, il 22 luglio dello stesso anno, i Sovrani, recatisi alla solenne inaugurazione delle Camere, non furono inizialmente accolti dall'applauso del gruppo socialista, i cui componenti si alzarono solo rispettosamente in piedi, come ricorda G. Peces-Barba Martínez, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, 1988, 16. In realtà, come ha affermato L. Sánchez Agesta, *La monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 18, 1986, 9 s., l'accettazione della monarchia fu, nel corso dell'elaborazione della Costituzione, assai meno problematica di quanto non fosse avvenuto in passato. D'altro canto, come sempre ricorda questo Autore, Juan Carlos, proprio nel suo discorso inaugurale del luglio 1977, espressamente riconobbe, di fronte alle *Cortes*, la sovranità del popolo spagnolo. Ed anche nel discorso di commemorazione del quarantesimo anniversario di quella prima elezione del 15.6.1977, letto di fronte alle *Cortes* riunite il 15 .6. 2017, il nuovo Sovrano, Felipe VI, dopo aver ricordato le parole pronunciate dal padre in quell'occasione, da quest'ultimo considerata come l'inizio di un cammino democratico che doveva essere progressivamente consolidato, faceva riferimento al vero protagonista di tale percorso divenuto ormai definitivo: il popolo spagnolo.

⁶ Sulla profonda legittimazione democratica della monarchia, ottenuta grazie alla Costituzione del 1978 ed evidenziata dal legame tra i commi 2 e 3 del suo art. 1, i quali, dopo aver definito il popolo come fonte della sovranità nazionale, individuano la monarchia parlamentare come forma politica dello Stato, J. Pérez Royo, *La Corona y el Gobierno en la Constitución española de 1978*, in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 151. Sulla conciliazione tra principio democratico e monarchico realizzata dalla Costituzione del 1978, con spirito ad un tempo innovativo e rispettoso della tradizione, attraverso l'instaurazione di una monarchia completamente diversa da quella conosciuta nella storia di Spagna, ancora J. Pérez Royo, *La Corona y el Gobierno*, cit., 152 s. e J. Tajadura Tejada, *Constitución, monarquía y democracia*, in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 484 s. Sulla armonia tra i due principi anche M. Aragón Reyes, *El Rey y el poder legislativo*, e A. Torres del Moral, *El Rey y las Fuerzas Armadas*, (il quale sottolinea che la monarchia parlamentare non è stata in Spagna il punto di arrivo di un complesso percorso storico come è avvenuto, ad esempio, in Gran Bretagna, ma piuttosto il punto di partenza del nuovo ordinamento democratico), entrambi in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 187 s. e 223 s.

la loro modifica, del procedimento super-aggravato di revisione⁷. A favorire il consolidamento della posizione del Sovrano aveva poi concorso il suo fermo comportamento nel contrastare l'effimero colpo di stato guidato dal tenente colonnello della *Guardia Civil*, Antonio Tejero, il 23 febbraio 1981⁸.

Col passare del tempo, tuttavia, la relazione tra il titolare della Corona ed il popolo spagnolo si era progressivamente deteriorata. All'inizio della prima decade del nuovo millennio il Sovrano aveva destato la riprovazione dei cittadini per alcuni accadimenti che ponevano in discussione una delle più essenziali doti degli uomini di Stato, indipendentemente dal loro essere o meno rappresentanti elettivi: cioè la necessità di tenere un comportamento esemplare⁹.

Tale espressione, riferita a chi avesse responsabilità pubbliche, fu anche utilizzata nel discorso pronunciato dal Sovrano il 24 dicembre 2011 per ribadire, proprio a fronte di una serie di investigazioni riguardanti alcuni componenti della famiglia reale, che la giustizia doveva essere uguale per tutti. Juan Carlos faceva implicito riferimento a quello che sarebbe stato uno dei casi giudiziari più dirimpenti per l'immagine della Casa reale spagnola, il cosiddetto “caso Nóos”, dal nome di una fondazione senza scopo di lucro di cui era titolare il genero del Sovrano, il noto ex-giocatore olimpionico di pallamano, Iñaki Urdangarin, marito della sua seconda figlia, l'*Infanta* Cristina¹⁰.

⁷ Sulla «especial rigidez» richiesta dall'art. 168 Cost. per la modifica del Titolo II, J. Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional* (12 ed. rev. y puesta al día por M. Carrasco Durán), Madrid, 2010, 597. Sul «camino casi intransitable de la reforma más agravada» prevista dall'art. 168 Cost. che prevede maggioranza dei 2/3 delle Camere nell'approvazione del principio della revisione, scioglimento anticipato delle medesime, maggioranza dei 2/3 nell'approvazione finale della revisione e referendum obbligatorio, F. Rey, *La crisis del modelo de Monarquía blindada*, in *El País*, 26.4.2013, in elpais.com.

⁸ Come è noto, avendo i militari occupato la Camera bassa dove si stava approvando la mozione di investitura a Presidente del Governo di Leopoldo Calvo Sotelo, il Sovrano si dimostrò in grado di garantire la permanenza della giovane democrazia costituzionale. Per un esame degli atti del Sovrano in quella faticosa data, L. Cotino Hueso, *La posición constitucional del Monarca y la particular situación vivida el veintitrés de febrero de 1981*, in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 601 ss. Sull'importanza del ruolo del Sovrano in quella pericolosa contingenza e sul cosiddetto “potere di riserva”, che, secondo parte della dottrina, sarebbe stato allora utilizzato dal Monarca, ma anche sulla sua competenza come comandante supremo delle Forze Armate, J.M. Porrás Ramírez, *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Madrid, 1995, 203. Sui diversi, possibili inquadramenti dottrinali del potere esercitato dal Sovrano in quella occasione, M.J. Cando Somoano, *La función simbólica en la Monarquía española*, in A. Torres del Moral (dir.), *Monarquía y Constitución*, Madrid, 2001, 483 ss. e A. Torres del Moral, *El Rey y las Fuerzas Armadas*, cit., 221 s. che ricorda le considerazioni a riguardo di E. García de Enterría, il quale riteneva tale attività svolta in occasione del febbraio 2001, come rientrante in un potere di riserva del Sovrano. Sulla «azione decisa» del Monarca in quella complessa contingenza, da ultimo, J.P. Fusi Aizpúrua, *Monarquía y política contemporánea*, cit., 18.

⁹ Un comportamento di questo tipo non era stato, infatti, quello dello stesso Sovrano che, come fu reso noto dalla stampa, in un momento di grave crisi economica e a fronte di un elevatissimo livello di disoccupazione, specie giovanile, si era recato in Botswana ad una dispendiosa battuta di caccia all'elefante, in compagnia di una gentildonna tedesca, riportando una rovinosa frattura. Un comportamento per il quale il Sovrano aveva poi presentato delle pubbliche scuse. In tema, L. Frosina, *Una monarchia rinnovata per la Spagna del XXI secolo. L'abdicazione del Re Juan Carlos I, la proclamazione di Felipe VI e il c.d. aforamiento reale*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 2, 2014, in www.nomosleattualitaneldiritto.it, 548, nota 3 e, della stessa Autrice, *Dall'austerità al cd. Austericidio. Aggravamento e nuovi rimedi della crisi spagnola*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 1, 2013, in www.nomosleattualitaneldiritto.it, 325.

¹⁰ Anche nel suo ultimo messaggio natalizio del 24 dicembre 2013, il Sovrano aveva fatto riferimento alla richiesta della società spagnola di un «profondo cambiamento di

2. Il “caso Nóos”: un “catalizzatore” della crisi della monarchia?

Il “caso Nóos” aveva avuto inizio nel 2005, quando, nel corso di un’interrogazione parlamentare, l’opposizione socialista aveva evocato un impiego illegale di denaro pubblico da parte del Presidente della Comunità autonoma delle Baleari, Jaume Matas Palou, del *Partido Popular*, originato dai rapporti con società di cui era contitolare il marito di Cristina. Quest’ultimo, approfittando del suo *status*, aveva intrecciato, a far tempo dal 2003, una serie di contatti con gli organi di governo delle Isole Baleari, della città di Valencia, della relativa Comunità autonoma e della città di Madrid, rappresentanti del *Partido Popular*, all’apparente scopo di sponsorizzare un *team* ciclistico, di organizzare importanti eventi sportivi, di favorire la candidatura di queste città a sedi di tali eventi e di dare, più genericamente, impulso al turismo locale. Per l’esercizio di tali attività venivano conclusi lucrativi contratti, stipulati senza rispettare la disciplina in tema di appalti pubblici e ottenuti conseguenti pagamenti, non sempre erogati a fronte di effettive prestazioni. Fonti giornalistiche avevano rivelato che sin dal 2006 la Casa reale aveva esercitato pressioni perché Urdangarin rinunciasse alla sua co-partecipazione alla *Asociación Instituto Nóos*, per evitare le critiche al suo operato che già cominciavano a serpeggiare in una pubblica opinione sempre più informata degli aspetti privati della vita della famiglia del Re¹¹.

Solo nel 2010 il giudice istruttore dell’*Audiencia* di Palma di Majorca, José Castro, avrebbe iniziato a raccogliere elementi di accusa nei confronti di Urdangarin, ritenendo successivamente esistenti indizi di colpevolezza per riciclaggio ed evasione fiscale anche a carico dell’*Infanta* Cristina. Questa era stata contitolare, insieme al marito, che ne era amministratore unico, di una diversa società, Aizoon, sempre legata all’*Instituto Nóos*, e tramite la quale (grazie ad una carta di credito, appoggiata su conti della stessa società) aveva ottenuto ingenti provviste di denaro, utilizzate per spese familiari¹².

Nello stesso mese di dicembre 2011 nel quale il Sovrano aveva pronunciato il ricordato discorso natalizio, ispirato ad un encomiabile equilibrio, la Casa Reale aveva assunto qualche provvedimento per ridurre il sensibile calo di immagine dovuto al diffondersi di notizie riguardanti le presunte responsabilità penali di due suoi importanti componenti.

E così il genere del Sovrano non aveva partecipato ad eventi in cui fosse coinvolta la Famiglia reale dopo il 12 ottobre del 2011 e ne era poi stato

atteggiamento», di un «impegno etico in tutti gli ambiti della vita politica, economica e sociale» e all’«ejemplaridad» che avrebbe dovuto informare le istituzioni nell’adempimento della Costituzione e delle leggi.

¹¹ Come ricorda R.L. Blanco Valdés, *Monarquía ¿Para qué?*, in *Claves de Razón Práctica*, 233, 2014, 22 ss. pressoché sino allo scoppio del caso Nóos era esistito una sorta di «manto de silencio», un «velo protector», steso da parte dei mezzi di informazione sulla vita privata del Monarca e dei suoi familiari, che, con lo scoppio della crisi economica e con il desiderio di una maggiore trasparenza nei conti pubblici, era progressivamente venuto meno. Sulla «casi desconocida atención mediática a la vida privada del Rey» sino a tempi recenti anche S. Gallego Díaz, *Una institución abandonada en manos del rey*, in *Claves de Razón Práctica*, 233, 2014, 32.

¹² Nell’aprile 2013 il giudice istruttore, in contrasto con la posizione della *Fiscalía Anticorrupción*, aveva deciso di imputare anche Cristina. Il Sovrano aveva allora espresso la sua adesione all’orientamento della *Fiscalía* che si proponeva di ricorrere contro la decisione del giudice istruttore. In tema, A. Romero, *La Casa Real expresa su “sorpresa” ante el “cambio de posición” del juez*, in *El Mundo*, 4.4.2013, in www.elmundo.es.

ufficialmente esentato (insieme alla moglie) a far tempo dal 12 dicembre 2011¹³. Durante le vacanze natalizie di quello stesso anno non erano stati Cristina ed il marito a far visita ai genitori nella residenza reale, ma era stata invece la regina Sofia a recarsi a Washington dove i primi risiedevano. Nello stesso mese di dicembre del 2011 sul sito della Casa reale venivano pubblicati i conti della medesima, in modo da garantire alla pubblica opinione una adeguata informazione sull'impiego delle sue risorse¹⁴. Nel 2013 fu cancellata dallo stesso sito la pagina dedicata a Urdangarin, anche se il suo nome era conservato in quanto marito della figlia del Sovrano nella pagina relativa a quest'ultima¹⁵.

Tuttavia non era solo la Casa reale a tentare di ridurre, nel modo ricordato, il pericoloso impatto sull'opinione pubblica delle notizie processuali. Anche la città di Palma di Majorca di cui Cristina era stata nominata dal Sovrano, duchessa, in occasione del suo matrimonio, avvenuto nel 1997, prendeva le distanze dalla coppia,

¹³ M. Galaz, *La Casa del Rey se aparta de Urdangarin*, in *El País*, 12.12.2011, in politica.elpais.com; A. Romero, *La Casa Real expresa su “sorpresa”*, cit.; M. Alberola, *El Rey revoca el título de duquesa de Palma a su hermana Cristina*, in *El País*, 12.6.2015, in politica.elpais.com.

¹⁴ Il sito della Casa reale ha da allora pubblicato il bilancio annuale delle somme che ai sensi dell'art. 65.1 Cost. sono attribuite al Sovrano perché questo le destini liberamente al sostentamento della sua Famiglia e ai costi di complessivo funzionamento della sua Casa. Nella redazione di questo bilancio a far tempo, appunto, dall'esercizio 2011 e sino al 2016, si nota una progressiva riduzione non solo delle somme complessivamente assegnate al Sovrano, da 8.434.280 euro nel 2011 a 7.775.040 euro nel 2016 (somma, quest'ultima, rimasta uguale a far tempo dal 2014), ma una limitazione anche della somma assegnata al Sovrano e alla sua Famiglia per la dotazione e le spese di rappresentanza, che da 814.128 euro nel 2011 (con assegnazione al solo Sovrano di 140.519 euro per la dotazione e di 152.233 per le spese di rappresentanza) sono passati a 662.316 euro nel 2016 (con assegnazione totale al solo Sovrano di 236.544 euro, senza più distinzione tra le due diverse destinazioni della spesa, ma con indicazioni esatte delle somme assegnate alla Regina e ai Sovrani emeriti di Spagna, Juan Carlos e Sofia). Va notato che, se nel bilancio 2011 si prevedeva che il Principe delle Asturie avrebbe ricevuto come dotazione personale e spese di rappresentanza la metà di quanto attribuito al Sovrano, mentre gli altri membri della allora Famiglia reale (la Regina Sofia, la Principessa delle Asturie e le *Infantas* Elena e Cristina) avrebbero avuto assegnazioni per spese di rappresentanza nella quantità massima di 375.000 euro (senza indicazioni precise quanto al riparto tra tali componenti), a far tempo dal bilancio del 2012 non si indicavano espressamente, come nell'esercizio precedente, i componenti della Famiglia reale che avrebbero fruito delle spese di rappresentanza, che venivano però ridotte ad un massimo di 315.000 euro, sottolineandosi il risparmio di 60.000 euro rispetto all'anno precedente. Ed anche nel 2013 veniva riprodotta la stessa modalità di redazione, quanto alle spese degli altri componenti della Famiglia reale, le cui spese di rappresentanza venivano ulteriormente ridotte sino ad un massimo di 260.000 euro. Per il bilancio del 2014, l'anno che avrebbe visto, in giugno, la abdicazione del Sovrano, veniva adottata una differente redazione, specificandosi la percentuale, rispetto all'attribuzione prevista per il Sovrano, delle somme assegnate alla Regina, al Principe e alla Principessa delle Asturie sia per dotazione che per spese di rappresentanza e all'*Infanta* Elena (per sole spese di rappresentanza, per una somma pari, per quest'ultima, a 25.000 euro), non più menzionandosi l'*Infanta* Cristina. Per l'esercizio 2015 si prevedeva una riduzione del 20% dell'assegnazione del Capo dello Stato, rispetto all'anno precedente e si indicavano le esatte assegnazioni dei componenti della nuova Famiglia reale, composta dal Re, dalla Regina e dai Sovrani emeriti, Juan Carlos e Sofia, non essendo più distribuita tale assegnazione in dotazione e spese di rappresentanza. Nel 2017, la *cantidad global* della assegnazione veniva accresciuta di poco rispetto alle somme concesse, in misura uguale per ognuno degli anni compresi tra il 2014 ed il 2016 (da 7.775.040 a 7.818.890 euro), con un lieve incremento anche dell'assegnazione alla Famiglia reale (passata dai 662.316 euro del 2016 ai 668.952 del 2017), venivano però destinate sempre più significative somme all'impiego di nuove tecnologie, un segno ulteriore dell'innovazione intervenuta dopo l'abdicazione del precedente Sovrano. Le informazioni ricordate sono state tratte dalla pagina dedicata a *Transparencia*, e poi a *Información económica, presupuestaria y estadística* del sito ufficiale www.casareal.es.

¹⁵ Per tali informazioni, Iñaki Urdangarin, in www.es.wikipedia.org.

decidendo, nel gennaio 2013, di togliere ad una via del centro di Palma il nome di *Rambla de los Duques de Palma*.

Non pare dubbio che il caso giudiziario ora in esame, oltre alle già ricordate vicende personali del Sovrano e ai suoi problemi di salute, siano stati alla base della sua abdicazione, dopo quasi trentanove anni di regno, in favore del figlio Felipe¹⁶, abdicazione che, realizzatasi a far tempo dal 18 giugno 2014, fu formalizzata dalla l. organica n. 3 del 2014¹⁷. Si ricorda che alla cerimonia di proclamazione del nuovo Sovrano¹⁸ erano assenti Juan Carlos e Cristina, già interrogata, nel febbraio 2014, dal giudice istruttore che l'avrebbe ufficialmente incriminata, insieme al marito, proprio a pochi giorni di distanza dalla proclamazione come Sovrano del fratello Felipe¹⁹. Quest'ultimo revocava poi a Cristina il titolo di duchessa di Palma, con suo decreto n. 470 dell' 11 giugno 2015, dopo averle invano chiesto di rinunciarvi spontaneamente²⁰.

L'epilogo della vicenda processuale è finalmente avvenuto il 17 febbraio 2017, a più di undici anni dall'inizio del caso²¹. La sentenza, emanata in questa stessa data dalla *Sección Primera* della *Audiencia Provincial* delle Baleari, in ben 741 pagine ripercorre le complesse vicende del cosiddetto “entramado Nóos”, un istituto e una serie di società delle quali Iñaki Urdangarin Liebaert ed il suo socio Diego Torres Pérez si sono serviti per realizzare attività di promozione turistica ed eventi sportivi²², rendendosi, però, responsabili, secondo la giustizia spagnola, di molti

¹⁶ Si veda, ad esempio, M. Alberola, *Se cumplen dos años de la abdicación del rey Juan Carlos*, in *El País*, 2.6.2016, in politica.elpais.com. In tema anche L. Frosina, *Una monarchia rinnovata*, cit., 548.

¹⁷ Dopo l'abdicazione, Cristina non è più definibile come *Infanta* e anche la composizione della Famiglia reale è stata modificata essendo ormai formata dal nuovo Sovrano, dalla regina Letizia, dalle loro figlie oltre che dal Re e dalla Regina emeriti. In tema, L. Frosina, *Una monarchia rinnovata*, cit., 559, nota 24.

¹⁸ Su tale proclamazione, prevista dall'art. 61 Cost. di fronte alle *Cortes*, che si è estrinsecata nel giuramento di fedeltà alla Costituzione, senza carattere religioso, dal quale è derivato l'inizio dell'esercizio delle funzioni del nuovo Sovrano, L. Frosina, *Una monarchia rinnovata*, cit., 554 ss.; S. Curreri, *I prevedibili (e evitabili) problemi sollevati dall'abdicazione di Re Juan Carlos I*, in *www.federalismi.it*, 15, 2014, 14.

¹⁹ Come ricorda L. Veronese, *Spagna, la sorella di re Felipe VI rinviata a giudizio per frode fiscale e riciclaggio*, *www.ilsole24ore.com*, 25.6.2014, sottolineando la corposità dell'ordinanza di rinvio, di ben 167 pagine, presentata dal giudice istruttore José Castro il 25.6.2014.

²⁰ Felipe VI aveva revocato il precedente decreto emesso dal padre (r.d. n. 1502 del 26.9.1997) in base all'art. 6 del r. d. n. 1368 del 1987 sul regime dei titoli, sui trattamenti e gli onori della Famiglia reale e dei Reggenti. In tema si veda L. Veronese, *Spagna, assolta l'infanta Cristina, condanna a sei anni per il marito Urdangarin*, *www.ilsole24ore.com*, 17.2.2017, I. Domínguez, *La Infanta, el final del cuento*, in *El País*, 17.2.2017, in *www.elpais.com*; M. Alberola, *El Rey revoca el título de duquesa a su hermana*, cit. Come sottolinea I. Domínguez, *La Infanta, el final del cuento* cit., Cristina avrebbe però affermato che già il giorno precedente all'emanazione del regio decreto aveva rinunciato al titolo nobiliare.

²¹ Il protrarsi così a lungo dell'iter processuale non ha certo reso un buon servizio all'immagine della Famiglia reale. Anzi, come ha sottolineato proprio in occasione dell'abdicazione di Juan Carlos, F. Rey, *El Rey y la ley*, cit., ciò non ha fatto che «gettare sale su una ferita» mentre invece meglio sarebbe stato se Urdangarin avesse «riconosciuto la sua responsabilità, restituito il denaro e collaborato con la giustizia per chiudere quanto prima questo episodio», grazie anche al quale la monarchia aveva raggiunto il record negativo del 3,72% di popolarità secondo il *Centro de Investigaciones Sociológicas*. Sulla «rapida caduta di gradimento» della monarchia tra il 2011 ed il 2014, in concomitanza dello scoppio del “caso Nóos” e della perdurante crisi economica, S. Gallego Díaz, *Una institución abandonada en manos del rey*, cit., 32.

²² Come dalla sentenza dell'*Audiencia Provincial* relativa al caso Nóos si evince, Urdangarin oltre ad essere stato Presidente, sino al 20 marzo 2006, dell'*Asociación Instituto Nóos*, senza scopo di lucro, aveva costituito con il socio D. Torres Pérez, *Nóos Consultoria Estratégica S.L.*,

gravi illeciti di natura penale²³. In particolare, il marito di Cristina è stato ritenuto colpevole del reato di *prevaricación*, commesso non direttamente, trattandosi di un illecito che può essere perpetrato solo da un funzionario o da un'autorità pubblica, ma come “cooperatore necessario” o “induttore” alla commissione di tale reato²⁴. Urdangarin è stato inoltre considerato colpevole di *malversación de caudales públicos*, di frode nei confronti dell'amministrazione, di traffico di influenze²⁵ e di frode fiscale²⁶ e gli è stata irrogata una sanzione di 6 anni e tre mesi di detenzione²⁷.

una società commerciale. Aizoon S.L., un'altra società creata nel 2003, era invece co-partecipata al 50% tra Urdangarin e la moglie, donna Cristina.

²³ La sentenza fa riferimento a diversi contatti dei due soci in affari con i pubblici poteri della Comunità autonoma delle Isole Baleari per la sponsorizzazione di un *team* ciclistico (*Banesto-Illes Balears*) che avrebbe dovuto portare lustro al turismo dell'arcipelago, ma che pare essere costato alla Comunità autonoma 18 milioni euro; alla sottoscrizione di un *convenio* e di un *acuerdo de colaboración* tra l'*Instituto Nóos* ed enti dipendenti dalla Comunità autonoma (l'*Instituto Balear de Turismo-Ibatur*- impresa pubblica e la *Fundación Illesport, Fundació per al Suport i la Promoció de l'Esport Balear*, fondazione senza scopo di lucro, ma da considerarsi compresa nel settore pubblico) per la realizzazione, nel 2005 e nel 2006, di importanti convegni (*Illes Balears Forum*) per la cui organizzazione erano stati stanziati rispettivamente 1.200.000 e 1.100.000 euro. Oltre alle relazioni con le Baleari, altre sarebbero state intrattenute con la *Generalitat Valenciana* e la città di Valencia per la realizzazione di un Convegno internazionale, *Valencia summit*, nel 2004, dopo che, nel novembre 2003, tale città era stata scelta come sede della 32^a edizione della Coppa America da tenersi nel 2007. Anche le città di Valencia e di Madrid avrebbero avuto contatti con le società del Gruppo Nóos per la candidatura di questa ultima a sede di giochi olimpici e della prima a sede di giochi europei. Sarebbero stati i rapporti con la Comunità autonoma delle Baleari a far registrare la commissione di gravi reati. Infatti il Presidente di questa, ritenendo di poter trarre profitto dalla posizione istituzionale di Urdangarin, aveva deciso di contrattare con l'*Instituto Nóos*, allo scopo di realizzare le sopra indicate attività, senza però utilizzare il procedimento amministrativo e le forme contrattuali a ciò necessari ed ammantando successivamente il suo illegittimo operato di un'apparente legalità con la falsificazione di atti pubblici. Non si era invece provato che dalle altre attività svolte nei confronti della Comunità autonoma di Madrid o delle città di Valencia e di Madrid fosse derivata la commissione di reati. Gravi illeciti nei confronti dell'amministrazione tributaria venivano invece accertati a carico dei due soci, per aver utilizzato le loro società, tra l'altro, per sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi (e nel caso di D. Torres Pérez anche per riciclare, grazie a società estere e a conti di banche straniere, il denaro sottratto in Spagna all'imposizione fiscale).

²⁴ Un reato, questo, punito dall'art. 404 del cod. pen. che si manifesta con l'emanazione da parte del funzionario o della pubblica autorità di una *resolución administrativa* arbitraria, in questo caso dovuta all'influenza esercitata da chi, come Urdangarin, era dotato di una posizione senza la quale il reato non si sarebbe potuto perpetrare (si veda, in tal senso, pag. 524 della sentenza). Insieme a tale reato l'*Audiencia* ha ascritto a Urdangarin il delitto continuato di *falsedad en documento público* (art. 390.1. 2° e 4° cod.penale).

²⁵ Si tratta di reati puniti, rispettivamente dagli artt. 432.1, 436, 429 cod. penale.

²⁶ Basti pensare, quanto alla gravità di tale reato, punito dall'art. 305.1 cod. penale, che la sentenza in esame ha accertato che Urdangarin non avrebbe pagato all'amministrazione tributaria, con riguardo all'imposta sui redditi delle persone fisiche, almeno 129.739,19 euro nel 2007 e 126.537,65 euro nel 2008 (in tal senso, pagg. 666 ss. della sentenza).

²⁷ Secondo l'*auto*, emesso il 23.2.2017 dalla stessa *Audiencia Provincial*, Urdangarin, che è stato anche condannato al pagamento di una sanzione di 512.553 euro, rimane in libertà, con la possibilità di risiedere in Svizzera, con il solo obbligo di presentarsi all'autorità di polizia del luogo di residenza il primo giorno di ogni mese e di rendere conto dei suoi trasferimenti, specie fuori dell'Europa. Va sottolineato che non è mancato chi ha ricordato che sarebbe stato lesivo del principio di uguaglianza porre in detenzione in modo immediato Urdangarin, considerando che tale sorte non era stata riservata ai colpevoli di analoghi delitti, che la sentenza non era ancora passata in giudicato e che la privazione della libertà doveva essere ponderata, tra l'altro, rispetto al rischio di fuga. Per tali considerazioni, J.C. Cano Montejano, *Una reflexión ante una condena*, in *La Razón*, 20.2.2017 e J.C. Velasco, *El ingreso inmediato no es acertado*, in *La Razón*, 21.2.2017, entrambi in *Diario del Derecho*, 21.2.2017, in www.iustel.com. Va ricordato che Urdangarin ha però impugnato di fronte al Tribunale supremo la sentenza della *Audiencia* (si veda, in tal senso, *Urdangarin. Torres, Matas, Fiscalía y Abogacía presentan recursos contra la*

La decisione, valutando l'operato di Urdangarin, più volte ne ha stigmatizzato l'operato, considerando il suo giovare, per intrattenere rapporti con i pubblici poteri (specie nel caso della contrattazione con le Isole Baleari), sia del legame di amicizia con l'allora *Director General de Deportes* nell'amministrazione regionale di Jaume Matas, J.L. Ballester Tuliesa²⁸, sia de «su privilegiado posicionamiento institucional»²⁹ e de «su proximidad a la jefatura del Estado». Una posizione, questa, secondo l'*Audiencia*, che, lungi dall'ispirargli un comportamento di totale trasparenza³⁰, lo ha reso meritevole di una speciale riprovazione poiché, manifestando «un absoluto desprecio por los principios y valores» che sono alla base di quell'ordinamento giuridico che (come marito di un membro, allora, della Famiglia reale) avrebbe dovuto servire, se ne è invece servito per realizzare il profitto proprio e quello del suo socio³¹.

Cristina (come altri 9 imputati) è stata invece assolta dalle accuse rivoltele. L'*Audiencia* ha infatti ritenuto che non fosse a conoscenza dei reati del marito e che non avesse né cooperato né indotto alla loro commissione. Essendosi però giovata dei fondi della società Aizoon, di cui era contitolare insieme ad Urdangarin (che ne era l'amministratore unico senza che Cristina avesse mai partecipato in effetti alla gestione della società)³², è stata condannata come responsabile civile a titolo oneroso al pagamento di una somma di 265.088,42 euro (somma già da lei ampiamente restituita assai prima che si concludesse il giudizio³³).

3. L'esito del “caso Nóos”

504

Il “caso Nóos” ha sollevato problemi sia di natura processuale sia di rilievo costituzionale.

Sotto il primo profilo, Cristina è stata certo il primo membro della Famiglia reale nella storia di Spagna ad essere sottoposta a giudizio e ciò è stato considerato

sentencia del caso Nóos, in *Diario del Derecho*, 24.4.2017, in www.iustel.com) e che, secondo recenti notizie giornalistiche, apparse il 3.7.2017, la Procura del Tribunale supremo avrebbe a sua volta presentato ricorso contro la sentenza emessa dall'*Audiencia Provincial*, chiedendo un aumento di pena per Urdangarin (si veda, a riguardo, www.lavanguardia.com/politica/20170703).

²⁸ Si veda, per tale richiamo, pag. 309 della sentenza 13/17 della *Audiencia*. Secondo le dichiarazioni dell'ex- Presidente della Comunità autonoma delle Baleari, J. Matas (pag. 388 della sentenza citata), Ballester Tuliesa «era el hombre de la Casa Real en el Gobierno Balear».

²⁹ In tal senso, ad esempio, pagg. 309, 363 e 395 della sentenza 13/17.

³⁰ Così, espressamente, alla pag. 509 della sentenza, laddove si valuta la «decisión caprichosa» di Matas di contrattare con l'*Instituto Nóos*, senza aver previamente richiesto le relazioni che avrebbero potuto provare l'esistenza di un interesse pubblico nel realizzare tale rapporto e la sua «convenienza, opportunità e necessità», con esclusione di qualunque regola di concorrenza e senza giustificare perché proprio tale *Instituto* era stato scelto allo scopo.

³¹ In tale senso si veda la pag. 704 della sentenza 13/17.

³² In effetti la sentenza ha accertato che la società Aizoon, la cui sede era sita all'interno della residenza di Urdangarin e di Cristina era stata utilizzata per emettere fatture riguardanti attività svolte dal solo Urdangarin. A tale società erano stati ascritti, come dipendenti, soggetti che non avevano alcun collegamento con i suoi scopi sociali (consulenza e compravendita immobiliare), trattandosi, per lo più, di collaboratori domestici della coppia o di loro familiari o amici.

³³ Come ricorda a pag. 74, la sentenza 13/17, Cristina de Borbón y Grecia, il 15.12.2014, aveva già pagato 587.413, 58 euro per responsabilità civile.

come espressione della corretta applicazione del principio di uguaglianza e, più in generale, della “buona salute” dello Stato di diritto³⁴. Anzi, pare che con il processo all’*Infanta* si sia voluto dare prova paradigmatica dell’applicazione concreta di tale principio anche se il Pubblico Ministero e l’Avvocatura dello Stato avevano chiesto alla *Audiencia Provincial* delle Baleari di sospendere il procedimento iniziatosi nei suoi confronti e la sua difesa avrebbe voluto che le fosse applicata la cosiddetta “*doctrina Botín*”, dal nome del soggetto in favore del quale era stata per la prima volta utilizzata dal Tribunale supremo³⁵.

In base a questo orientamento giurisprudenziale, fondato sull’interpretazione letterale dell’art. 782.1 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, come modificato dalla l. 32 del 2002, ove né il Pubblico Ministero né i pregiudicati o gli offesi dal delitto (che, nella fattispecie, erano lo Stato ed enti pubblici) avessero sostenuto l’accusa, la persona del presunto reo non avrebbe potuto essere imputata solo in base all’accusa *popular*³⁶. Nella fattispecie in esame l’accusa era stata presentata nei confronti di Cristina solo dal sindacato di funzionari, *Manos Limpias*, che aveva appunto agito in qualità di *acusación popular*, cioè in difesa di un interesse di natura generale (anche se va sottolineato come il comportamento di alcuni componenti di tale sindacato non sia stato certo di “specchiata virtù” a riguardo, e come, dunque, non possa ritenersi che questo abbia davvero agito in rappresentanza dell’interesse dei cittadini³⁷).

³⁴ In tema si vedano le considerazioni di E. Vírjala Foruria, *Sentencia Nóos, Familia Real y Estado de Derecho* in *El Diario Vasco*, 18.2.2017, in www.twitter.com.

³⁵ Per un cenno a tale *doctrina*, utilizzata per la prima volta dalla sentenza 1045/2007 della *Sala segunda, de lo Penal*, del Tribunale supremo nel caso di Emilio Botín, Presidente del *Banco Santander*, E. Vírjala Foruria, *Sentencia Nóos, Familia Real y Estado de Derecho*, cit., e J. Manso, M. Fuenteálamo, *El Tribunal niega la doctrina Botín a la Infanta Cristina y seguirá en el banquillo en el juicio por el caso Nóos*, in *El Mundo*, 29.1.2016, in www.elmundo.es.

³⁶ Tale forma di accusa si fonda sull’art. 125 della Cost. che attribuisce ai cittadini l’esercizio dell’azione popolare (oltre che la partecipazione alla giuria) nella forma e con riguardo ai processi penali previsti dalla legge. Su tale disposizione, F. Gutiérrez Alviz y Armario, V. Moreno Catena, *Artículo 125*, in Ó. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo X, Madrid, 1998, 568 ss. Altre previsioni, come l’art. 19.1 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* e gli artt. 101 e 270 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevedono tale forma di azione. In particolare, l’art. 782.1 dispone che se il Pubblico Ministero e l’*acusador particular* (cioè il pregiudicato dal delitto) richiedano l’interruzione del procedimento penale (*sobreseimiento*) per qualunque motivo tra quelli previsti dagli artt. 637 e 641, il giudice lo concederà. Interpretando in modo letterale tale disposizione, nella decisione ricordata che riguardava un processo abbreviato, il Tribunale supremo non concesse agli *acusadores populares* che erano, nella fattispecie, la Associazione per la difesa di investitori e clienti e il Partito *Iniciativa per Catalunya Verds* la possibilità di proseguire nel processo penale riguardante un reato tributario. Non erano mancati, però, *votos particulares* alla sentenza che avevano sostenuto che, nonostante la evidente differenza teorica tra *acusador particular* e *popular* la disciplina del procedimento non utilizzava in modo tecnicamente adeguato la terminologia in tema di *acusación*. La natura del reato avrebbe dovuto implicare che non solo l’Avvocato dello Stato avrebbe dovuto perseguire il presunto colpevole, ma anche la *acusación popular*, dovendo tutti i cittadini essere considerati come parte della *Hacienda Pública*.

³⁷ Il suo segretario generale, Miguel Bernard, è stato infatti sottoposto, nell’aprile 2016, a custodia cautelare perché avrebbe chiesto denaro per ritirare le accuse formulate. Un ricatto simile sarebbe stato realizzato anche ai danni di Cristina, secondo la denuncia presentata dall’avvocato della medesima, M. Roca. In tema, J. Ferrandis, J. García, R. Carranco, *Miguel Roca explicó a la policía el supuesto chantaje de Manos Limpias en el caso de la Infanta*, in *El País*, 15.4.2016, in politica.elpais.com. La sentenza risolutiva del caso Nóos ha poi condannato *Manos Limpias* a pagare tutte le spese processuali sostenute da donna Cristina.

L'*Audiencia* ha però sottoposto a giudizio Cristina non considerando che le fosse applicabile il ricordato orientamento del Tribunale supremo. La decisione assunta dall'organo giurisdizionale delle Baleari con l'*auto* del 29 gennaio 2016, è infatti una motivata confutazione dell'interpretazione restrittiva del Tribunale supremo nei confronti della *acusación popular* che, nel caso Botín, non era stata ammessa a sostenere da sola il giudizio secondo una esegesi della disposizione ricordata che non sembrava però sostenibile all'*Audiencia*. Questa, utilizzando altri essenziali strumenti di interpretazione, quali l'argomento storico (cioè i lavori preparatori della l. del 2002, gli emendamenti presentati e la sua *Exposición de motivos*) e l'analisi di tipo sistematico della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, non riteneva di poter condividere la esegesi dell'art. 782.1 fatta oggetto della sent. n. 1045/2007 della *Sala de lo Penal* del Tribunale supremo. Sottolineava, però, che lo stesso organo giurisdizionale, in una sentenza successiva, la n. 54/2008 (poi confermata da altre decisioni e avallata, per alcuni profili, dallo stesso Tribunale costituzionale³⁸) aveva sfumato l'apodittico orientamento precedente. La sent. n. 54/2008 (caso Atutxa) aveva infatti affermato che, a fronte di un delitto che per sua natura non avesse comportato la possibilità di *acusación particular* per mancanza di un pregiudicato o di un offeso dal reato³⁹ e nel caso in cui il Pubblico Ministero avesse deciso di non sostenere l'accusa, si sarebbe dovuto, per così dire, "riespandere" il ruolo della accusa popolare come strumento di difesa di interessi di natura collettiva, ammettendola a sostenere anche da sola il processo.

Nel caso in esame, secondo l'*Audiencia*, non potevano però essere applicati gli orientamenti del Tribunale supremo. L'accusa pubblica e l'Avvocatura dello Stato chiedevano, infatti, non l'interruzione totale del processo sotto il profilo penale, come nel caso Botín, ma solo parziale nei confronti di Cristina. La ritenevano, però, responsabile sotto il profilo civile perché si era giovata dei profitti illecitamente ottenuti dal marito. L'*acusación popular* intendeva invece sostenere la sua responsabilità penale come "cooperatrice necessaria" ai delitti di natura tributaria del marito. La mancanza di identità tra i casi giudicati dal Tribunale supremo, impediva all'*Audiencia* di inibire la prosecuzione del processo alla sola *acusación popular*.

Andava inoltre considerata, a parere dell'organo giurisdizionale, la particolare natura del delitto tributario, imputato a Cristina, che è «pluriofensiva, diffusa, colectiva o metaindividual» e che presuppone un «grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas». Proprio dalla natura di questo reato

³⁸ La *Audiencia* ricorda, a tale proposito, che il Tribunale costituzionale, con sent. n. 205 del 2013, ha valutato le due decisioni del Tribunale supremo sotto il profilo della possibile lesione del principio di uguaglianza nell'applicazione della legge in collegamento con il diritto al giusto processo sotto il profilo del rispetto del principio accusatorio (artt. 14 e 24.2 Cost.) che sarebbe derivato dalla modifica di un orientamento giurisprudenziale da parte dello stesso organo senza adeguata motivazione. Il Tribunale costituzionale (pur con decisione non unanime) ha però ritenuto che fossero diversi i due casi portati alla cognizione della *Sala* del Tribunale supremo e che esistesse una adeguata motivazione della modifica dell'orientamento da questa assunto.

³⁹ La sent. n. 54/2008 riguardava il caso di Juan María Atutxa, l'ex-Presidente del Parlamento basco, accusato del reato di *desobediencia a la autoridad judicial*, per non aver dissolto il gruppo parlamentare *Sozialista Abertzalek* dello stesso Parlamento, a seguito della sentenza del Tribunale supremo che aveva dichiarato la illegalità del relativo partito. Un delitto, quello ricordato, per il quale non era configurabile una *acusación particular*.

si doveva ricavare che il bene giuridico protetto col perseguirlo non dovesse essere affidato solo all’Avvocatura dello Stato, in rappresentanza del pubblico erario, ma anche alla *acusación popular*, anche se in contrasto con la posizione della *acusación pública* e della *acusación particular*⁴⁰.

L’*Audiencia*, dopo aver fornito tale motivazione al suo *distinguishing* rispetto alle decisioni del Tribunale supremo, ha dunque proseguito nella sua attività processuale nei confronti di Cristina, pur non ritenendola, infine, colpevole sotto il profilo penale ed, anzi, ponendo le spese processuali da questa sostenute a carico della *acusación popular*.

Tuttavia, il fatto stesso che una responsabilità, pur di natura civile, sia stata rilevata dall’*Audiencia* ha sollevato motivi di perplessità. Cristina è infatti sesta nella linea di successione della Corona ed i suoi figli occupano tra il settimo ed il decimo posto nella stessa linea successoria⁴¹.

Alcuni esponenti della dottrina si sono chiesti se non fosse opportuno che la sorella dell’attuale Sovrano, pur non penalmente responsabile, rinunciasse ai suoi diritti successori (anche in considerazione delle gravi responsabilità penali di un marito la cui innocenza essa ha sempre sostenuto⁴²). La rinuncia ai diritti di successione servirebbe a non compromettere la monarchia in questo delicato momento, in cui un nuovo Sovrano sta tentando, con successo, di riabilitare un’istituzione la cui immagine si era quantomeno appannata, nel recente passato, agli occhi della pubblica opinione⁴³.

Felipe VI pare incarnare con lungimiranza ed equilibrio l’idea di quell’arbitrato tra i poteri dello Stato e di quella rappresentanza dell’unità nazionale di cui la Spagna ha molto bisogno in questo tempo nel quale partiti, da poco affacciatisi alla scena politica, hanno completamente modificato il sistema, così introducendo in un ordinamento in cui la governabilità sembrava essersi da tempo perfettamente consolidata, tensioni insolite e sino a tempi recenti pressoché sconosciute. Come è noto, il panorama politico è stato reso più complesso dall’emergere, specie a far tempo dal 2014, di *Ciudadanos* e di *Podemos*, partiti che non hanno ovviamente condiviso, come le due principali compagini partitiche, il

⁴⁰ In tal senso, J. Manso, M. M. Fuenteálamo, *El Tribunal niega la doctrina Botín*, cit. Sulla posizione equilibrata assunta a riguardo dal nuovo Sovrano, C. Remírez de Ganuza, “*Absoluto respeto a la decision judicial*”, in *El Mundo*, 20.01.2016, in www.elmundo.es.

⁴¹ Come si è ricordato in *Séptima en la línea sucesoria*, in *El Mundo*, 4.4.2013, in www.elmundo.es, Cristina era settima nella linea di successione. A seguito dell’abdicazione del padre e della proclamazione del fratello Felipe è divenuta sesta, dopo le figlie del nuovo Sovrano, Leonor e Sofía e la sorella Elena e i suoi figli, Felipe Juan Froilán de Todos los Santos e Victoria Federica. I figli di Cristina occupano, dunque, dal settimo al decimo posto nella linea di successione (e sono Juan Valentín de Todos los Santos, nato il 30 settembre 1999, Pablo Nicolás Sebastián de Todos los Santos, nato il 6 dicembre 2000, Miguel de Todos los Santos, nato il 30 aprile 2002 e Irene, nata il 5 giugno 2005).

⁴² Si veda, F.J. Pérez, J. Ferrandis, *La infanta Cristina: “Confío plenamente en mi marido y en su inocencia”*, in *El País*, 3.3.2016, in politica.elpais.com. e J. García, *La Infanta ve injusta la condena a Urdangarin*, in *El País*, 17.2.2017, in politica.elpais.com.

⁴³ Sulle qualità dimostrate dal nuovo Sovrano, tra le quali la costanza nell’esercizio delle sue attività, la prudenza e la ponderatezza nell’assumere le decisioni, C. Enríquez, *La monarquía renovada*, Barcelona, 2015. In tema anche L. Méndez, *Del Rey del carisma al Rey de la prudencia*, in *El Mundo*, 3.6.2017 e C. Font, *El tercer aniversario de la proclamación del Rey Felipe*, in *El Mundo*, 17.6.2017, entrambi in www.elmundo.es.

Socialista e il *Popular*, la comune storia della transizione democratica che aveva tratto profitto dalla presenza moderatrice del Sovrano⁴⁴.

La situazione è inoltre viepiù complicata dalle tensioni indotte dal “nazionalismo periferico”. Ciò appare evidente ove si consideri l’evolversi della “questione catalana”, con l’insistito tentativo dei suoi governanti di attivare un *referendum*, negato pervicacemente dallo Stato centrale, in un conflitto politico che è stato sempre più “giurisdizionalizzato” con la chiamata in causa del Tribunale costituzionale contro gli atti dei poteri pubblici catalani, ma che, nonostante le sentenze “a raffica” emanate da quest’ultimo, non accenna a sopirsi⁴⁵.

In questo scenario in cui la Corona dovrebbe ritornare ad essere quell’istituzione irreprensibile che assicuri l’indispensabile equilibrio fra i poteri politici dello Stato, agevolando il corretto svolgimento delle loro funzioni ed in cui re Felipe VI pare avere cominciato piuttosto bene a svolgere questo ruolo⁴⁶, considerato ancora estremamente utile all’ordinamento spagnolo⁴⁷, potrebbe non essere inopportuno che donna Cristina rinunci ai propri diritti di successione⁴⁸. Il maggior problema di tipo giuridico, evocato dalla dottrina, consiste nel valutare se si tratti, però, di un diritto “personalissimo”, per così dire, e se dunque questo sia solo disponibile da parte della diretta interessata o se, invece, l’ordinamento non possa addivenire ad un tale esito anche indipendentemente dalla volontà di questa.

⁴⁴ Sulle profonde trasformazioni del sistema partitico spagnolo a far tempo dal 2014, R. L. Blanco Valdés, *España: partidos tradicionales y fuerzas emergentes (entre la crisis política y la crisis económica)*, in questa *Rivista*, 3, 2015, 797 ss. e R.L. Blanco Valdés, *El año en que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 109, 2017, 797 ss.

⁴⁵ In tema, sia consentito rinviare a M. Iacometti, *La Catalogna e il suo difficile percorso verso l’indipendenza*, in C. Martinelli (cur.), *La Scozia nella costituzione britannica. Storie, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, 2016, 254 ss.

⁴⁶ Rilevava il rafforzamento dell’istituzione monarchica già ad un anno dall’abdicazione di Juan Carlos, grazie all’operato imparziale di Felipe VI, L. Frosina, *Integrazione e secessione: la complessa evoluzione dei rapporti tra Unione Europea, Spagna e Catalogna*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 2, 2015, in www.nomosleattualitaneldiritto.it, 14. Sondaggi realizzati nel gennaio 2017 da *Sociométrica* hanno confermato la crescita di popolarità del nuovo Sovrano il cui gradimento è giunto al 7,3 su un totale di 10. In un periodo di crisi profonda per l’ordinamento spagnolo che ha dovuto, per la prima volta, fronteggiare, nel 2016, uno scioglimento automatico anticipato delle Camere, per l’impossibilità di trovare un accordo sulla investitura del Presidente del Governo dopo le elezioni del 20.12.2015, il nuovo Sovrano è stato impegnato in difficili consultazioni conclusesi finalmente, dopo una nuova tornata elettorale, con la formazione, il 29.10.2016, del Governo minoritario di Mariano Rajoy. Sul comunicato della Casa reale riguardante la proposta del Re, rivolta a Mariano Rajoy, perché questi accettasse la candidatura a Presidente del Governo dopo le elezioni del 20.12.2015, si cfr. R.L. Blanco Valdés, *El año en que vivimos peligrosamente*, cit., 90 s. In tema anche J.J. Solozábal Echevarría, *La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 109, 2017, 135 ss.

⁴⁷ Sulla monarchia come istituto certo anacronistico, ma più neutrale rispetto alla Presidenza della Repubblica essendo il Sovrano al di sopra dei partiti ed in grado di assicurare, in particolare nell’ordinamento spagnolo, sia «coesione politica» che, soprattutto, «territoriale», R.L. Blanco Valdés, *Monarquía ¿Para qué?*, cit., 27.

⁴⁸ Il costituzionalista E. Virgala Foruria, *Sentencia Nóos, Familia Real y Estado de Derecho*, cit., ha ad esempio affermato che, al di là della sua condanna al pagamento di una somma di denaro, derivante da responsabilità civile, Cristina abbia «la obligación moral de renunciar a sus derechos».

4. Qualche interrogativo di natura costituzionale.

Tale dubbio, affacciatosi alla dottrina costituzionalistica, è stato risolto in modo non affatto univoco dagli studiosi che se ne sono occupati, a testimonianza di una più generalizzata mancanza di certezza nella disciplina giuridica della Corona. Il vero è, come è stato icasticamente affermato, che la monarchia «è un’istituzione curiosa: tanto visibile come poco trasparente, tanto popolare come, in realtà, scarsamente compresa». Il Sovrano è, infatti, «una figura storicamente potente» in Spagna, «paese, in cui, salvo in limitati e incerti periodi, c’è stato uno Stato debole con una monarchia forte»⁴⁹. Dalle norme costituzionali che attribuiscono al Sovrano competenze limitate e assistite dalla controfirma, non è stato facile, specie inizialmente, ricostruirne correttamente la posizione. Ai sensi dell’art. 56 della Costituzione, questi è infatti simbolo dell’unità e della permanenza dello Stato⁵⁰, oltre che arbitro e moderatore del regolare funzionamento delle istituzioni⁵¹. Ed è proprio questa natura simbolica che è stata esattamente definita come il suo «punto forte» ed il «segreto del suo successo» a potersi mutare anche nel «suo punto più debole». Se, infatti, la posizione del Sovrano si traduce più in *auctoritas*⁵² che in *potestas* è anche vero che l’elevatezza e l’imparzialità connesse al suo ruolo⁵³ lo

⁴⁹ Così F. Rey, *La crisis del modelo de Monarquía blindada*, in *El País*, 26.4.2013, in elpais.com.

⁵⁰ Sulla funzione simbolica della monarchia e sulla impossibilità che questa sua natura sia attribuita da una norma giuridica, dovendo essere invece riconosciuta dalla coscienza sociale, F. Rubio Llorente, *La Corona* e P. de Vega, *El Rey, Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia*, entrambi, in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 44 e 84.

⁵¹ Sulle problematiche nozioni di moderazione e di arbitrato, M. Herrero y Rodríguez de Miñón, *La posición constitucional de la Corona*, in *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, III, *La Corona*, Madrid, 1991, 1933 ss.; A. Torres del Moral, *La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español*, in P. Lucas Verdú (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, 1983, 56 ss. In tema anche F. Rubio Llorente, *La Corona*, cit., 43 s.; J.M. Gil Robles, *El funcionamiento regular de las instituciones del Estado. Las funciones arbitral y moderadora del Rey*, in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 143 ss. Sulla natura meramente «descrittiva» delle norme costituzionali che proclamano il Sovrano simbolo e moderatore, che vanno valutate alla luce delle disposizioni «prescrittive» che gli attribuiscono specifiche competenze, J. Rodríguez-Zapata, *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Madrid, 1987, 83. Per una indicazione degli orientamenti dottrinali che hanno classificato le diverse competenze assegnate al Sovrano, distinguendole in espressione della sua natura di simbolo dello Stato e della sua posizione di moderatore e di arbitro, preferendo però ascriverle, secondo una visione «pansimbolista», alla funzione simbolica, A. Torres del Moral, *El Rey y las Fuerzas Armadas*, cit., 224 ss.

⁵² Sulla nozione di *auctoritas* e sulle diverse interpretazioni dottrinali della medesima, J.J. Ruiz Ruiz, *Los discursos y mensajes regios como fuente de «auctoritas»*, in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 519 ss. Secondo J.A. Santamaría Pastor, *Inhabilitación, regencia y tutela del Rey*, in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 409, anche gli atti compiuti in occasione del 23.2.1981 avrebbero manifestato la «intensa auctoritas carismática y populista» del Sovrano.

⁵³ Sulla neutralità politica del Sovrano, da intendersi non solo, in senso solo negativo, come il non essere di parte, ma, in senso positivo, come obbligo di fare «politica costituzionale», cioè di favorire il raggiungimento del consenso tra i partiti, E. García, *El Rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del artículo 56.1 de la Constitución*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 2014, 302 ss. Questo Autore ricorda le importanti «azioni politiche» svolte dal Sovrano, che si traducono in: «ejemplarizar» (cioè insegnare a ben comportarsi in democrazia), «esclarecer» (cioè individuare i grandi problemi della vita politica) e «promover» (cioè conservare la democrazia e ciò che la Costituzione garantisce).

costringono a sottoporsi ad un «plebiscito popular diario de aprobación»⁵⁴ e cioè a guadagnarsi, di giorno in giorno, la fiducia del suo popolo per poter rimanere il simbolo vivente dello Stato.

Un simbolo, però, la cui effettiva posizione è lungi dall'essere ben definita. È evidente, infatti, l'imperfetta redazione delle norme costituzionali riguardanti tale organo, specialmente di quelle contenute nel *Título II*, afflitte da una serie di criticità. Tra queste, sono state evidenziate la mancanza di chiarezza, la *parquedad* e la incompletezza, il rinvio alla tradizione storica in tema di successione alla Corona⁵⁵, la riserva a fonti da elaborare successivamente e di non sempre facile approvazione, come potrebbe essere, appunto, la legge organica, con conseguente *desconstitucionalización* della importante materia⁵⁶.

Basti pensare che l'art. 57 della Costituzione, dedicato, tra l'altro, all'individuazione del titolare della Corona⁵⁷, al Principe ereditario ed alle modalità di successione, utilizza le tradizionali regole dell'«orden regular» della primogenitura e della rappresentanza, con preferenza per la linea anteriore rispetto a quelle posteriori, nella stessa linea, del grado più prossimo rispetto a quello più remoto, nello stesso grado⁵⁸, dell'uomo rispetto alla donna⁵⁹e, tra persone dello stesso sesso, di chi sia più anziano. Ed, infine, lo stesso articolo dispone, nel suo comma 5, che «le abdicazioni e le rinunce e qualunque dubbio di fatto o di diritto che riguardi l'ordine di successione alla Corona sarà risolto grazie ad una legge organica»⁶⁰.

⁵⁴ Così, sempre F. Rey, *La crisis del modelo de Monarquía blindada*, cit.

⁵⁵ Sulla natura storica e tradizionale di molte previsioni, quali ad esempio quelle in tema di reggenza e di tutela e sull'esistenza di contraddizioni nella disciplina del Titolo II, J.A. Santamaría Pastor, *Inhabilitación, regencia y tutela del Rey*, cit., 408 s.

⁵⁶ A tale proposito M. Fernández-Fontecha Torres, A. Pérez de Armiñan y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución*, Madrid, 1987, 179 ss., affermano che, in generale, gli articoli dedicati alla Corona «no son precisamente un ejemplo de perfección técnica y de claridad mental». Anche il rinvio alla legge organica, da approvarsi, come è noto, con la maggioranza assoluta del Congresso dei Deputati, non facilita l'accordo parlamentare per la miglior disciplina di una istituzione che invece abbisognerebbe di ben altra definizione rispetto a quella che, in mancanza di una legge organica, è lasciata, per molti aspetti cruciali, a semplici decreti. Ad esempio, è disciplinato dal r.d. n. 2917 del 27 novembre 1981 il *Registro civil* nel quale sono annotate le nascite, i matrimoni, le morti e ogni atto o fatto riguardante lo stato civile dei componenti della *Familia Real*, composta dal Re, da sua moglie, dagli ascendenti in primo grado, dai discendenti e dal Principe (o Principessa) ereditario.

⁵⁷ Sottolinea che per la prima volta nella storia di Spagna la Costituzione del 1978 ha intitolato alla Corona e non al Re la parte che è dedicata al principio monarchico, essendo ora la Corona un'istituzione calata nell'ordinamento democratico e non più considerabile come un altro modo per definire il Sovrano, F. Rubio Llorente, *La Corona*, cit., 43.

⁵⁸ Concetti per la cui definizione si deve fare riferimento al diritto civile, come ricordano, M. Fernández-Fontecha Torres, A. Pérez de Armiñan y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución*, cit., 200 s.

⁵⁹ Il principio della preferenza dell'erede maschio fu uno dei pochi aspetti della disciplina «storica» della Corona che nel corso dei lavori preparatori della Costituzione si sarebbe voluto emendare, anche se poi non lo si modificò. Si trattava di un principio che il Consiglio di Stato, nel 2006, presentando al Governo di J. L. Rodríguez Zapatero una relazione sulle possibili proposte di revisione costituzionale, aveva suggerito di eliminare, pur salvaguardando la successione del Principe ereditario, di minore età rispetto alle sue sorelle. In tema, E. Álvarez Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *Derecho constitucional*, cit., 532. Sui lavori preparatori della disposizione, R. Entrena Cuesta, *Artículo 57.1*, in F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3 ed., Madrid, 2001, 1040.

⁶⁰ L'art. 57.5 Cost. è stato interpretato in diversi modi. Come sottolinea A. Torres del Moral,

È noto, però, che non è stato mai approvato un atto normativo che disciplinasse partitamente ed in modo generale questi oggetti, essendo l'unica fonte in materia proprio la legge organica del 2014 che ha semplicemente rilevato come un fatto l'abdicazione di re Juan Carlos e che è, comunque, una *ley de caso único*. La legge organica n. 3 del 2014 consta infatti di un solo articolo diviso in due commi, nei quali si dispone che Sua Maestà il Re Juan Carlos I di Borbone abdicata alla Corona di Spagna e che l'abdicazione diventerà effettiva a far tempo dall'entrata in vigore della presente legge organica (legge che, ai sensi della sua disposizione finale unica, entrerà in vigore al momento della sua pubblicazione nel *Boletín Oficial del Estado*)⁶¹. La legge non dispone nulla quanto alla successione del nuovo Sovrano, come è giusto che sia, essendo questa automaticamente prevista in virtù delle regole contenute nell'art. 57⁶².

Si è affermato, in passato, che, essendo l'abdicazione un atto personalissimo, non sarebbe sempre opportuno che le *Cortes* intervengano⁶³, parendo tale intervento una autorizzazione a compiere un atto o un'approvazione non dovuta e non potendosi comunque obbligare il Sovrano a non abdicare⁶⁴. In realtà,

En torno a la abdicación, de la Corona, in *Rev. española de derecho constitucional*, 102, 2014, 15 s., potrebbe essere emanata una sola legge organica che disciplini abdicazione, rinunce e dubbi, oppure tante leggi organiche per ognuno degli aspetti cui si riferisce la previsione costituzionale, oppure una legge organica per ogni singolo caso di abdicazione, di rinuncia o di risoluzione di dubbi. Questo Autore propende, però, per una legge organica che riguardi il procedimento di abdicazione e di rinuncia in generale e leggi organiche per ogni abdicazione e rinuncia effettive e per ogni dubbio o insieme di dubbi che possano sorgere. Sulla convenienza di approvare una sola legge organica per ogni ipotesi prevista dall'art. 57.5 Cost., senza escludere, però, successive leggi organiche in caso di nuovi dubbi di fatto o di diritto, A. Sáiz Arnaiz, *La sucesión en la Corona. Abdicación y renuncia*, in *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho parlamentario*, Madrid, 2001, 430 ss. Per un attento esame delle diverse posizioni dottrinali a riguardo, propendendo, in base a differenti criteri interpretativi, per ritenere che l'art. 57.5 Cost. alluda a singole leggi organiche, F. Santaolalla López, *Sentido de la Ley de Abdicación*, in *Diario del Derecho*, 7.7.2014, in www.iustel.com.

⁶¹ Per una critica alla redazione della legge, che si limita a constatare l'abdicazione come un fatto avvenuto senza inserire neppure un «se aprueba» da parte delle *Cortes*, A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 27. Nello stesso senso, pur giudicando per lo più come «costituzionalmente corretta» la legge organica, F. Santaolalla López, *Sentido de la Ley de Abdicación*, cit.

⁶² Così, espressamente. F. Rey, *El Rey y la ley*, cit. Si tratta di regole, come afferma A. Torres del Moral, *La sucesión en la Corona y en los títulos nobiliarios*, in A. Torres del Moral (dir.), *Monarquía y Constitución*, Madrid, 2001, 182 che risalgono al *Derecho histórico* spagnolo (e all'antica *Ley de Partidas*). In tema, dello stesso Autore, *Reforma constitucional de la sucesión en la Corona*, in *Rev. española de la función consultiva*, 4, 2005, 26.

⁶³ J. Tomas Villarroya, *Artículo 57.5*, cit., 162 ss. ritiene che l'abdicazione si colleghi, talvolta, a delicate decisioni del Sovrano che non potrebbero essere valutate da un organo politico. La storia proverebbe, inoltre, come tutte le abdicazioni, a far tempo da quella di Amedeo di Savoia si siano realizzate senza il rispetto delle previsioni costituzionali, traducendosi in un “fatto” nei confronti del quale si manifestano tutti i limiti della disciplina giuridica.

⁶⁴ Secondo F. Rey, *El Rey y la ley*, cit., la legge organica, lungi dall'essere espressione di una autorizzazione, espressamente prevista nel passato, è ora ricostruibile solo come un «atto formale che perfeziona la volontà di abdicazione» del Re, non potendolo obbligare a non abdicare. A parere di A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 27, i voti dati dai deputati e dai senatori alla legge organica non dovrebbero confermare un fatto, ma piuttosto approvarlo, considerandolo conforme a diritto e non pregiudizievole alla nazione. D'altro canto, le *Cortes* sono anche ora chiamate a numerose, diverse decisioni nei confronti della Corona, anche se devono realizzarle in seduta comune e non è chiaro con quale tipologia di atto, poiché l'art. 74 Cost. allude a funzioni delle *Cortes* all'interno del Tit. II di tipo *no legislativo*. Su questo complesso tema, A. Navas Castillo, *Las “competencias no legislativas” de las Cortes Generales en*

l'intervento delle *Cortes* è stato giustamente evocato dall'Esecutivo, al quale si deve l'iniziativa della più volte ricordata legge organica, di un giorno successiva alla comunicazione ufficiale del Re al Presidente del Governo della volontà di abdicare, in omaggio, non solo al testo della vigente Costituzione (che, quanto alla necessità di una legge organica per ogni singolo caso di abdicazione, è stato difformemente interpretato), ma anche alla tradizione, che non poteva essere preterita, escludendo l'intervento delle *Cortes* proprio nell'ordinamento più democratico sino ad ora realizzatosi nella storia costituzionale della Spagna.

Basti pensare, infatti, come anche la dottrina italiana ha sottolineato, che tutte le Costituzioni spagnole hanno chiamato le *Cortes* a manifestare il loro consenso o la loro autorizzazione alla abdicazione⁶⁵.

Inoltre, con l'art. 57.5 si è introdotta nella Costituzione del 1978 (come è avvenuto con riguardo a quasi tutti i profili della disciplina della Corona), un'altra regola che fa parte del diritto "storico". Tutte le Costituzioni monarchiche precedenti non solo chiamano le *Cortes* ad intervenire quando si profili una abdicazione, ma evocano la loro competenza anche per quanto riguarda dubbi di fatto o di diritto relativi all'ordine di successione⁶⁶. Il diritto "storico" garantisce alle *Cortes* anche il potere di escludere dalla successione le persone non solo incapaci, ma che abbiano fatto qualcosa per la quale meritino di perdere il diritto alla Corona⁶⁷.

Ma anche se si è sostenuto che non fosse necessaria l'approvazione di una legge in caso di abdicazione del Sovrano⁶⁸, diversamente dal consenso o

⁶⁵ Così S. Curreri, *I prevedibili (e evitabili) problemi sollevati dall'abdicazione di Re Juan Carlos I*, in *Federalismi.it*, 15, 2014, 5, il quale ricorda che se l'art. 172.3 della Costituzione gaditana alludeva al consenso, le successive Costituzioni del 1837 (art. 48.6), del 1845 (art. 46.4 che disponeva, a riguardo, la necessità di una legge speciale di autorizzazione), del 1856 (art. 53.7 che prevedeva, anch'esso, una legge speciale di autorizzazione allo scopo), del 1869 (art. 74.7 che alludeva sempre ad una legge speciale) e del 1876 (art. 55.5) introducevano, in genere, la necessità di una legge speciale di autorizzazione all'abdicazione (talora esplicitamente precisando che l'abdicazione avrebbe dovuto essere fatta in favore dell'immediato successore). Lo scopo di tale pronuncia delle *Cortes*, per l'Autore, sarebbe stato quello di «accertare che l'abdicazione fosse un atto libero e volontario del Re», dato che non sempre l'abdicazione o la rinuncia era stata libera, come nel caso della ben nota imposizione fatta a Carlo IV e al figlio Ferdinando VII da parte di Napoleone Bonaparte, da cui sarebbe derivata la ribellione degli spagnoli all'invasore francese. Non era però estranea a tale orientamento in favore della legge, come sempre sottolinea il citato Autore, la possibilità che le Camere potessero così esercitare anche un potere di veto nei confronti del successore. In tema anche J. Tomas Villarroya, *Artículo 57.5*, cit., 160, il quale evoca l'orientamento sostenuto da risalente dottrina, in virtù del quale l'autorizzazione all'abdicazione fosse da interpretare come la necessità che l'implicito patto tra Sovrano e il suo popolo, quanto alla assunzione della Corona, non avrebbe potuto interrompersi senza l'assenso dei rappresentanti di quest'ultimo, le *Cortes*. Sull'autorizzazione all'abdicazione nelle Costituzioni del 1845, 1869 e 1876, anche G. Vagli, *Spagna. Problematiche inerenti all'abdicazione del Re*, in *Forum di Quad. cost.*, 18.6.2014, 2, in www.forumcostituzionale.it.

⁶⁶ Così, l'art. 131.3 Cost. Cadice 1812; l'art. 40.2 Cost. del 1837; l'art. 53 Cost. del 1845 (che affida espressamente ad una legge tale competenza); l'art. 58.2 Cost. del 1869; l'art. 63 Cost. del 1876. Si è però sottolineato che l'innovazione introdotta dalla Cost. del 1978 consisterebbe nel prevedere nella stessa disposizione la necessità di disciplinare abdicazione e rinuncia.

⁶⁷ In tal senso, l'art. 181 Cost. di Cadice; l'art. 54 Cost. del 1837; l'art. 54 Cost. del 1845 (che affida tale compito ad una legge); l'art. 58.1 Cost. non promulgata del 1856; l'art. 80 Cost. del 1869; l'art. 64 Cost. del 1876 (che come la Cost. del 1845 attribuisce tale compito ad una legge).

⁶⁸ Così J.M. Serrano Alberca, *La abdicación y sus derivas jurídicas*, in *El Mundo*, 3.6.2014, in

dall'autorizzazione espressamente richiesta, in passato, alle *Cortes*, sembra che la disposizione costituzionale oggi vigente debba interpretarsi nel senso che una legge organica debba disporre, più in generale, in materia di abdicazione e di rinuncia⁶⁹ e che questa fonte debba comunque intervenire ove dubbi di diritto o di fatto sorgano e, quindi, anche in singoli casi che si possano in futuro verificare.

Nessuna previsione sulle rinunce ai diritti successori alla Corona è stata però sino ad ora introdotta, anche se la dottrina, non diversamente da quanto ha affermato rispetto all'abdicazione, ha sostenuto che anche la rinuncia è atto «volontario, di carattere personalissimo, unilaterale e recettizio e, con ogni evidenza, irrevocabile», pur distinguendo, ovviamente, quest'ultima dalla prima. Quanto alla rinuncia, infatti, questa, a differenza della abdicazione, si attiva prima della realizzazione del diritto ad esercitare la funzione regia. La rinuncia, pur ricollegandosi al meccanismo della successione, non lo riguarda in modo diretto, ma solo indiretto «in quanto presuppone una alterazione nell'ordine costituzionalmente stabilito dall'articolo 57»⁷⁰.

Non manca, però, una più aggiornata e forse più condivisibile interpretazione sia della abdicazione che della rinuncia, la cui ricostruzione tradizionale ha probabilmente risentito, come è stato ben posto in rilievo, di una visione della monarchia più simile a quella limitata che non alla parlamentare⁷¹. La abdicazione sarebbe infatti dotata delle caratteristiche ricordate, ed in particolare, della natura personale, volontaria, unilaterale, recettizia, solo quanto alla fase iniziale, quella ascrivibile alla volontà del Sovrano, essendo le *Cortes* (ed il Governo) non obbligate giuridicamente alla «conversione automatica» con legge organica della scelta del Sovrano⁷².

Ed anche la rinuncia non potrebbe essere considerata un atto altrettanto personale e assolutamente libero che debba essere necessariamente accettato dalle *Cortes*, dovendo essere invece ricostruito come un «atto di stato», suscettibile di dibattito da parte di queste ultime, pur con la significativa differenza, rispetto all'abdicazione, che, in genere, la rinuncia non creerà particolari problemi

www.elmundo.es/opinion/2014/06/03. Per una critica all'approvazione della legge organica sull'abdicazione di Juan Carlos, anche G. Vagli, *Spagna. Problematiche inerenti all'abdicazione del Re*, cit., 3 s. Più possibilista, a riguardo, la posizione di F. Rey, *El Rey y la ley*, cit. Favorevole, invece, S. Curreri, *I prevedibili (e evitabili) problemi*, cit., 5 ss.

⁶⁹ In tal senso J.M. Serrano Alberca, *La abdicación y sus derivas jurídicas*, cit. Nel 2013, il partito *Unión Progreso y democracia* aveva chiesto al Governo di presentare una proposta di legge organica che disciplinasse tali aspetti della Corona, ma, adducendo la mancanza dei consensi necessari, l'Esecutivo rifiutò la richiesta. In tema, L. Frosina, *La constitución intocable alla prova del suo 35° anniversario*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 3, 2013, in www.nomosleattualitaneldiritto.it, 906.

⁷⁰ Così M. Fernández-Fontecha Torres, A. Pérez de Armiñan y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución*, cit., 221 ss. i quali ritengono, però, che sia «aberrante» lasciare alle *Cortes* la valutazione di un atto così personale.

⁷¹ Così A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 20 ss.

⁷² Così A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 20 ss. il quale sottolinea che la decisione regia può essere oggetto, pur con il dovuto rispetto, di una valutazione da parte del Presidente del Governo, potendo non essere opportuna in certi momenti di vita dello Stato o non essere realizzata in modo assolutamente libero, e che è comunque non definitiva sino alla conclusione del procedimento legislativo e alla pubblicazione della legge organica. Sull'abdicazione come atto personalissimo, ma che richiede una preventiva autorizzazione delle *Cortes*, A. Sáiz Arnaiz, *La sucesión en la Corona*, cit., 432 s.

all'ordinamento, a meno che il rinunciante non sia l'unico successore⁷³. La rinuncia sarà inoltre sottoposta ai limiti previsti dal diritto civile, limiti che l'art. 6 del codice civile identifica nell'interesse pubblico, nell'ordine pubblico e nel pregiudizio di terzi⁷⁴.

Proprio in base alla natura personale dell'atto, in dottrina si è affermato che solo Cristina potrebbe rinunciare ai propri diritti alla linea di successione⁷⁵. Non è mancato, però, chi ha sostenuto che le *Cortes*, con legge organica, potrebbero certamente decidere in tal senso⁷⁶ e pare che questa sia la soluzione più corretta in un ordinamento nel quale l'istituzione monarchica non può che essere sottoposta al potere, legittimato democraticamente, delle Camere che rappresentano il popolo sovrano.

Un'altra questione è stata giustamente evocata, quella del se la eventuale rinuncia di Cristina possa dispiegare effetti nei confronti dei suoi figli, che, come si è detto, occupano dal settimo al decimo posto nella linea di successione. Ed anche su tale interrogativo non sembra esserci accordo, esistendo chi ritiene che la rinuncia non possa che riflettersi anche sui diritti dei successori del rinunciante⁷⁷ e, viceversa, affermandosi, invece, secondo un orientamento che pare più condivisibile, che la rinuncia non possa inficiare tali diritti⁷⁸.

⁷³ In tema, A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 38, che ritiene che la rinuncia, rispetto alla abdicazione, consenta più ampi margini alla libertà del soggetto che la realizza. Distingue, però, la rinuncia dell'erede al trono dagli altri possibili titolari del diritto, sostenendo che la legge organica di disciplina possa introdurre previsioni diverse nei due casi, essendo, la rinuncia del Principe delle Asturie, più simile ad una abdicazione, con possibile intervento del Governo e delle *Cortes*, A. Sáiz Arnaiz, *La sucesión en la Corona*, cit., 435.

⁷⁴ In tal senso, A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 37 s., ricordando la ricostruzione di López Vilas e considerando che i tre limiti possano essere ridotti ad uno solo: la ragion di stato «en su rica pero inconcreta variedad».

⁷⁵ In tal senso, E. Virgala Foruria, *Sentencia Nóos, Familia Real y Estado de Derecho*, cit. e Y. Gómez Sánchez, *Caso Nóos, la primacía de la ley*, in *El País*, 17.2.2017, in politica.elpais.com.

⁷⁶ Così, F. Santaolalla, *La sentencia y la Infanta*, in *Diario del Derecho*, Iustel, 1.3.2017, in www.iustel.com e *Las Cortes pueden quitar los derechos sucesorios a la infanta Cristina*, in *El Periódico*, 19.2.2016, in www.elperiodico.com, che ricorda le affermazioni, a riguardo, di importanti costituzionalisti quali A. Torres del Moral e J. Tajadura.

⁷⁷ Così F. Rey, *El Rey y la ley*, cit., F. Santaolalla, *La sentencia y la Infanta*, cit., il quale ritiene che la legge organica potrebbe sancire la rinuncia anche in modo indipendente dalla volontà dell'*Infanta*. La stessa legge potrebbe decidere in modo espresso o tacito di escludere anche i suoi figli dalla successione. Come questo Autore ricorda, secondo la *tradición monárquica*, la rinuncia si estende anche ai discendenti come era avvenuto, ad esempio, nel 1933, nel caso di don Jaime. In tema anche Y. Gómez Sánchez, *Caso Nóos, la primacía de la ley*, cit., la quale ritiene che anche se la rinuncia, per tradizione, si rifletterebbe sui discendenti, la legge organica disciplinatrice potrebbe decidere in modo diverso degli effetti dell'atto, tutelando i diritti dei figli.

⁷⁸ In tal senso R. López Vilas, *La sucesión en la Corona (Comentarios al art. 57 de la Constitución)*, in P. Lucas Verdú (dir.), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, 1983, 149, il quale sostiene che la legge organica potrebbe però eventualmente introdurre disposizioni *a contrario*. In senso simile, R. Entrena Cuesta, *Artículo 57.5*, in F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, 1049. A. Pérez de Armiñan y de la Serna, *Artículo 57.5*, in Ó Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, V, Madrid, 1997, 172, ritiene che se la rinuncia ai diritti possa in astratto riguardare anche il futuro, non possa invece avere effetti nei confronti dei discendenti già in vita, non potendo causare pregiudizi a terzi, come avviene anche per la rinuncia nel diritto civile. A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 38, modificando suoi orientamenti precedenti, ritiene che la rinuncia non si rifletta sui successori, anche se quelli nati dopo di questa non possano usufruire di diritti che si erano già estinti. A. Sáiz Arnaiz, *La sucesión en la Corona*, cit., 436, sostiene la mancanza di effetti della rinuncia nei confronti dei discendenti del rinunciante, poiché quando la

I dubbi e le differenti interpretazioni su aspetti essenziali dello *status* dei soggetti che compongono la linea di successione dovrebbero essere finalmente sciolti con una adeguata disciplina giuridica, come più volte ha sottolineato, specie in occasione della abdicazione, la dottrina⁷⁹, approfittando del fatto che la crisi, apertasi con il “caso Nóos”, che tanto male ha fatto all’istituto monarchico e che ora è finalmente giunto alla sua soluzione giudiziaria, potrebbe essere, come talvolta avviene nella vita delle persone, una utile occasione per voltare pagina rispetto all’orientamento del passato. Il momento pare anche propizio considerando l’atteggiamento estremamente positivo dell’attuale Sovrano che ha dimostrato non solo di voler essere imparziale e di realizzare con grande impegno i propri elevati compiti istituzionali, ma di voler prendere decisamente le distanze da comportamenti ritenuti non adeguati e poco trasparenti, posti in essere anche da chi⁸⁰, pur non facendo più parte della *Familia Real*, appartenga alla più ampia *Familia del Rey*.

Costituzione ha inteso ridurre diritti di successione lo ha previsto espressamente (come nel caso della privazione di tali diritti per chi contragga matrimonio in contrasto con il parere del Re e delle *Cortes*). Lo stesso Autore ritiene che la legge organica possa però differenziare gli effetti della rinuncia nei confronti dei discendenti del rinunciante già nati (o concepiti) e di quelli futuri.

⁷⁹ Che la mancanza di alcuna disciplina giuridica sia stata una «miopía política», anche se la mancata approvazione di una legge organica si collegava al desiderio di «no atraer demasiado el foco público sobre la institución para no desgastarla» è sostenuto da F. Rey, *El Rey y la ley*, cit. Si è trattato di una «pasividad» della politica che andrebbe superata essendo responsabilità del Parlamento e del Governo l’introdurre una disciplina di tali aspetti della Corona che meglio potrebbe farle recuperare il suo significativo ruolo. In tal senso, F. Rey, *La crisis de la Monarquía blindada*, cit. In tema anche A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 40 ss, il quale enumera una serie di questioni giuridiche riguardanti, tra l’altro, la morte del Sovrano e lo *status* dell’erede al trono, che dovrebbero essere finalmente risolte.

⁸⁰ A. Torres del Moral, *En torno a la abdicación*, cit., 47, ha sottolineato, a questo proposito, come Juan Carlos avesse manifestato una certa «passività» nei confronti dei comportamenti di Cristina e come invece Felipe sia stato il «più severo critico» nei confronti della sorella e del cognato e non abbia esitato, sin dall’inizio delle sue funzioni, a porre l’accento sul problema dei «negocios privados» dei componenti della famiglia. D’altro canto, come ben sottolinea A. Torres del Moral, *Monarquía, democracia y opinión pública*, in A. Torres del Moral (dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Madrid, 2000, 575 s. il Sovrano, ma anche i componenti della linea di successione alla Corona, hanno uno svantaggio rispetto ai poteri legittimati dal suffragio: se cadono in disgrazia agli occhi della pubblica opinione, trascinano con sé il rispetto per la stessa monarchia. Per tale motivo devono prestare grande attenzione a «cultivar el prestigio de la Corona». D’altra parte, la perdurante “utilità” del Sovrano, all’interno dell’ordinamento spagnolo, in cui la monarchia ha perso una «legitimidad de origen», è assicurata, nell’ordinamento democratico introdotto dalla Costituzione del 1978, solo a patto che il Monarca mantenga una «fuerte legitimidad de ejercicio», cioè si dimostri all’altezza del suo elevato ed imparziale compito, come sottolinea R. L. Blanco Valdés, *Monarquía ¿Para qué?*, cit., 28. Anche S. Gallego Díaz, *Una institución abandonada en manos del rey*, cit., 37, ricorda la necessaria legittimazione del Sovrano, legata ad una *ejemplaridad*, che in passato era specialmente richiesta per la sua attività pubblica, ma che ora pare sempre più necessaria anche con riguardo alla sua vita privata. Sulla ricostruzione di forme di possibile responsabilità del Sovrano che non adempia ai suoi doveri e sulla sua incompatibilità rispetto a *negocios lucrativos*, da introdursi con modifiche costituzionali, si cfr. E. Belda, *La evaluación y el control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la corona*, in *Rev. catalana de dret públic*, 51, 2015, 163 ss.

La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo sul “nuovo diritto del lavoro”: due modelli di giudizio alternativi di fronte alle riforme “flessibilizzatrici” in Europa

di Pietro Masala

Abstract: *The case-law of the Spanish Constitutional Court concerning “new labour law”: two alternative models of judicial review face to labour flexibilization in Europe –*

The crisis and the new economic governance of the European Union have fostered significant reforms of national labour market legislations. Two main analogies can be observed: the leading position of Governments in their approval, implying the marginalization of Parliaments; flexibility measures, implying a diminished protection for fundamental workers rights and a diminished role of trade unions. A critical analysis of the constitutional case-law concerning the Spanish reform of 2012 is useful to reflect upon the compatibility of such measures with the principles of the “Social and democratic State of law” and upon possible future decisions of the Italian Constitutional Court.

Keywords: European Union; Economic and financial crisis; Labour market reforms; Constitutional Court of Spain; Constitutional balancing.

517

1. Il nuovo diritto del lavoro europeo e la riforma spagnola del 2012

Nell’ambito dell’Unione europea (UE), la crisi finanziaria internazionale iniziata nel 2008 e la nuova *governance* economica definita in tale contesto hanno favorito significative riforme delle legislazioni nazionali in materia di lavoro, particolarmente negli Stati membri dell’Unione economica e monetaria che sono risultati più vulnerabili. Possono ricordarsi le riforme adottate in Spagna (2010-11 e 2012), Italia (2012 e 2014-15) e Francia (2016), oltre a quelle approvate negli Stati che nella fase più acuta della crisi hanno sottoscritto accordi per l’accesso alle nuove forme di assistenza finanziaria ispirate criteri di rigida condizionalità, il cui corrispettivo è stato l’impegno a modificare, secondo precise direttive, le proprie legislazioni riguardanti la sfera economica e sociale (si pensi, nell’area “mediterranea” o meridionale dell’UE, ai casi di Portogallo e Grecia)¹. In generale, ricorrono due analogie fondamentali: sotto l’aspetto formale-procedimentale, il protagonismo dei Governi e la marginalizzazione dei Parlamenti (e delle parti

¹ Un’aggiornata visione d’insieme, con analisi svolte da studiosi dei diversi Paesi interessati è offerta da M. do Rosário Palma Ramalho, T. Coelho Moreira (coords.), *Crise Económica: Fim o Refundação do Direito do trabalho? Acta do Congresso Mediterrânico de Direito do Trabalho*, Lisboa, 2016. Con attenzione al contesto europeo e alla situazione italiana: B. Caruso, G. Fontana (cur.), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015.

sociali) nell'approvazione dei provvedimenti²; quanto ai contenuti, l'introduzione di misure di flessibilizzazione del mercato del lavoro, che implicano un arretramento della protezione di alcuni fondamentali diritti dei lavoratori e un ridimensionamento del ruolo delle organizzazioni sindacali. Tanto per i suoi contenuti come per il suo processo di formazione il nuovo diritto del lavoro europeo – risultante dagli indirizzi definiti a livello sovranazionale nel contesto della crisi, accordati fra i Governi nazionali e istituzioni europee e internazionali carenti di legittimazione democratica, e dalla loro implementazione nelle legislazioni degli Stati membri mediante atti adottati o comunque approvati su impulso degli stessi Governi – significa un cambiamento di paradigma rispetto al modello definito nella cornice dello Stato sociale e democratico di diritto³ consacrato nelle Costituzioni del dopoguerra, che si caratterizzava per essere protettore dei diritti dei lavoratori e promotore della contrattazione collettiva.

Quel modello era già stato messo in discussione da precedenti riforme “flessibilizzatrici”, promosse nell'UE fin dall'ultimo decennio del XX secolo mediante processi “aperti” di coordinamento delle politiche del lavoro nazionali, i cui obiettivi devono in definitiva porsi in relazione con il nuovo contesto della globalizzazione. Come è noto, la Strategia europea per l'occupazione, avviata nel 1997 e proseguita nell'ambito delle più ampie Strategie di Lisbona e Europa 2020, ha individuato come modello di regolamentazione del mercato del lavoro quello basato sulla «flessicurezza» a cui si ispirano le legislazioni di Stati come Paesi Bassi e Danimarca: idea che essenzialmente «consiste nel favorire la formazione di un mercato del lavoro altamente flessibile che incrementi i livelli di competitività nell'economia globalizzata, garantendo in compenso ai lavoratori una maggiore sicurezza nei periodi di passaggio da un impiego a un altro»⁴. Tuttavia, già prima

² Nel caso spagnolo sono ricorsi al decreto-legge sia il Governo Zapatero sia il Governo Rajoy. Nel caso francese, della *Loi n. 2016-1088 du 8 août 2016, relative à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, proposta dal Governo Valls, le opposizioni sociali e parlamentari sono state superate mediante la procedura dell'art. 49.3 CF, che esautorava l'*Assemblée nationale*. In Italia, il ricorso al decreto-legge nel settore è stato limitato (ma non irrilevante: cfr. d.l. n. 34/2014, conv. con modif. ex l. n. 78/2014); tuttavia l'approvazione della c.d. riforma Monti-Fornero (l. n. 92/2012) e del c.d. *Jobs Act* del Governo Renzi (l. n. 183/2014 e decreti attuativi delle deleghe ivi conferite) è avvenuta con modalità che hanno fortemente limitato il ruolo del Parlamento. Sul caso italiano, v. A. Guazzarotti, *Riforme del diritto del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2014; per un confronto con le prassi relative al settore nei due decenni precedenti, che evidenzia un salto qualitativo nel senso indicato: P. Masala, *Ripercussioni della nuova governance europea collegata alla crisi economico-finanziaria sugli equilibri interni alla democrazia parlamentare, con particolare riferimento all'esercizio della funzione legislativa: il caso italiano*, in F. Lanchester (cur.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, 2016, 323-372, e Id., *Crisi della democrazia parlamentare e regresso dello Stato sociale: note sul caso italiano nel contesto europeo*, in *Riv. AIC*, 4, 2016, 1-30 (specialmente 8-10).

³ La formula è usata nell'art. 1 CE (per cui la Spagna è un «*Estado social y democrático de derecho*»), che riprende quella dell'art. 20 GG (per cui la Repubblica federale tedesca è un «*demokratischer und sozialer Bundestaat*»), ma si presta a descrivere la forma di Stato consacrata in altre Costituzioni, come quelle italiana, greca e portoghese, accomunate dall'enunciazione dei principi fondamentali del costituzionalismo sociale e democratico.

⁴ E. del Pino, J.A. Ramos, *Políticas de protección por desempleo en perspectiva comparada: hacia la remercantilización y la activación*, in E. Del Pino, M.J. Rubio Lara (eds.), *Los Estados de bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, 2016, 293-316 (per la citazione, 307). V. inoltre S. Bekker, *Flexicurity: The Emergence of a European Concept*, Cambridge, 2012 e S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro*, Roma-Bari, 2013, 27-42.

della crisi, l'applicazione in altri Stati membri di questa strategia promossa nell'UE per favorire, asseritamente e in particolare, l'inclusione nel mercato del lavoro dei giovani disoccupati o inoccupati, ha significato un aumento della flessibilità (perseguita mediante nuove forme contrattuali e la riduzione dei costi salariali), senza garantire un corrispondente aumento della sicurezza⁵. Sicché può dirsi certo l'arretramento delle tutele rispetto ai progressi compiuti nei decenni di consolidamento del modello “protettore”; mentre è controversa la capacità delle misure flessibilizzatrici di facilitare la creazione di lavoro.

Nella nuova fase aperta dalla crisi, le tendenze flessibilizzatrici e regressive si sono accentuate e imposte nettamente, tanto negli orientamenti definiti a livello europeo come nelle legislazioni nazionali, superando ostacoli procedurali e resistenze politiche e sociali che in precedenza le avevano contenute. Si è così verificato un salto di qualità, specialmente negli Stati in difficoltà, in cui misure dirette a ridurre i costi dei licenziamenti e il ruolo delle organizzazioni sindacali e della contrattazione collettiva nazionale sono state giustificate allegando la loro presunta indispensabilità per permettere alle imprese di adeguarsi alla congiuntura critica (o, in realtà, al nuovo contesto globale) e in tal modo facilitare la creazione di occupazione o la sua conservazione. Questo modello ha potuto imporsi mediante norme approvate direttamente dai Governi di quegli Stati o dietro loro impulso e corrispondenti agli indirizzi della nuova *governance* economica europea, i quali hanno rappresentato al contempo fonti di condizionamento e di legittimazione delle misure nazionali e delle modalità con cui sono state approvate⁶. Mentre non erano stati altrettanto efficaci i precedenti processi di coordinamento aperto⁷.

Tali trasformazioni si inscrivono nel quadro di una «mutazione costituzionale» dell'UE⁸, che ha dirette ripercussioni sugli ordinamenti degli Stati membri, nei quali determina, materialmente e in parte anche formalmente⁹, il passaggio dal modello costituzionale dello Stato sociale e democratico di diritto a un diverso modello di Stato. L'impressione, condivisa da vari osservatori, è che la crisi abbia rappresentato l'occasione (o il pretesto) per trarre implicazioni estreme dalla globalizzazione e adattare le legislazioni nazionali a questo nuovo contesto: perché ha portato alla nuova *governance* economica dell'UE, definita e implementata da governi e istituzioni tecnocratiche; e perché, insieme con questa, è servita per

⁵ E. del Pino, J.A. Ramos, *op. et loc. cit.*

⁶ Cfr. S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in M. Cinelli, S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, Torino, 2014, 85-116; N.M. MartínezYáñez, *La coordinación de las políticas sociales y de empleo en el vórtice de la gobernanza económica europea*, in *Rev. der. com. eur.*, 52, 2015, 949-984; A. Guazzarotti, *op. cit.*; P. Masala, *Ripercussioni, cit.*, e Id., *Crisi della democrazia*, cit.

⁷ Su tali processi: M. Heidenreich, S. Zeitlin (eds), *Changing European Employment and Welfare Regimes. The Influence of the Open Method of Coordination on National Labour Market and Social Welfare Reforms*, London, 2009. Con specifica attenzione agli effetti sulla legislazione italiana: E. Rossi, V. Casamassima (cur.), *La politica sociale europea tra armonizzazione e nuova governance. L'impatto sull'ordinamento italiano*, Pisa, 2013.

⁸ A.J. Menéndez Menéndez, *La mutación constitucional de la Unión Europea*, in *Rev. esp. der. const.*, 96, 2012, 41-98.

⁹ Si allude alla *Reforma* spagnola del 2011 (*de 27 de septiembre*) e all'italiana l. cost. n. 1/2012, che hanno introdotto nelle rispettive Costituzioni i principi di *sostenibilidad presupuestaria* (art. 135 CE) e dell'equilibrio di bilancio (artt. 81 e 119 Cost.) per dare attuazione all'art. 3, par. 2 del c.d. *Fiscal Compact*.

legittimare riforme socialmente regressive e il protagonismo dei Governi a detrimento dei Parlamenti nella loro approvazione. I tradizionali deficit sociale e democratico dell'UE si sono così aggravati e estesi agli Stati membri in difficoltà: l'implementazione a livello nazionale di un indirizzo politico "condizionato" ha significato, da un lato, il contenimento e la riduzione della spesa sociale in nome (asseritamente) della sostenibilità dei bilanci pubblici; dall'altro lato, la flessibilizzazione del mercato del lavoro in nome (asseritamente) della sostenibilità dell'attività d'impresa e "pertanto" dell'inclusione nel mercato del lavoro. Il passaggio da un modello di Stato conforme ai principi del costituzionalismo sociale e democratico a un modello di ispirazione che può definirsi genericamente neoliberale e tecnocratica in definitiva rende manifesta la prevalenza del potere economico sul potere politico democraticamente legittimato e in concreto la capacità del primo di condizionare le decisioni degli Stati nella definizione delle politiche economiche e sociali; o, quanto meno, rende manifesta l'aderenza delle strategie attuate da buona parte delle classi dirigenti europea e nazionali ai *desiderata* dei gruppi sociali che di quel potere sono i detentori¹⁰. A questo cambiamento – verso una Europa «asociale»¹¹ e meno democratica¹² – corrisponde la trasformazione del diritto del lavoro che si è qui sommariamente descritta¹³.

Il caso spagnolo e particolarmente la riforma del diritto del lavoro del 2012 (*Real Decreto-ley 3/2012* convertito nella *Ley 3/2012, de 6 de julio*, entrambi «*de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*») possono considerarsi paradigmatici, tanto per le modalità di approvazione della *reforma laboral* come per i suoi contenuti. Sotto entrambi gli aspetti si osserva una certa continuità rispetto alle riforme approvate nei due decenni precedenti¹⁴, ma anche l'accentuazione di cui si è detto. Così, non è una novità, bensì la norma dalla metà degli anni novanta del secolo passato, l'uso del decreto-legge, in periodi tanto di crescita economica come di crisi, per facilitare un più rapido adattamento del mercato del lavoro ai

¹⁰ Su tali trasformazioni e sul contesto globale in cui si inseriscono, cfr. L. Gallino, *Il colpo di Stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino, 2013; A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché global*, Paris, 2010, e Id., *La gouvernance par les nombres*, Paris, 2014; G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Roma-Bari, 2014; G. Silvestri, *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, in E. Ceccherini (ed.), *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 3-11, con efficace sintesi coerente con le riflessioni svolte in più estesi contributi, ben riassunte in G. Grasso, *Crisi economico-finanziaria globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «La separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Riv. AIC*, 2, 2015, 1-14; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012; P. Masala, *Ripercussioni*, cit. e Id., *Crisi della democrazia*, cit.

¹¹ L. Moreno Fernández, *La Europa asocial. Crisis y Estado del bienestar*, Barcelona, 2013.

¹² Cfr., ad es., L. Gallino, *op. cit.*, A.J. Menéndez Menéndez, *op. cit.*, P. Masala, *Crisi della democrazia*, cit.

¹³ Sulla quale hanno richiamato l'attenzione, criticamente, fra gli altri: G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013; L. Monereo Pérez, *Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea*, in *Rev. der. const. eur.*, 21, 2014, 143-194; Id., *Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la «era de la flexibilidad»*, in *Der. rel. laborales*, 5, 2016, 444-493; A. Supiot, *La gouvernance*, cit., e Id. *Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo*, in *Der. rel. laborales*, 5, 2016, 500-519.

¹⁴ Cfr. J. García Murcia, *Crisis económica y Derecho del Trabajo: el proceso de reformas laborales*, in Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Madrid, 2015, 13-74.

cambiamenti dell'economia globalizzata¹⁵; e del pari è abituale la giustificazione di tale uso mediante riferimenti alla gravità di una situazione di crisi e ai problemi del mercato del lavoro spagnolo. Tuttavia è una significativa novità l'ulteriore riferimento alla pretesa di generare «fiducia» non solo nei datori di lavoro, ma anche nei «mercati e investitori»¹⁶; e, soprattutto, lo è l'adozione di un decreto-legge senza previa consultazione dei sindacati¹⁷. Similmente, rispetto alle riforme precedenti, si osserva una certa continuità nelle tendenze flessibilizzatrici, ma al contempo la loro intensificazione: sono numerose le misure, non solo congiunturali, che riducono la tutela di alcuni diritti dei lavoratori e il ruolo della contrattazione collettiva, con il fine dichiarato di incentivare la creazione di occupazione o facilitarne la conservazione¹⁸: si è così giunti al culmine di un processo riformatore che ha portato a «un nuovo equilibrio fra la posizione del lavoratore e quella del datore di lavoro privato», nel quale «l'impresa sembra aver guadagnato posizioni, per ciò che rappresenta dal punto di vista economico e per il suo significato per il buon funzionamento del mercato del lavoro»¹⁹.

La riflessione sulla compatibilità delle nuove politiche con i principi enunciati nelle Costituzioni nazionali e nelle fonti del “costituzionalismo europeo del lavoro” (nel sistema del Consiglio d'Europa, la Carta Sociale Europea e, in certa misura, anche la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; la stessa Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE) non può prescindere dal contributo della Corti costituzionali. Da questo punto di vista, il caso spagnolo merita particolare attenzione, dal momento che il *Tribunal Constitucional* (TCE), benché non si sia espresso sulla legittimità delle riforme del periodo 2010-11, ha esaminato ripetutamente quella del 2012. Senza poter qui realizzare un esame dettagliato delle previsioni di quest'ultima²⁰, di seguito si svolgerà un'analisi critica della recente giurisprudenza del TCE in materia di lavoro, utile anche per riflettere su possibili futuri dilemmi che dovranno essere risolti da altre Corti costituzionali e in particolare da quella italiana.

2. Le decisioni del *Tribunal Constitucional*: la giustificazione delle innovazioni regressive con riferimento alla crisi e agli ampi margini di discrezionalità riconosciuti a favore del legislatore

¹⁵ Cfr. J. García Murcia, *op. cit.*, 33-42; I.A. Rodríguez Cardo, *La Reforma Laboral y el uso del real decreto-ley: Sentencia TC 68/2007, de 28 de marzo*, in J. García Murcia (ed.), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de seguridad social*, Cizur Menor, 2015, 721-739 (specialmente 723-727).

¹⁶ Cfr. la *Exposición de motivos* del *Real decreto-ley 3/2012*. Tutte le traduzioni in questo saggio sono dell'a.

¹⁷ Mentre già in precedenza decreti nella stessa materia erano stati adottati in seguito a esiti fallimentari del dialogo sociale: J. García Murcia, *op. cit.*, 36.

¹⁸ Per una sintetica descrizione e classificazione di tali misure: J. Cruz Villalón, *Crisis económica y reforma de la legislación laboral en España*, in <https://www.islssl.org>, 2014, 1-13.

¹⁹ J. García Murcia, *op. cit.*, 54.

²⁰ Si rinvia ai numerosi commentari, fra cui A. Montoya Melgar, J. García Murcia (dirs.), *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Cizur Menor, 2012; A.V. Sempere Navarro, M. Jiménez Rodrigo, *Claves de la reforma laboral de 2012*, Cizur Menor, 2014.

2.1. Giustificazione del ricorso al decreto-legge

Il TCE, con una serie di decisioni dettate fra il 2014 e il 2015, si è pronunciato su vari ricorsi e questioni di incostituzionalità promossi con riguardo alle modalità di approvazione della *reforma laboral* del 2012 e ai suoi principali contenuti innovatori, avallando tanto il metodo utilizzato come tali contenuti. In particolare, sono tre le decisioni che è imprescindibile analizzare: l'*auto* (ATC) 43/2014, che ha rigettato questioni sollevate dal *Juzgado de lo social n. 34* di Madrid; la sentenza (STC) 119/2014, che ha rigettato un ricorso di incostituzionalità presentato dal Parlamento della Comunità autonoma di Navarra; la STC 8/2015, che ha rigettato un altro ricorso, presentato da deputati dei gruppi parlamentari del Partito socialista e della *Izquierda plural*²¹.

L'utilizzo del decreto-legge è stato legittimato dall'ATC 43/2014, che lo ha considerato giustificato alla luce del contesto di crisi economica e sociale nel quale la riforma fu adottata. Nell'atto di promovimento del giudizio di legittimità costituzionale si lamentava: che il decreto impugnato, globalmente considerato, si iscrivesse in una prassi governativa di abuso della decretazione d'urgenza, implicante «l'abbandono del carattere parlamentare della forma politica dello Stato spagnolo definita nell'art. 1.3 CE»; e in concreto, con riferimento sia allo stesso decreto sia alle particolari misure «flessibilizzatrici» introdotte dalle norme impuginate (in materia di licenziamento), la mancanza dei requisiti previsti dall'art. 86.1 CE come interpretato dalla precedente giurisprudenza costituzionale. Si consideravano inadeguati (teorici, ambigui e astratti) gli argomenti utilizzati nel preambolo del provvedimento; quindi si concludeva che il procedimento utilizzato non avrebbe avuto altra finalità che la immediata applicazione delle misure, in sé insufficiente per giustificarlo, e che la *reforma laboral* non sarebbe stata la risposta a necessità «congiunturali», bensì sarebbe stata determinata dall'intenzione di portare a compimento una «deregolamentazione universale e generalizzata», iniziata già prima della crisi finanziaria, e non avrebbe inteso conseguire «altro se non il recupero dell'ideale liberale», «*atemporal y atópico*».

La valutazione del TCE è di segno opposto, manifestamente indulgente nei confronti dell'esecutivo. Nella motivazione della decisione, dopo aver osservato che l'argomentazione sviluppata dal giudice remittente si «addentra» in «considerazioni di carattere ideologico o politico», e che, secondo la giurisprudenza consolidata dello stesso TCE, «l'apprezzamento circa la sussistenza delle circostanze di straordinaria e urgente necessità costituisce un giudizio politico o di opportunità» che corrisponde in primo luogo al Governo e, in secondo luogo, al *Congreso de los Diputados*, si dichiara che, nel caso esaminato, la decisione di ricorrere al decreto-legge «non risulta abusiva né arbitraria»: giacché il Governo, nella *Exposición de motivos* dell'atto, si basa su «dati constatabili relativi alla situazione di crisi economica e disoccupazione» per dare conto delle ragioni di

²¹ Fra i commenti: L.A. de Val Tena, *La Reforma Laboral de 2012: Sentencias TC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero*, in J. García Murcia (ed.), *El control de constitucionalidad*, cit., 741-834; A.V. Sempere Navarro, *Constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012: balance*, in *Aranzadi doctrinal*, 3, 2015, 11-19; P. Requejo Rodríguez, *El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014*, in *Teor. y real. const.*, 36, 2015, 417-437; I. García Perrote, *La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 8/2015, de 22 de enero*, in *Rev. esp. der. const.*, 105, 2016, 239-283.

straordinaria e urgente necessità e così giustificare la sussistenza del presupposto abilitante.

Del pari, si ritiene che sia stata resa esplicita la «*conexión de sentido*» fra la situazione di straordinaria e urgente necessità e le misure adottate. In particolare, si osserva che quelle dirette a ridurre i costi del licenziamento per il datore di lavoro si inquadrano «nella tesi, sostenuta da alcuni settori», per cui tale riduzione «può favorire la creazione di occupazione e la diminuzione della segmentazione del mercato del lavoro» e che «nonostante non sia una tesi pacifica fra gli esperti, è certo che questa idea è stata presente in buona parte delle riforme della nostra legislazione in materia di lavoro dal 1994». Il soddisfacimento del requisito si fa discendere dalla constatazione che «dinanzi all’attuale crisi economica e all’alto indice di disoccupazione» il decreto impugnato «ha optato di nuovo per questa formula come via per incentivare l’occupazione e l’efficienza del mercato del lavoro, secondo un’opzione di politica legislativa che [...] è coerente con altri precedenti normativi, e senza che in sede costituzionale spetti sottoporre a giudizio la bontà tecnica, l’opportunità, idoneità o efficacia delle misure introdotte».

Infine, si nega che vi sia contrasto con il divieto, posto dall’art. 86 CE, di legiferare con decreto-legge sui diritti, doveri e libertà regolati nel Titolo I della CE e in concreto su quelli degli artt. 24.1 e 35.1 CE. In proposito, si osserva che nell’atto di promovimento non si rinviene un ragionamento specifico che dia conto dell’incidenza («*afectación*») del decreto su tali diritti, giacché il giudice *a quo* si è limitato ad affermarla e a rinviare alla sua successiva argomentazione relativa alla lesione («*vulneración*») dei corrispondenti precetti costituzionali: dall’inesistenza di una «*fundamentación adicional*» e dalla considerazione dei dubbi relativi alla loro supposta violazione come «notoriamente infondati» deriva il rigetto del particolare motivo di incostituzionalità.

2.2. Giustificazione delle misure “flessibilizzatrici”

In quanto al giudizio sulle innovazioni “flessibilizzatrici”, preliminarmente deve rilevarsi che le norme corrispondenti erano state impugnate principalmente per presunte violazioni del diritto al lavoro (art. 35.1 CE), del diritto alla contrattazione collettiva (art. 37.1 CE) e della libertà sindacale (art. 28 CE). Il controllo sull’uso della discrezionalità politica del legislatore ha assunto la forma (consueta) del sindacato sulla ragionevolezza delle restrizioni dei diritti (dei lavoratori e delle organizzazioni rappresentative dei loro interessi), basandosi su giudizi di bilanciamento fra questi diritti e contrapposti interessi considerati di rilevanza costituzionale, identificati come fondamento delle norme impuginate: in concreto, la libertà d’impresa (art. 38.1 CE), posta in stretta relazione con il mandato ai poteri pubblici per un’azione politica diretta a conseguire l’obiettivo della piena occupazione (art. 40.1 CE).

Il risultato è stato la giustificazione di tutte le misure restrittive. Il TCE ha avallato le innovazioni che hanno ridotto la protezione assicurata al diritto a non essere licenziato senza giusta causa e al diritto alla contrattazione collettiva, così come quelle che hanno limitato la forza vincolante dei contratti collettivi. La maggioranza dei suoi membri ha considerato tali misure ragionevoli e ammissibili,

perché corrispondenti a finalità legittime e perché proporzionate. Nei vari casi esaminati, ha ritenuto che l'intervento del legislatore fosse diretto a garantire la «praticabilità» (*viabilidad*), «sostenibilità» o «produttività» dell'attività d'impresa, finalità che sono state ricondotte all'art. 38 CE e indirettamente al mandato dell'art. 40.1 CE. La reiterata invocazione del contesto di crisi nel quale furono adottate le norme impugnate e il riferimento a tali finalità, insieme con l'importanza attribuita alle condizioni stabilite dal legislatore per l'applicazione delle misure esaminate, ha condotto a considerare queste ultime necessarie, adeguate e proporzionate.

La descritta metodologia di giudizio e i risultati della sua applicazione sono stati fondati sulla dichiarata premessa per cui gli artt. 35.1 e 37.1 CE riconoscono diritti di configurazione legale, che possono essere disciplinati con ampi margini di discrezionalità dal legislatore e in particolare limitati per le finalità sopra indicate, sempre che le restrizioni possano considerarsi ragionevoli e proporzionate. Così, nonostante abbia ammesso l'esistenza di un diritto a non essere licenziato senza giusta causa fondato sull'art. 35.1 CE, il TCE ha riconosciuto un ampio margine per la configurazione legale della causa e degli effetti del licenziamento, considerando proporzionate le limitazioni arrecate a tale diritto dalle norme impugnate. Similmente, l'affermazione dell'inesistenza di un modello costituzionale predeterminato di relazioni sindacali e di contrattazione collettiva conduce a giustificare: l'attribuzione di priorità applicativa al contratto d'impresa rispetto a quello settoriale in determinate ipotesi; la modifica unilaterale, disposta dal datore di lavoro, di condizioni stabilite in accordi collettivi; infine, interferenze pubbliche nell'esercizio della libertà di stipulare i contratti collettivi e nella loro applicazione.

524

Più nel dettaglio, per quel che riguarda il giudizio sulle misure in materia di estinzione del rapporto di lavoro, l'ATC 43/2014 ha rigettato la questione di incostituzionalità sollevata con riferimento alla nuova disciplina del licenziamento illegittimo, che riconosce il diritto del lavoratore ai salari ingiustamente non percepiti solo nel caso in cui si opti per l'indennizzazione economica (e non, invece, nel caso in cui si opti per la reintegrazione nel posto di lavoro). Secondo la maggioranza dei giudici costituzionali tale disciplina non è arbitraria né discriminatoria: non lede il diritto al lavoro per il fatto di incentivare la scelta dell'indennizzazione in luogo della reintegrazione, poiché – viene rilevato – l'art. 35.1 CE proibisce il licenziamento arbitrario, ma definire la forma e l'estensione della riparazione compete al legislatore ordinario.

La STC 119/2014 ha negato che l'ampliamento della durata del periodo di prova contemplato dalla disciplina relativa al nuovo «contratto a tempo indeterminato di appoggio agli imprenditori» (CAI) – durata fissata in un anno e perciò considerevolmente superiore ai sei mesi previsti dal regime generale del periodo di prova (art. 14 dello Statuto dei lavoratori spagnolo) – sia lesivo dei diritti al lavoro, alla contrattazione collettiva, alla non discriminazione e alla tutela effettiva davanti a un giudice. Il TCE è dell'avviso che l'obiettivo della disciplina impugnata sia «rendere appetibile per le imprese l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato», stabilendo vari incentivi fra i quali rientra l'ampliamento della durata del periodo di prova, durante il quale è ammessa l'estinzione del contratto senza giusta causa; ritiene che tale disciplina permetta di verificare la «sostenibilità economica del nuovo posto di lavoro»; e la collega alle politiche di piena

occupazione richieste dall’art. 40.1 CE. D’altra parte, si evidenziano le «importanti limitazioni o condizioni legali» previste affinché il datore di lavoro possa ricorrere al CAI (ammesso solo in imprese con meno di cinquanta lavoratori e solo finché il tasso di disoccupazione nazionale non sia inferiore al 15%) e possa esercitare la facoltà di recesso prima del termine del periodo di prova (giacché si stabilisce che l’imprenditore perda gli incentivi fiscali e relativi alle quote di contribuzione da corrispondere al sistema previdenziale associati al CAI, qualora cambi il livello di occupazione nell’impresa prima di un anno o qualora non mantenga il lavoratore nel suo posto per almeno altri tre anni). In definitiva, il TCE ritiene che quella in questione «è una misura legislativa congiunturale adottata in un contesto di grave crisi economica caratterizzato da un elevato tasso di disoccupazione; persegue la legittima finalità di potenziare l’iniziativa imprenditoriale come mezzo per facilitare la creazione di occupazione stabile, e pertanto è da ricondursi al dovere dei pubblici poteri di attuare politiche dirette alla piena occupazione»; osserva che «in tal senso l’ampliamento non solo corrisponde alla finalità tipica del periodo di prova; in aggiunta, permette all’imprenditore di verificare, in un contesto di crisi come quello attuale, se il posto di lavoro offerto a tempo indeterminato è economicamente sostenibile»; e conclude che «si tratta, insomma, di una misura diretta a facilitare la scelta di creare occupazione stabile da parte delle piccole e medie imprese (che costituiscono l’immensa maggioranza del tessuto imprenditoriale spagnolo), riducendo le incertezze proprie di ogni progetto di investimento imprenditoriale, in una congiuntura economica difficile e avversa come quella attuale».

Infine, la STC 8/2015 ha stabilito che la norma che sopprime l’obbligo del datore di lavoro di provare «la sussistenza della causa estintiva» e di giustificare la «ragionevolezza» del licenziamento collettivo non vulnera i diritti a non essere licenziato senza giusta causa (art. 35.1 CE) e al controllo giurisdizionale della causalità del licenziamento (art. 24.1 CE). La nuova disciplina non ha «consacrato un licenziamento collettivo non causale [...] basato su un *libérrimo* arbitrio o discrezionalità dell’imprenditore». Al contrario, «elimina spazi di incertezza nell’interpretazione e applicazione della normativa generati da previsioni di legge tanto aperte nel loro contenuto quanto astratte nei loro obiettivi, che in alcuni casi potevano giungere a esigere una prova diabolica»; e «dota la definizione delle cause estintive di una maggiore obiettività e certezza», permettendo un controllo effettivo del giudice: poiché si «impone all’imprenditore un periodo di consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori, nel quale deve non solo consegnare loro una memoria esplicativa delle cause del licenziamento collettivo, ma anche dare ogni informazione necessaria a accreditare le cause giustificative».

Ugualmente indulgente è stata l’attitudine del TCE verso le innovazioni che hanno inciso sul diritto alla contrattazione collettiva. La STC 119/2014 ha rigettato le questioni relative alla nuova normativa che permette la non applicazione (*descuelgue*) del contratto collettivo, decisa mediante arbitrato o lodo obbligatorio e vincolante. La possibilità che, in caso di disaccordo circa l’applicazione del contratto collettivo, la parte datoriale che ne voglia ottenere la non applicazione in determinate materie richieda a una Commissione Consultiva Nazionale dei Contratti Collettivi (o organo equivalente istituito in una Comunità autonoma) di dettare una decisione vincolante non viola il principio della forza

vincolante dei contratti collettivi (art. 37.1 CE) né la libertà sindacale (art. 28 CE), in quanto è «una misura eccezionale, che risulta giustificata, ragionevole e proporzionata, in considerazione della legittima finalità costituzionale perseguita con la stessa e delle limitazioni imposte dal legislatore per la sua messa in pratica». La finalità sarebbe permettere «l'adattamento delle condizioni di lavoro alle circostanze avverse che si verificano in un'impresa, sopravvenute dopo la stipulazione del contratto», per evitare che il mantenimento di tali condizioni «possa porre in pericolo la stabilità dell'impresa e, con ciò, l'occupazione». In altri termini, l'obiettivo è «facilitare la *viabilidad* del progetto imprenditoriale e evitare il ricorso a decisioni estintive dei contratti [individuali] di lavoro» in un contesto di crisi economica «molto grave». È pertanto la «salvaguardia della competitività e *viabilidad* dell'impresa come meccanismo per favorire il mantenimento del lavoro» che, anche in questo caso, giustifica la misura. In quanto alle limitazioni che la fanno giudicare proporzionata, si evidenzia che la Commissione può intervenire solo quando nell'impresa si verificano «cause economiche, tecniche, organizzative o di produzione» stabilite dalla legge e quando le parti non riescano a giungere ad un accordo circa la non applicazione del contratto; e che la sua decisione avrà effetto per la sola impresa interessata e nelle sole materie stabilite dalla norma, rilevanti per la «finalità di difesa della produttività dell'impresa e le loro conseguenze sul mantenimento dell'occupazione». Inoltre, si sottolinea che la Commissione è un organo composto da rappresentanti dell'Amministrazione pubblica, delle imprese e dei sindacati, il quale, benché faccia capo al Ministero del Lavoro e della Sicurezza Sociale, «non è inserito nella struttura gerarchica» dello stesso ed esercita «le proprie competenze con piena indipendenza e autonomia funzionale». Infine, il TCE ricorre a un'interpretazione conforme per escludere la violazione del diritto alla tutela effettiva davanti a un giudice (art. 24.1 CE): precisa che la norma impugnata deve interpretarsi nel senso che è assicurato un «controllo giurisdizionale completo» sulla decisione della Commissione e che questo include «l'accertamento della sussistenza delle cause e dell'adeguatezza delle misure adottate rispetto ad esse».

Argomentazioni simili sono svolte, nella STC 119/2014, per concludere che la norma che stabilisce la priorità applicativa dei contratti d'impresa rispetto a quelli di settore in determinate materie (retribuzione, tempo di lavoro, classificazione professionale, modalità di contrattazione e conciliazione) non lede gli artt. 28.1 e 37.1 CE. La premessa è che «non esiste un modello costituzionale predeterminato di contrattazione collettiva»: tanto il modello «accentrato» (contrattazione generale o settoriale) come quello «decentrato» (contrattazione d'impresa) devono considerarsi legittimi fintantoché siano rispettate la libertà di negoziare e la forza vincolante del contratto collettivo negli ampi margini stabiliti dall'art. 37.1 CE. La norma impugnata «corrisponde a una finalità costituzionalmente legittima»: «la difesa della produttività e *viabilidad* dell'impresa e, in ultima istanza, dell'occupazione», ricollegata ai diritti e principi degli artt. 35.1, 38.1 e 40 CE. La si ritiene ragionevole, in quanto è fondata su una concezione dell'impresa come «spazio specialmente propizio per la contrattazione collettiva che tenga conto delle concrete caratteristiche e necessità dell'impresa e dei suoi lavoratori» e perché, in questa prospettiva, «ha optato per dare preferenza al

risultato di una contrattazione decentrata» in determinate materie. Si rileva, inoltre, che «non preclude in assoluto la contrattazione collettiva di ambito superiore per le materie rispetto alle quali si prevede tale priorità né priva di efficacia normativa la regolamentazione settoriale già esistente, che continuerà ad applicarsi in tutte le imprese del suo ambito che non approvino un proprio contratto collettivo».

La STC 8/2015 stabilisce che la norma che attribuisce al datore di lavoro la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni di lavoro previste in accordi o patti collettivi di efficacia limitata («*extraestatutarios*») non viola gli artt. 37.1 e 28 CE in quanto la limitazione dei diritti che sono riconosciuti in questi precetti ha la finalità di «conseguire il mantenimento del posto di lavoro in alternativa alla sua distruzione». Il TCE sottolinea che l'esercizio della facoltà accordata al datore di lavoro «è concepito unicamente come alternativa al fallimento della prescritta previa negoziazione con i rappresentanti dei lavoratori» ed è soggetto a condizioni («provate ragioni economiche, tecniche, organizzative o di produzione») e al controllo giurisdizionale. Infine, la decisione nega che escludere per legge la possibilità che con la contrattazione collettiva si prevedano clausole di pensionamento obbligatorio (mediante la fissazione di un'età massima) violi gli artt. 14 e 37.1 CE. La misura è giustificata con riferimento alla situazione di «crisi economica aggravata da un elevato tasso di disoccupazione» e al suo obiettivo: «incentivare la permanenza del lavoratore nel suo posto è funzionale anche a garantire la protezione di un interesse generale prevalente quale è la salvaguardia della sostenibilità del sistema delle pensioni, in particolare, e del funzionamento del *Sistema Nacional de la Seguridad Social*, in generale».

3. I *votos particulares*: un modello di controllo che offre maggiori garanzie di fronte all'arretramento delle tutele

3.1. Incostituzionalità del ricorso al decreto-legge

L'analisi ha finora evidenziato che il TCE ha avallato la *reforma laboral* del 2012, considerando conforme ai requisiti stabiliti dall'art. 86.1 CE il ricorso al decreto-legge per la sua adozione e giustificando le innovazioni restrittive dei diritti dei lavoratori. Le decisioni approvate dalla maggioranza dei suoi dodici componenti hanno riconosciuto l'esistenza di un fine costituzionalmente legittimo delle misure implicanti limitazioni di quei diritti (la salvaguardia della *viabilidad* o sostenibilità dell'impresa, specialmente in vista della conservazione o creazione di lavoro); mentre la proporzionalità di tali limitazioni è stata giustificata mediante riferimenti alla congiuntura economica e alle condizioni previste dallo stesso legislatore per l'applicazione delle singole misure. All'opposto, nei *votos particulares* (opinioni dissenzienti) che accompagnano le stesse decisioni formulati dal giudice Fernando Valdés Dal-Ré (ai quali hanno puntualmente aderito i magistrati Asua Batarrita e Ortega Álvarez) il ricorso al decreto-legge per l'adozione delle norme impugnate è considerato illegittimo, mentre le argomentazioni e conclusioni della maggioranza relative alle varie misure sono sottoposte a critica e confutate, a partire da una

concezione diversa dei diritti interessati e del controllo di costituzionalità delle loro restrizioni.

La legittimità del ricorso al decreto-legge è contestata nel *voto particular* all'ATC 43/2014, nel quale si nega che la riforma soddisfi i requisiti di «straordinaria e urgente necessità» stabiliti dall'art. 86.1 CE e si ritiene che questo sia violato anche per l'assenza di connessione fra la supposta situazione di straordinaria e urgente necessità e le misure adottate, nonché per il fatto che il decreto-legge ha inciso su diritti disciplinati nel Titolo I della CE. Con riguardo ai distinti profili indicati, le argomentazioni svolte sono molto più estese e dettagliate di quelle della maggioranza. In sintesi, si rileva che quest'ultima, con il suo *Auto*, «non fonda realmente e effettivamente il giudizio di conformità costituzionale» del decreto e delle misure impugnate sulle «basi argomentative» offerte dalla precedente giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 86.1; e si sottolinea che il controllo di costituzionalità non può limitarsi ad accertare l'esistenza di una «sommara descrizione» del senso e delle implicazioni delle regole giuridiche enunciate nel preambolo dell'atto che le introduce: se così fosse, «si svuoterebbe di ogni contenuto l'esigenza di motivazione dell'urgente e straordinaria necessità da parte del Governo», riducendo tale controllo a «una funzione routinaria, privata di ogni pur minimo ambito proprio di accertamento ed effettività» e confondendo il requisito richiesto dall'art. 86.1 «con i criteri dei protocolli di tecnica legislativa».

Un controllo più rigoroso porta a constatare la mancanza di una motivazione specifica di molte delle misure introdotte e la «aperta e manifesta inesistenza della necessaria connessione» con l'allegata situazione di urgenza. Infatti, si ritiene che la situazione di crisi economica e aumento della disoccupazione difetti delle «caratteristiche di imprevedibilità, inusualità, gravità e immediatezza» richieste dalla giurisprudenza costituzionale, in quanto il carattere ciclico dell'economia di mercato è un «elemento strutturale». Si sottolinea che lo stesso legislatore, «cosciente dell'assenza di una corrispondenza fra riforma del mercato del lavoro e creazione di occupazione», allega come ragione fondamentale delle misure non quella di combattere la disoccupazione e facilitare l'occupazione bensì «creare le condizioni necessarie per creare occupazione»: così confermando che non cerca di agire «in maniera immediata» sulla realtà economica e che «al contrario pretende di operare in maniera che si presume preventiva, nel futuro, e permanente», offrendo una «causa giustificativa» che è perciò «orfana di ragionevolezza costituzionale» e che «si riferisce a un futuro ipotetico», ovvero «a una situazione caratterizzata da una doppia incertezza», temporale e materiale (relativamente a quando potranno realizzarsi tali condizioni e all'effettiva creazione di occupazione attraverso le misure adottate). In definitiva: «i difetti cronici del mercato del lavoro spagnolo che la norma d'urgenza pretende di affrontare e risolvere (basso tasso di occupazione, alto tasso di disoccupazione o dualismo contrattuale, per citare i più persistenti) non consentono di dare ad essi una soluzione attraverso misure dotate delle caratteristiche di straordinaria e urgente necessità», dinanzi a una situazione che «configura, piuttosto e purtroppo, uno scenario strutturale e prevedibile».

Infine, si ritiene che la modifica della disciplina relativa alla corresponsione dei salari ingiustamente non percepiti a causa di licenziamento illegittimo incida («a prescindere da quale sia l'effetto: favorevole, sfavorevole o neutro») su elementi

essenziali e strutturali del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale effettiva, indebolendo la posizione giuridica del lavoratore, in concreto riducendone le possibilità di accedere alla giurisdizione per la difesa dei propri diritti e interessi, e pertanto l’uguaglianza processuale.

Per queste ragioni, si conclude che l’*Auto* della maggioranza «riflette una concezione di un esercizio di un potere legislativo eccezionale da parte del Governo che [...] non corrisponde alla concezione del modello di Stato sociale e democratico di diritto che la nostra *Carta Magna* proclama con la ferma volontà di dotarlo di una validità generale e trasversale, attribuendole il valore e la condizione di canone interpretativo della totalità del suo articolato».

3.2. Incostituzionalità delle misure “flessibilizzatrici”

Le critiche alle decisioni della maggioranza sulle varie innovazioni “flessibilizzatrici” si basano, in primo luogo, su un diverso inquadramento costituzionale dei diritti su cui esse incidono. In particolare, si considera «indiscutibile» che la CE non definisce «un modello chiuso riguardo a nessuno degli elementi del diritto alla contrattazione collettiva» enunciato nel suo art. 37.1. Tuttavia, si sottolinea che «la libertà della quale dispone il legislatore ordinario non è una libertà assoluta», ma «deve osservare certi limiti». In concreto, si sostiene che l’art. 37.1 «opera come diretta fonte attributiva di certe garanzie, nel momento in cui ordina alla legge di svilupparle e completarle»: in questo senso, corrisponde a un «modello promozionale di contrattazione collettiva» e «impone al legislatore il dovere di adottare azioni positive, con cui [...] si adoperi per promuovere in maniera attiva, reale e effettiva la contrattazione collettiva e i suoi risultati». Da un lato, secondo tale modello (affermato nella precedente giurisprudenza del TCE e implicitamente sconfessato dalle nuove decisioni) il precetto non si limita a prevedere una garanzia «negativa, di mera protezione e rispetto», del potere delle organizzazioni dei lavoratori e datori di lavoro (garanzia di astensione), bensì formula una garanzia «positiva, di promozione e appoggio» (garanzia istituzionale), che deve concretizzarsi mediante l’intervento della legge. Dall’altro lato, la garanzia costituzionale si sostanzia in un «diritto di libertà che, esercitabile fondamentalmente dinanzi allo Stato, tutela gli interlocutori sociali da eventuali interferenze o limitazioni non giustificate da un punto di vista costituzionale» e include, in particolare, la «libertà di stipulare» o «selezionare le materie oggetto di contrattazione e dotare queste di un contenuto essenziale». Ciò non esclude eventuali limitazioni, giacché il legislatore ordinario può effettuare bilanciamenti fra tale libertà e «gli altri diritti e beni costituzionalmente protetti»²². In particolare, si ricorda che, secondo lo stesso TCE, la giustificazione di eventuali restrizioni legislative dell’autonomia negoziale deve riconoscersi nel danno che il suo esercizio può arrecare a interessi generali (STC 11/1981): danno che non sussisterebbe «nel caso del conflitto originato dal mero fallimento dei processi di negoziazione dell’accordo». Né potrebbe considerarsi giustificazione adeguata «la

²²V.p. a STC 119/2014, II.A.

salvaguardia della competitività e *viabilidad* dell'impresa come meccanismo per favorire il mantenimento dell'occupazione»²³.

In quanto al diritto al lavoro, si sostiene che, in base a una «interpretazione sistematica» dei diritti dei lavoratori riconosciuti nella CE, l'art. 35.1, mediante tale espressione, «obbliga i poteri pubblici e, in special modo, il legislatore all'approvazione di norme e alla promozione di azioni politiche indirizzate a facilitare la creazione, non di un'occupazione qualsiasi», bensì di un lavoro «degn», «realizzato in condizioni di libertà, equità e sicurezza, che permetta al lavoratore lo sviluppo della sua personalità e il rispetto della sua dignità (art. 10.1 CE) in un quadro giuridico nel quale i diritti dei lavoratori siano riconosciuti e attivamente difesi»²⁴.

In generale, per quel che riguarda la metodologia applicata nel controllo di costituzionalità, si critica l'uso della crisi economica come canone di giudizio e, in certa misura, si critica la tendenza a invocare la libertà d'impresa dell'art. 38.1 CE (perché la sua invocazione, nella maggioranza dei casi, difetterebbe di rigore tecnico) e il *principio rector* dell'art. 40.1 CE (perché la sua invocazione sarebbe «paradossale»). Invece, si lamenta che non sia stato debitamente utilizzato il canone del contenuto essenziale (art. 53 CE) dei diritti fondamentali degli artt. 35.1 e 37.1 CE e si propone una diversa impostazione dei giudizi relativi ai casi esaminati a partire dal suo utilizzo, con ripetuti riferimenti a fonti internazionali e alla loro interpretazione per la specificazione di tale contenuto. Infine, si criticano le modalità con le quali è stato effettuato il controllo di proporzionalità: in primo luogo, perché questa è stata utilizzata come canone non complementare bensì alternativo a quello del contenuto essenziale; in secondo luogo, perché è stata utilizzata come canone di mera legalità ordinaria.

In particolare, si afferma che l'uso della crisi come canone nel controllo di costituzionalità può avere «conseguenze imprevedibili per la vigenza nel nostro sistema giuridico delle clausole sociali» e che «il consolidamento di tale uso presso di noi ha potenzialità devastatrici per lo sviluppo e consolidamento dello Stato sociale, che può mettere fra parentesi, ponendo a disposizione del legislatore ordinario alcune facoltà che [...] potrebbero finire per risultare pari a quelle attribuite al legislatore costituente»²⁵.

La tendenza a invocare l'art. 38.1 CE come canone nel sindacato di costituzionalità di norme che incidono sui diritti fondamentali dei lavoratori – con il proposito di evidenziare l'esistenza di un «conflitto fra diritti» e «la conseguente necessità di bilanciamento (*ponderación*)» – è criticata perché si ritiene che in realtà, nella maggioranza dei casi esaminati e in concreto quando si tratta di limitazioni del diritto alla contrattazione collettiva, non esista un conflitto di tal tipo. Infatti, si sostiene che non vi è una «connessione diretta e certa» fra le misure in questione e il precetto invocato, posto che alla libertà d'impresa dell'art. 38.1 CE «non può ricondursi qualsiasi normativa che incida sugli interessi del datore di lavoro», bensì solo la facoltà di iniziare un'attività imprenditoriale e il diritto di esercitarla in condizioni di uguaglianza nel mercato, che non vengono in considerazione nei casi

²³V.p. a STC 119/2014, II.B.

²⁴V.p. a STC 119/2014, III.

²⁵V.p. a STC 8/2015, II.

esaminati. Si dissente dall’«attribuzione della natura di interessi costituzionalmente protetti a interessi di carattere squisitamente privato, come sono la competitività e la *viabilidad* della singola impresa»: pertanto, nei casi in cui le misure contestate non hanno altro fondamento, si considera inesistente un conflitto fra diritti, si ritiene impossibile l’applicazione di un canone di proporzionalità e si afferma la necessità di metterle in relazione con il contenuto essenziale del diritto alla contrattazione collettiva²⁶.

L’esistenza di un conflitto fra diritti, con la conseguente possibilità di applicare il canone della proporzionalità, si riconosce in altri casi, nei quali il diritto al lavoro dell’art. 35.1 CE (la sua particolare manifestazione che è il diritto a non essere licenziato senza giusta causa) si vede limitato da misure il cui fondamento, alla luce della precedente giurisprudenza del TCE, può correttamente identificarsi nell’art. 38.1 CE. È questo, in particolare, il caso dell’estensione del periodo di prova nel CAI, nel giudicare la quale occorre stabilire una «concordanza» fra la facoltà datoriale di estinguere il contratto e il principio di causalità dei licenziamenti. Anche in questi casi si afferma la necessità di utilizzare con priorità il canone del contenuto essenziale.

Fermamente e ripetutamente si nega che le misure contestate possano trovare fondamento nell’art. 40.1 CE, ritenendo tale tesi «carente della pur minima consistenza dal punto di vista costituzionale». In particolare, perché nella lotta alla disoccupazione non può ignorarsi l’esigenza di assicurare la protezione dei lavoratori e risulta «paradossale» pretendere di incentivare le assunzioni mediante l’espedito di facilitare l’estinzione dei contratti e ritenere che «in un’economia sociale di mercato le politiche dirette a creare occupazione debbano articolarsi, meccanicamente, mediante misure restrittive di una delle prime garanzie che devono riconoscersi, in uno Stato sociale e democratico di diritto, ai lavoratori: il principio di causalità dell’estinzione del contratto»²⁷.

Inoltre, si osserva che il giudizio sulla proporzionalità delle restrizioni del diritto al lavoro, che la maggioranza vorrebbe fondate sul *principio rector* dell’art. 40.1 CE, non implicherebbe un bilanciamento fra due diritti costituzionali, bensì fra il diritto costituzionale dell’art. 35.1 CE e «un interesse con fondamento ugualmente costituzionale» (quello dell’art. 40.1 CE); e che, in generale, secondo la giurisprudenza del TCE consolidatasi durante il decennio precedente (confermata dalla STC 208/2013), quando «confluiscono» con diritti fondamentali, i *principios rectores* (riconosciuti nel capitolo terzo del Titolo I della CE) devono considerarsi «come un elemento di rafforzamento, piuttosto che di limitazione, dei diritti

²⁶ Tali argomentazioni, svolte nel v.p. alla STC 119/2014 con riferimento alla ricordata previsione di un lodo obbligatorio, sono ripetute con riguardo a altre misure.

²⁷V.p. a STC 119/2014, III: dove, con riferimento all’estensione del periodo di prova nel CAI, si osserva che un simile argomento è carente altresì di «consistenza legale», poiché «pretende di considerare come un tutt’uno profili distinti che non possono confondersi, “esportando” verso l’ambito del periodo di prova e della sua durata la finalità che il legislatore ha assegnato al CAI di promuovere la creazione di occupazione stabile»; mentre, quand’anche il CAI potesse fare ciò, la finalità del periodo di prova non può essere anche quella di «verificare la *viabilidad* e sostenibilità economica del posto di lavoro», bensì solo quella di «facilitare l’accertamento delle attitudini professionali del lavoratore rispetto al posto».

fondamentali»²⁸. In aggiunta, con riferimento all'ampliamento della durata del periodo di prova nel CAI, si considera che questo, «invece di operare come uno stimolo ad assumere più lavoratori, può finire per trasformarsi in un incentivo alla loro rotazione»: giacché «un periodo di prova così prolungato» sarebbe «un aperto invito agli imprenditori affinché recedano dai contratti stipulati prima del completamento del periodo di prova, ricollocando diversi lavoratori negli stessi posti», ripetutamente e senza incontrare limiti legali effettivi²⁹.

Per determinare quale sia il contenuto essenziale dei diritti, e in generale per sviluppare il ragionamento giuridico, si fa riferimento, oltre che alla giurisprudenza del TCE, ad atti di livello europeo e internazionale e in concreto tanto alle fonti come alla loro interpretazione, nonché a provvedimenti o documenti particolari. Per esempio, si citano le conclusioni del rapporto sulle riforme della contrattazione collettiva nella legislazione spagnola approvato dal Consiglio di Amministrazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) nella riunione del 27 marzo 2014, nel quale si afferma che «la sospensione o non applicazione – disposte per decreto, senza accordo fra le parti – di convenzioni collettive pattuite liberamente fra le stesse, viola il principio della contrattazione collettiva libera e volontaria affermato nell'art. 4 della Convenzione n. 98 dell'OIL». O si rammenta che la Convenzione n. 158 dell'OIL, considerata «canone interpretativo ineludibile», autorizza gli Stati a prevedere eccezioni al regime causale durante il periodo di prova solo «a condizione che la durata sia stata fissata anticipatamente e sia ragionevole» (ciò che si esclude con riferimento al caso concreto). Le argomentazioni si appoggiano anche su riferimenti al diritto comparato e sul dialogo con tribunali stranieri. Così, il ripetuto riferimento a una sentenza della *Cour de Cassation* francese del 2008³⁰ serve a sostenere, nello scrutinio relativo all'ampliamento della durata del periodo di prova nel CAI, che «risulta quantomeno paradossale», in uno Stato sociale e democratico di diritto, che «il legislatore nazionale pretenda di promuovere l'occupazione incentivando le estinzioni contrattuali, senza causa né compensazione»³¹.

Infine, si critica ripetutamente la circostanza che, invece di effettuare il controllo di ragionevolezza e proporzionalità secondo un'ottica propriamente «costituzionale», la maggioranza si sia basata su «semplici criteri di legalità ordinaria», ovvero su «considerazioni estratte dalla regolamentazione legislativa»³².

²⁸ Sulla distinzione fra *derechos fundamentales*, riconosciuti nel capitolo secondo (artt. 14-38) del Titolo I della CE e *principios rectores de la política social y económica* (artt. 39-52) enunciati nel capitolo terzo (categoria nella quale rientrano quasi tutti i diritti sociali di prestazione, salvo il diritto all'educazione, enunciato dall'art. 27 CE) – dalla quale l'art. 53 CE fa derivare un diverso regime di garanzia, che sottintende la nota distinzione fra norme costituzionali precettive e programmatiche, ovvero fra diritti immediatamente esigibili e mandati al legislatore e agli altri poteri pubblici – v. in L.M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2013.

²⁹V.p. a STC 119/2014, III.

³⁰*Arrêt n° 1210 du 1er juillet 2008. Cour de cassation - Chambre sociale. 1°.*

³¹ Gli esempi sono estrapolati dal v.p. alla STC 119/2014, dove sono presenti ulteriori riferimenti alla Carta sociale europea e alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, funzionali a rafforzare le tesi sostenute (cfr. sezione III del v.p.).

³² In particolare, nel giudizio sull'estensione della durata del periodo di prova nel CAI: cfr. v.p. a STC 119/2014.

Al momento di esprimere un giudizio sulla legittimità costituzionale delle innovazioni legislative, l'utilizzo dei canoni del contenuto essenziale e di proporzionalità in conformità alle premesse concettuali e metodologiche descritte conduce a risultati opposti a quelli a cui si perviene nelle decisioni della maggioranza. In particolare, con riguardo alle misure in materia di risoluzione del contratto di lavoro, si ritiene che prevedere che le retribuzioni ingiustamente non percepite in caso di licenziamento illegittimo non siano corrisposte sia incostituzionale per violazione dell'art. 35.1 CE; che l'estensione della durata del periodo di prova nel CAI restringa in maniera sproporzionata l'applicazione del principio di causalità delle estinzioni contrattuali, compreso nel contenuto essenziale del diritto al lavoro; che la concreta ridefinizione delle cause che abilitano il datore di lavoro a disporre licenziamenti collettivi risulti lesiva dello stesso diritto. Del pari, si ritiene che avrebbero dovuto essere di accoglimento le decisioni sulle misure in materia di contrattazione collettiva. In particolare, si ritiene che l'arbitrato obbligatorio in caso di disaccordo riguardo alla non applicazione di condizioni previste in accordi collettivi violi l'art. 37.1, perché non ha la finalità di salvaguardare altri diritti o interessi di rilevanza costituzionale; che l'attribuzione di priorità assoluta al contratto d'impresa, senza possibilità di patto contrario negoziato negli ambiti settoriali o interprofessionali, leda il contenuto essenziale del diritto alla contrattazione collettiva e la libertà sindacale; che, introducendo un nuovo regime giuridico delle modifiche degli accordi collettivi di lavoro, si violino la garanzia costituzionale della forza vincolante dei contratti collettivi e la libertà sindacale.

4. Due modi alternativi di intendere la funzione e l'estensione del controllo di legittimità costituzionale, che implicano due concezioni alternative del diritto del lavoro, della forma di Stato, della Costituzione

La comparazione fra le decisioni del TCE sulla *reforma laboral* del 2012 e le opinioni dissenzienti che le hanno accompagnate permette di riconoscere due modelli alternativi di giudizio e due diverse concezioni del controllo di costituzionalità – e, pertanto, due idee diverse di quali siano i limiti della discrezionalità del potere politico-legislativo – di fronte alle recenti innovazioni che hanno implicato limitazioni di fondamentali diritti dei lavoratori nel contesto della crisi e della definizione di una nuova *governance* economica dell'UE(M), in Spagna come in altri Stati membri.

In primo luogo, possono riconoscersi due diverse idee riguardo a come dovrebbe svolgersi il sindacato sull'uso del decreto-legge e in concreto il controllo relativo all'esistenza del presupposto abilitante rappresentato da una situazione di straordinaria e urgente necessità, alla necessaria connessione fra tale situazione e le misure adottate, al rispetto dei limiti materiali previsti dalla Costituzione. Nell'ATC 43/2014 si pone enfasi sulla «congiuntura» di crisi, interpretando i requisiti fissati dall'art. 86.1 CE e dalla precedente giurisprudenza del TCE in una maniera che lascia ampi margini alla discrezionalità del Governo. Nonostante la frequenza del ricorso al decreto-legge per modificare la disciplina del mercato del lavoro durante gli ultimi venti anni, in un solo caso il TCE era giunto a dichiarare

incostituzionale detto uso: per la precisione, proprio quando per la prima volta un decreto in materia di lavoro fu oggetto di un ricorso di incostituzionalità, che portò alla pronuncia della STC 68/2007. Questa decisione, oltre a considerare come di «estrema ambiguità», «astratte» e «retoriche» le giustificazioni date dal Governo nel preambolo del *Real decreto-ley* n. 5/2002, con il quale, in una fase di ripresa economica, erano state introdotte misure per consolidare il recupero dei livelli d'occupazione e facilitare l'accesso a determinate tutele di categorie che fino ad allora ne erano rimaste prive, fondò la dichiarazione di incostituzionalità precisamente sul fatto che quelle misure non erano state adottate in una congiuntura critica, bensì per un'esigenza di adattamento «strutturale» della normativa esistente alle nuove circostanze³³. Se l'ATC 43/2014, nell'avallare il ricorso al decreto-legge per l'adozione di misure in una congiuntura problematica, risulta coerente (*rectius*: non in contraddizione) con quel precedente, tuttavia il controllo relativo alla sussistenza del presupposto abilitante nel caso concreto è poco esigente e di fatto ne giustifica un uso estensivo e “disinvolto” in un contesto di crisi³⁴. Diversamente, nel *voto particular* riguardante tale decisione, muovendo dalla premessa che «l'uso conforme a Costituzione» della «facoltà straordinaria» che l'art. 86.1 CE attribuisce al Governo «costituisce uno degli indici più efficaci per giudicare, in ogni momento storico, la qualità della nostra democrazia», si sostiene l'esigenza di un controllo più rigoroso, la cui applicazione (ipotizzata) conduce a una valutazione di segno opposto³⁵.

In secondo luogo, sono riconoscibili due modelli alternativi di bilanciamento costituzionale. Il primo, applicato nelle decisioni della maggioranza, ha giustificato restrizioni dei diritti dei lavoratori (e limitazioni della forza vincolante dei contratti collettivi) sulla base della “equiparazione” fra questi e la libertà d'impresa (il cui contenuto interpreta estensivamente), dell'utilizzo della crisi come canone di giudizio e di una concezione riduttiva del controllo di proporzionalità. Il secondo modello, proposto nei *votos particulares*, sottopone a uno scrutinio specialmente severo l'uso della discrezionalità politico-legislativa nell'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dagli artt. 35, 37 e 28 CE; interpreta restrittivamente l'art. 38.1 CE; esclude che l'art. 40.1 CE, in quanto norma che enuncia un *principio rector*, possa giustificare loro restrizioni; e insiste sull'esigenza di fondare il controllo delle stesse restrizioni sui canoni del contenuto essenziale e della proporzionalità in senso stretto, giungendo a considerare incostituzionali le misure esaminate.

All'alternativa fra tali modelli di bilanciamento e di interpretazione costituzionale, quando si considerino i distinti risultati della loro applicazione, corrispondono l'alternativa fra distinti modelli di Stato e quella fra distinte concezioni del diritto del lavoro. Di fatto, il primo modello di bilanciamento implica e permette il passaggio (a livello materiale, se non formale) da un modello di

³³ I.A. Rodríguez Cardo, *op. cit.* 727-731.

³⁴ In generale, su tale uso durante la recente crisi: A.M. Carmona Contreras, *El decreto-ley en tiempos de crisis*, in *Rev. cat. dret públic*, 47, 2013, 1-20.

³⁵ Un controllo più rigoroso per contrastare l'abuso del decreto-legge, divenuto strumento di legislazione ordinaria nella prassi, è sollecitato da settori ampi e autorevoli della dottrina spagnola: per tutti, M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, 2016.

Costituzione caratterizzato dalla centralità dei diritti al lavoro e alla contrattazione collettiva nella cornice dello Stato sociale e democratico di diritto (il quale presuppone un diritto del lavoro protettore, che non può ammettere che la creazione di occupazione sia perseguita mediante la riduzione di fondamentali tutele e la debilitazione delle organizzazioni sindacali), a un modello che si caratterizza non solo per l'equiparazione della libertà d'impresa ai diritti fondamentali dei lavoratori, ma altresì per un cambiamento radicale, un vero e proprio «rovesciamento»³⁶ rispetto al paradigma costituzionale. Tale modello attribuisce infatti alla libera iniziativa economica una preminenza che si pretende fondata, da un lato, sulla contrapposizione fra il diritto a un lavoro degno (tutelato) e la creazione di occupazione che dovrebbe derivare dall'adeguamento delle condizioni di lavoro alle esigenze dell'impresa; dall'altro, sulla contrapposizione fra la protezione organizzata degli interessi dei lavoratori e la creazione e conservazione di occupazione. Di qui la giustificazione non solo di misure congiunturali, ma altresì di cambiamenti strutturali, introdotti con modalità che confinano in una posizione marginale la rappresentanza parlamentare e sindacale. Per contro, il modello affermato nei *votos particulares* implica la chiara riaffermazione delle priorità del costituzionalismo sociale e democratico, evidenziando il carattere paradossale di tali contrapposizioni, giudicate incompatibili con lo Stato sociale e democratico di diritto. Ciò non significa escludere ogni possibilità che i diritti dei lavoratori subiscano limitazioni ed eliminare ogni spazio per l'esercizio della discrezionalità legislativa; bensì significa riaffermare una concezione promozionale di quei diritti (e della Costituzione che, insieme con i principi di uguaglianza e di solidarietà e con i diritti sociali di prestazione, li riconosce come tratti identificativi della forma di Stato sociale), esigere che il legislatore giustifichi ogni restrizione in modo rigoroso e in concreto rivendicare una concezione severa del controllo di proporzionalità. Coerentemente, si esige che il Governo giustifichi rigorosamente l'uso dei suoi poteri legislativi, affinché non sia svuotato il ruolo fondamentale, di rappresentanza e mediazione fra gli interessi dei diversi gruppi sociali, che spetta al Parlamento nello Stato di democrazia pluralista.

La commentata giurisprudenza del TCE ha potuto appoggiarsi su opinioni dottrinali che avevano considerato la salvaguardia della libertà d'impresa e in concreto della *viabilidad* e sostenibilità del progetto imprenditoriale, in quanto strumenti di una politica orientata alla piena occupazione, come finalità adeguate a giustificare le restrizioni dei diritti dei lavoratori³⁷. Nondimeno, soprattutto fra i costituzionalisti, ha suscitato perplessità una simile argomentazione, così come hanno causato perplessità l'uso della crisi come canone di giudizio e la concezione del controllo di costituzionalità e proporzionalità che risulta manifesta in quella giurisprudenza: aspetti, tutti questi, che sono stati criticati per ragioni analoghe a

³⁶ L'efficace immagine è utilizzata ripetutamente da G. Zagrebelsky in *La solitudine, cit.* e in *Contro la dittatura, cit.*

³⁷ Y. Sánchez-Urán Azaña, *Apoyo al empleo estable y modalidades de contratación*, in A. Montoya Melgar, J. García Murcia (dirs.), *Comentario, cit.*, 49-99.

quelle espresse nei *votos particulares*, mentre si è sottolineato che quel controllo dovrebbe essere specialmente esigente in tempi di crisi³⁸.

È certo, invece, che nella recente giurisprudenza *laboral* del TCE la prevalenza del primo dei due modelli sopra indicati ha significato un arretramento rispetto a standard di controllo applicati anteriormente: la giustificazione delle innovazioni legislative regressive ha avuto come presupposto cambiamenti regressivi o involutivi negli orientamenti dello stesso Tribunale. Alcuni esempi, relativi ad aspetti quali la concezione del diritto alla contrattazione collettiva, il contenuto della libertà d'impresa, la funzione dei *principios rectores*, sono già stati osservati nell'analisi delle decisioni sulla riforma del 2012. Ma significativa è anche la STC 39/2016, originata da un *recurso de amparo*, in materia di videosorveglianza nell'ambiente di lavoro, nella quale è stato ugualmente effettuato un giudizio di bilanciamento fra la libertà d'impresa (considerata fondamento del potere di controllo datoriale) e alcuni fondamentali diritti della lavoratrice ricorrente (all'intimità personale e alla protezione dei dati personali), che ha attribuito priorità alla prima a scapito dei secondi, anche per effetto di un «rilassamento» dei criteri di giudizio impiegati: in particolare, si è rimproverato al TCE di aver reso meno stringenti i requisiti per lo svolgimento di tale tipo di sorveglianza in un luogo di lavoro privato³⁹.

5. Due idee diverse sul modo in cui deve essere garantita la tutela costituzionale dei diritti dei lavoratori e in generale la tutela dei diritti sociali nel presente contesto europeo

536

Per concludere la sintetica comparazione ravvicinata fra le decisioni del TCE sulla *reforma laboral* del 2012 e i *votos particulares*, alcuni cenni devono essere dedicati al rapporto fra la commentata giurisprudenza e quella delle Corti europee. Anche sotto questo profilo si contrappongono due modelli.

È inevitabile constatare una certa consonanza fra le decisioni della maggioranza e la nota giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE che ha mostrato una tendenza ad assolutizzare le libertà economiche a scapito della tutela dei diritti dei lavoratori⁴⁰. Particolarmente in alcuni degli aspetti sopra evidenziati, quali la concezione della libertà d'impresa affermata in tali decisioni e il «rilassamento» dei criteri impiegati nel controllo delle innovazioni flessibilizzatrici,

³⁸ Cfr. P. Requejo Rodríguez, *op. cit.*; J.M. Goig Martínez, *La crisis económica y el principio de adecuación a las decisiones políticas como nuevo canon de constitucionalidad. Límites a la interpretación constitucional*, in *An. iberoam. just. const.*, 20, 2016, 117-148; M. Fraile Ortiz, *El papel de juez constitucional nacional: en concreto, la jurisprudencia del TCE*, testo della relazione presentata nel seminario su «*La Europa social: Alcances, retrocesos y desafíos*», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 26-27 ottobre 2016, di prossima pubblicazione in un volume dallo stesso titolo, a cura di P. Masala, Madrid.

³⁹ J. Lahera Forteza, *Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: Valoración crítica (STC 39/2016, de 3 marzo)*, in *Der. rel. laborales*, 5, 2016, 494-499. Sulla giurisprudenza precedente: L.A. Fernández Villazón, *La Ley de Protección de Datos de carácter personal y su impacto en el ámbito laboral: Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre*, in J. García Murcia (ed.), *El control de constitucionalidad*, *cit.*, 495-516.

⁴⁰ Tendenza evidenziata da S. Giubboni, *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2015, 493-509.

è riconoscibile la penetrazione nella dimensione nazionale (del controllo di costituzionalità come già in quella della legislazione) di schemi e logiche riconducibili ai persistenti squilibri del processo d'integrazione europea e alla prevalenza di opzioni politiche genericamente “neoliberali” nell'era della globalizzazione, le quali hanno aggravato tali squilibri e si riflettono in quella giurisprudenza. Mentre in essa restano quasi completamente dimenticate e frustrate⁴¹ le potenzialità di sviluppo della dimensione sociale dell'UE, tanto sul piano politico come su quello giurisdizionale, introdotte dal Trattato di Lisbona con l'inserimento di nuove clausole sociali e con l'equiparazione ai Trattati della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE⁴².

Per contro, la salvaguardia dei principi dello Stato sociale e democratico di diritto nel presente contesto europeo dovrebbe indurre le Corti costituzionali nazionali (e la stessa Corte di giustizia) non solo a sottoporre l'uso della discrezionalità legislativa a un controllo più esigente, ma altresì a utilizzare a tal fine, in conformità a una logica di dialogo e “tutela integrata», i criteri sviluppati nell'ambito del Consiglio d'Europa: nella giurisprudenza sociale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴³, ma soprattutto, *ratione materiae*, nelle recenti decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) fondate sull'interpretazione della Carta Sociale Europea, la quale, sul piano del riconoscimento dei diritti, rappresenta il testo più avanzato del costituzionalismo sociale europeo. Questo organo “quasi-giurisdizionale”⁴⁴, nell'esaminare innovazioni regressive introdotte dai legislatori di altri Stati in difficoltà nel contesto della crisi, assai simili a quelle adottate in Spagna, ha indicato requisiti e standard concreti di proporzionalità delle misure restrittive dei diritti dei lavoratori (come anche dei diritti sociali di prestazione) utilizzabili a salvaguardia del loro contenuto essenziale⁴⁵. Questi standard potrebbero essere impiegati dalle Corti costituzionali nazionali per potenziare il controllo da esse esercitato, a prescindere dall'esistenza di un obbligo di utilizzarli come parametri nel giudizio di legittimità costituzionale e della possibilità, controversa, che possano utilizzarli gli stessi tribunali ordinari nell'effettuare un “controllo di convenzionalità” diretto a

⁴¹ V., fra gli altri, S. Sciarra, *op. cit.*, 67-91; F. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, 2016, 26-53.

⁴² Su tali potenzialità v. ad es. D. Schiek, U. Liebert, H. Schneider (Eds), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2011; N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann, *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, 2012; (con accento sulla loro “frustrazione”), S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in M. Cinelli, S. Giubboni, *op. cit.*, 171-193.

⁴³ V. ad es. L. López Guerra, *Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia*, in *Teor. y real. const.*, 36, 2015, 399-414; A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 9-46, e Id. *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Dir. pubbl.*, 1011-1050.

⁴⁴ Su cui v., sinteticamente, C. Panzera, *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. Caruso, G. Fontana, *op. cit.*, 253-270 e G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, 1-22.

⁴⁵ Su tali standard v. L. Jimena Quesada, *Social Rights and Policies in the European Union. New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Valencia, 2016 (127-133); G. Guiglia, *Il diritto alla sicurezza sociale in tempo di crisi: la Grecia di fronte al Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in *DPCE*, 4, 2013, 1400-1416, e Id., *Il ruolo del Comitato europeo*, cit.

disapplicare le norme nazionali con essi contrastanti⁴⁶. Dallo sviluppo di sinergie orizzontali (fra UE e Consiglio d'Europa) e verticali (fra gli organi politici e giurisdizionali di entrambi i sistemi e quelli nazionali) dipende in ultima istanza la possibilità di garantire una migliore ed effettiva protezione dei diritti sociali (non soltanto di quelli dei lavoratori) nell'UE⁴⁷. Le une e le altre devono ritenersi fondamentali per rimediare all'«asimmetria fra la densità dei diritti dei lavoratori consacrati nel costituzionalismo europeo e l'effettività della loro protezione»⁴⁸: posto che le stesse decisioni del CEDS, sebbene non risultino prive di qualunque efficacia⁴⁹, non sono formalmente vincolanti. A questo proposito sono già stati posti in risalto l'apertura al dialogo e i frequenti riferimenti a atti e decisioni adottati in ambito internazionale (non solo europeo), che caratterizzano i *votos particulares* riguardanti le commentate pronunce del TCE; mentre un'uguale apertura e abbondanza di analoghi riferimenti non si rinvengono in queste ultime.

In conclusione, sembra che, nel presente contesto europeo, la preoccupazione per la salvaguardia di sufficienti spazi per l'esercizio della discrezionalità politico-legislativa non possa di per sé sola giustificare la deferenza dei giudici costituzionali verso misure che non solo sono socialmente regressive e sono il prodotto di un uso controverso, sotto l'aspetto della coerenza con i principi costituzionali dello Stato sociale, di tale discrezionalità; ma altresì risentono, in modo evidente, di un deficit di democraticità, giacché sono state approvate dai Governi o imposte dagli stessi (a loro volta condizionati o “armati” dagli orientamenti della nuova *governance* economica europea) con modalità ugualmente controverse, tali da limitare fortemente e in alcuni casi svuotare la funzione rappresentativa dei Parlamenti. Oltre a un più stringente controllo di proporzionalità delle misure restrittive, che può trovare riferimenti nella giurisprudenza delle Corti europee, è pertanto auspicabile e necessaria la riaffermazione della prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti, per arginare gli abusi governativi ricorrenti nella prassi, i quali devono considerarsi funzionali all'esecuzione di indirizzi e direttive “tecnocratici” o, in alcuni casi, rivelano l'inclinazione a farne uso come pretesto per legittimare quelle misure: per cui, in definitiva, dovrebbe esigersi una motivazione rigorosa delle forme usate per approvare innovazioni che incidono globalmente e con effetti regressivi sul livello di attuazione dei principi fondamentali dello Stato sociale e democratico di diritto⁵⁰.

⁴⁶ Sul punto, con riferimento all'ordinamento spagnolo, si fronteggiano tesi diverse: cfr. quelle di L. Jimena Quesada, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, 2013 e R. Canosa Usera, *El control de convencionalidad*, Madrid, 2015.

⁴⁷ L. Jimena Quesada, *Social Rights*, cit., G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo*, cit., A. Guazzarotti, *Crisi economica*, cit.

⁴⁸ Asimmetria rilevata da F. Valdés-Dal Ré, *op. cit.*, 110-125.

⁴⁹ Nella misura in cui riescono a influenzare le decisioni degli organi politici e giurisdizionali nazionali: cfr. G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo*, cit.; L. Jimena Quesada, *Social Rights*, cit., 140-142; C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta online*, II, 2015, 488-503.

⁵⁰ In tal senso, P. Masala, *Crisi della democrazia*, cit., 30.

6. Per concludere: pensando alle possibili scelte future della Corte costituzionale italiana (Madrid, Lisbona... o Roma?)

L'analisi svolta induce infine a volgere lo sguardo da Madrid verso Roma e il Palazzo della Consulta, per domandarsi quale via percorrerà la Corte costituzionale italiana, qualora dovesse giudicare della legittimità di innovazioni legislative recenti che, per contenuti e modalità di approvazione, presentano evidenti analogie con quelle già esaminate dal TCE. Considerato che l'oggetto (misure flessibilizzatrici adottate o “imposte” dall'esecutivo)⁵¹ e i parametri del controllo (principi di uguaglianza e solidarietà, norme di riconoscimento dei diritti sociali e principi della Costituzione economica), pur non essendo completamente sovrapponibili⁵², sono assai simili nei due casi, quali esiti possono prevedersi? Quale atteggiamento è lecito attendersi che prevalga? Giustificazione e deferenza, come nelle decisioni del TCE, o rigorosa e strenua difesa dei principi dello Stato sociale e della democrazia parlamentare, come *nei votos particulares*, che nelle argomentazioni e negli esiti ipotizzati mostrano una certa vicinanza a logiche e soluzioni applicate in alcune decisioni dell'altro *Tribunal Constitucional* europeo, quello di Lisbona?⁵³ O forse una terza via? In definitiva: Madrid, Lisbona (e *votos particulares*) o... Roma?

A ben vedere (e premesso che chi scrive ritiene che, per coerenza con la lettera e lo spirito della Costituzione, con le sue priorità chiaramente riconoscibili e con i caratteri identificativi della forma di Stato che questa proclama, ovvero in applicazione di un'interpretazione sistematica, dovrebbe seguirsi la seconda via), l'esistenza di due differenze fondamentali fra la Corte italiana e quella spagnola autorizza a ritenere che la prima, se anche non dovesse seguire in tutto il modello dei *votos particulares*, potrebbe svolgere un controllo effettivo e dichiarare illegittime almeno alcune delle recenti innovazioni flessibilizzatrici, per ragioni di contenuto e di forma.

In primo luogo, è diversa la composizione delle due Corti. Verosimilmente, l'estrema deferenza mostrata dal TCE è dovuta anche ai criteri di designazione dei

⁵¹ Si pensi alle somiglianze, ma anche alle differenze, fra il CAI spagnolo e l'italiano contratto a tutele crescenti, e alle innovazioni in materia di licenziamenti. Quanto alle forme, comune è stata l'emarginazione del Parlamento: all'impiego (limitato ma significativo) della decretazione d'urgenza si è aggiunto un uso esteso della delegazione legislativa con ricorso alla fiducia per l'approvazione di deleghe generiche, unito a una nulla o scarsa considerazione dei pareri parlamentari sugli schemi dei decreti attuativi. Oltre ai citati scritti di A. Guazzarotti e P. Masala, v., fra gli altri, S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015; C. Salazar, *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quad. cost.*, 1, 2016, 95 ss.; M. Corti, *Jobs Act e Costituzione: i molti interrogativi di un rapporto difficile*, *ivi*, 98 ss.

⁵² Le differenze principali (non abissali) sono date dalla distinzione fra *derechos fundamentales* e *principios rectores* e dalla previsione di limiti materiali all'uso del decreto-legge nell'art. 86.1 CE: ma la prima non appare decisiva, mentre in recenti decisioni della Corte italiana in materia di decretazione d'urgenza si afferma l'esigenza di garantire un adeguato dibattito parlamentare nell'approvazione di atti che incidono sui diritti e su altri aspetti qualificanti della forma di Stato (v. *infra* nel testo).

⁵³ Su cui v. M. Canotilho, *Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués*, in *Dem. e sic.*, 1, 2016, 31-71; M. Canotilho, T. Violante, R. Lanceiro, *Austerity Measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 1, 2015, 155-183. Nella dottrina italiana: R. Orrù, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *DPCE*, 2, 2014, 1015; A. Canepa, *Crisi economica e Costituzione in Portogallo. La «giurisprudenza di crisi» del Tribunale costituzionale tra diritti sociali ed emergenza finanziaria*, in E. Ceccherini, *op. cit.*, 227-262; M. Iannella, *Condizionalità e diritti sociali: spunti dal caso portoghese*, in *Dir. e soc.*, 1, 2016, 107-140.

suoi componenti: un raffronto diretto evidenzia immediatamente che i criteri stabiliti dall'art. 135 Cost. offrono maggiori garanzie di equilibrio nella rappresentanza di diverse sensibilità giuridiche e politiche e maggiori garanzie di indipendenza dagli esecutivi e dalle maggioranze parlamentari che li sostengono rispetto a quelli indicati nell'art. 159 CE. Questo prevede che due dei dodici magistrati costituzionali siano nominati su proposta del Governo e otto su proposta del Parlamento (i due restanti, su proposta del *Consejo General del Poder Judicial*): pertanto, specialmente quando si susseguano legislature caratterizzate da maggioranze parlamentari di identico colore politico, facilita la formazione di una maggioranza di magistrati di sensibilità omogenea. Di fatto, le decisioni assolutorie sulla *reforma laboral* sono state votate da una maggioranza "conservatrice" (come il Governo nelle ultime due legislature) e i *votos particulares* sottoscritti da una minoranza "progressista". Questa divisione in blocchi tendenzialmente stabili, tanto evidente da essere ordinariamente rilevata nei mezzi di comunicazione, non è occasionale ma caratterizza la generalità delle decisioni del TCE, che suole essere assai deferente quando deve giudicare su atti del legislatore nazionale: come confermano, in particolare, anche le recenti decisioni che hanno ritenuto giustificate e ragionevoli le limitazioni dei diritti sociali di prestazione causate da misure di austerità adottate con decreto-legge⁵⁴.

In secondo luogo, rilevano gli indirizzi recentemente sviluppati dalla Corte costituzionale proprio in questi ambiti (misure d'austerità e decretazione d'urgenza), contigui a quelli del lavoro e della delegazione legislativa, strumento usato per l'ultima rilevante riforma del settore in Italia.

540

La giurisprudenza della Corte sulle misure di stabilizzazione finanziaria implicanti limitazioni dei diritti sociali di prestazione adottate durante la crisi è stata caratterizzata da esiti vari e differenziati, anche a causa delle peculiarità dei casi esaminati⁵⁵. Nondimeno, è significativo che, insistendo sull'esigenza di uno scrutinio stretto di ragionevolezza e di assicurare il rispetto dei «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» (uguaglianza e solidarietà) nonché dei diritti riconosciuti negli artt. 36, 38 e 39 Cost., la Corte, all'esito di un bilanciamento fra tali principi e diritti e il principio dell'equilibrio di bilancio consacrato nel novellato art. 81 Cost., abbia dichiarato illegittime alcune misure incidenti sulle retribuzioni di pensionati e lavoratori⁵⁶. Dopo il clamore suscitato dalla sent. n. 70/2015 in materia di pensioni, la sent. n. 178/2015 in materia di contrattazione nel pubblico impiego, limitando gli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità, può aver fatto pensare a un "ripiegamento"; ma, a parte le differenze fra le norme esaminate, proprio in materia di pensioni è venuta consolidandosi una linea che pone enfasi sul principio di solidarietà e sull'esigenza

⁵⁴ Cfr. l'analisi per settori in M. Fraile Ortiz, *op. cit.*

⁵⁵ Non pochi vi hanno visto oscillazioni e incoerenze: di qui le perplessità espresse, ad es., in vari contributi nel n. 3/2015 di *Quad. cost.*

⁵⁶ Per un'analisi dettagliata, che spiega le apparenti incoerenze con riferimento alle peculiarità dei diversi casi esaminati, P. Masala, *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, in E. Ceccherini, *op. cit.*, 189-225; Id., *El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria*, in *An. iberoam. just. const.*, 20, 2016, 223-255.

di uno scrutinio «stretto» di ragionevolezza, coerente con una necessaria visione di sistema (cfr. sentt. nn. 173 e 174/2016)⁵⁷.

Anche per quanto riguarda il controllo dell’osservanza dei principi costituzionali in materia di fonti, la Corte ha mostrato di avere sufficiente indipendenza per contrastare alcuni dei più gravi abusi governativi: degna di nota è la nuova “svolta” in materia di decretazione d’urgenza, con sottolineatura dell’esigenza che sia assicurato un dibattito parlamentare congruo ed effettivo, specie in caso di innovazioni di sistema, che riguardano aspetti qualificanti della forma di Stato come diritti e autonomie territoriali (sentt. nn. 22/2012 e 32/2014, nonché 220/2013). Per cui non è da escludere, in futuro, un superamento della tradizionale prudenza nel sindacato sull’uso della delegazione legislativa, che si è caratterizzato per una significativa compressione del ruolo del Parlamento proprio in materia di lavoro, sul quale è «fondata» la «Repubblica democratica». Per le ragioni indicate, è ipotizzabile, oltre che auspicabile, l’estensione degli indirizzi ora ricordati, opportunamente adattati, ad ambiti quali le riforme del diritto del lavoro e la delegazione legislativa.

Infine, non è prevedibile ma sarà interessante osservare se e fino a che punto, oltre a un’interpretazione sistematica della Costituzione, troveranno spazio riferimenti agli atti internazionali e saranno valorizzate le potenzialità offerte dal dialogo con altre Corti in una prospettiva di tutela integrata e rafforzata (favorita da una *cross-fertilization* socialmente e democraticamente orientata) nel presente contesto europeo di pluralismo costituzionale; o se piuttosto, e in contraddizione con i principi del costituzionalismo democratico e sociale enunciati nella Costituzione italiana e propri della tradizione europea, si affermeranno logiche e schemi regressivi rinvenibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia e sopra riconosciuti anche nelle decisioni del TCE.

Per concludere: la parola definitiva sulle nuove misure flessibilizzatrici introdotte in Italia spetta indubbiamente alla Corte costituzionale; in attesa del suo giudizio, se non può prevedersene con certezza l’esito, sembra tuttavia sicuro, pensando alla prova che la attende, che «qui», ancor più che in recenti e clamorose occasioni, «si parrà la *sua nobilitate*».

⁵⁷ Hanno insistito sull’esigenza di una simile visione L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it* e (con riferimento anche alla dimensione europea) S. Rodotà, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.

La crisi politico-istituzionale nella Repubblica ceca: profili costituzionalistici

di Mauro Mazza

Abstract: *The political-institutional crisis in the Czech Republic: constitutionalist profiles* – The paper examines the serious institutional crisis that occurred in the spring of 2017 in the Czech Republic. The considerations are in the light of the dynamics of political parties, with particular reference to populism, as well as the evolution of the constitutional system and the form of government.

Keywords: Czech Republic, Party system, Populism, Form of government; Relations between the President of the Republic and the Prime Minister.

1. Sistema dei partiti e ideologie populistiche

Il vento (nazional)populista scuote le fondamenta della democrazia costituzionale della Repubblica ceca, che pure appare uno degli Stati più stabili dell'Europa centro-orientale post-sovietica.

La situazione politico-istituzionale è stata segnata dalla crisi della coalizione di governo¹, formata da un'alleanza eterogenea, che raggruppa i socialdemocratici² del Primo Ministro Bohuslav Sobotka³, i cristiano democratici⁴, o popolari, e i populistici di ANO⁵, partito/movimento quest'ultimo, creato nel 2011, il cui nome per esteso è «Azione dei cittadini insoddisfatti»⁶. Il Premier Sobotka ha presentato le dimissioni dell'intero Governo il 2 maggio 2017, ma le ha successivamente ritirate (dopo appena due giorni, perciò il 4 maggio)⁷; il Presidente della Repubblica aveva, però, ormai accettato le dimissioni, e comunque le ha nuovamente richieste al capo del Governo. Un successivo incontro istituzionale, promosso dal Presidente della Repubblica ceca Miloš Zeman e svoltosi il 10 maggio 2017 tra le forze politiche che

¹ Si veda il documento dal titolo *Coalition agreement between the ČSSD and KDU-ČSL parties and the ANO movement for the 2013-2017 electoral period*, consultabile (nelle lingue inglese e ceca) nel *website* del Governo ceco/*Vláda České Republiky* (www.vlada.cz). Si tratta dell'atto di fondazione (sottoscritto il 13-1-2014) di una coalizione post-elettorale, costituita dunque mediante accordi formalmente ratificati.

² La denominazione in lingua ceca del partito è *Česká strana sociálně demokratická* (ČSSD).

³ In carica dal 17 gennaio 2014.

⁴ Per esteso, Unione cristiana e democratica - Partito popolare cecoslovacco (in ceco, *Křesťanská a demokratická unie - Československá strana lidová*, KDU-ČSL).

⁵ In ceco, *Akce nespokojených občanů* (vi è una sorta di gioco di parole, poiché *ano* letteralmente significa, in ceco, «sì», e quindi il partito/movimento ha per denominazione abbreviata «Sì 2011»).

⁶ Ovvero, in ceco, *Akce Nespokojených Občanů*.

⁷ Per la successione degli, invero alquanto inusuali, eventi politico-istituzionali cfr., per esempio, V. Pehe, *Farcical Political Crisis Shakes Czech Republic*, in *Political critique*, 5-5-2017.

sostengono l'Esecutivo di Sobotka con lo scopo di comporre la crisi, non ha avuto esito positivo. Le prossime elezioni politiche (per il rinnovo della Camera dei deputati⁸) sono in programma per il 20 e 21 ottobre 2017, ma non si può escludere l'ipotesi di elezioni anticipate⁹.

L'attualità si spiega alla luce della peculiare conformazione del sistema politico-partitico della Repubblica ceca (post-socialista). Vi sono due partiti che potremmo definire "tradizionali", vale a dire i socialdemocratici, ovviamente collocabili al centro-sinistra dello schieramento politico (e del Parlamento nazionale), nonché i cristiano democratici, che si autodefiniscono centristi, conservatori ed europeisti, abitualmente considerati un partito politico di centro-destra. Questi due partiti, che fanno parte della attuale coalizione di governo, hanno rispettivamente ottenuto, alle ultime elezioni politiche del 25 e 26 ottobre 2013, il 20,45% e il 6,78% dei voti. Il consenso di cui godono nel Paese appare ora in (notevole) flessione. All'opposizione troviamo, in primo luogo, il Partito comunista di Boemia e Moravia¹⁰ (14,91% dei voti alle elezioni del 2013), il partito «Tradizione Responsabilità Prosperità»¹¹ (11,99% dei voti), raggruppamento di centro-destra con orientamento liberale e conservatore, e il Partito civico democratico¹² (7,72% dei suffragi), anch'esso di orientamento liberal-conservatore e di centro-destra, che si distingue soprattutto per il richiamo alle politiche perseguite dai Conservatori britannici ed è decisamente a favore della piena realizzazione nella Repubblica ceca del libero mercato¹³.

La vera novità del sistema politico-partitico ceco è rappresentata dai populistici di ANO, guidati dal miliardario Andrej Babiš¹⁴, che si stima essere il secondo uomo più ricco della Repubblica ceca (il suo slogan è: «run the country like a business»). Dal 2012 Babiš è *leader* di ANO 2011; nel 2014 è entrato a far parte della compagine di governo con la carica di ministro delle Finanze nonché di Vice-Premier, con la responsabilità dello sviluppo economico. Talvolta paragonato all'ex Premier italiano e *leader* di FI Silvio Berlusconi, tanto da venire spesso indicato dalla stampa (anche estera) come *Babisconi*, Babiš ha condotto ANO 2011 a una rapida ascesa, con il partito che ha ottenuto alle elezioni politiche del 2013 il 18,65% dei voti, diventando il secondo partito del Paese. L'orientamento politico di ANO 2011 è – secondo quanto affermato dai suoi esponenti, *in primis* dallo stesso Babiš – centrista e moderato, ma con fortissime venature populiste, nonché con evidenti tracce di nazionalismo. Si tratta, insomma, di una tipica manifestazione del fenomeno politico rappresentato dalla famiglia dei partiti c.d. nazionalpopulisti¹⁵, che coniuga la scelta liberalista in materia economica con quella conservatrice circa i valori tradizionali della famiglia, della religione, della "patria", sia pure però proponendo una nuova concezione della sovranità, che integra la dimensione nazionale con quella europea, cosicché ANO 2011 si (auto)qualifica come partito europeista¹⁶. In altri termini, la sovranità

⁸ V. *infra*, nel paragrafo 2, sul sistema parlamentare ceco.

⁹ Sulla conclusione della crisi v. oltre, nel paragrafo 2.

¹⁰ In lingua ceca, *Komunistická strana Čech a Moravy* (KSČM). Il Partito comunista, di rilevanza non trascurabile (11,27% dei voti alle elezioni del 2010 e 12,81% a quelle del 2006), è oggetto di una sorta di (dichiarata) *conventio ad excludendum*.

¹¹ In ceco, *Tradice Odpovědnost Prosperita* (TOP 09), fondato nel 2009.

¹² La cui denominazione in ceco è *Občanská demokratická strana* (ODS).

¹³ Si tratta, insomma, di un partito spiccatamente *pro-free market*.

¹⁴ Di origine slovacca, essendo nato nel 1954 a Bratislava.

¹⁵ Su cui v. specialmente P.-A. Taguieff, *Le nouveau national-populisme*, Paris, Cnrs Éditions, 2012.

¹⁶ Si veda P. Kaniok, V. Havlík, *Populism and Euroscepticism in the Czech Republic: Meeting Friends or Passing By?*, in *Romanian Journal of European Affairs*, 2016, n. 2, 20 ss., dove la definizione di ANO

nazionale non è alternativa – secondo la concezione politica di ANO 2011 – alla visione europea, tanto è vero che ANO 2011 si esprime a favore dell'Europa federale, che considera indispensabile per rispondere efficacemente alle sfide (nonché alle opportunità) della globalizzazione economica. Il partito, inoltre, dichiara di non rispecchiare la dicotomia sinistra-destra, anche se viene generalmente considerato di centro, e più spesso di centro-destra (con componenti, talvolta, di estrema destra)¹⁷.

La situazione, all'interno della coalizione di governo, è precipitata a seguito di inchieste giudiziarie che hanno interessato Babiš, la cui popolarità nel Paese non sembra peraltro essere diminuita. Le accuse contro Babiš sono numerose. Secondo i pubblici ministeri egli avrebbe commesso plurime evasioni fiscali; inoltre, avrebbe conseguito illeciti finanziamenti (mediante frode) da parte dell'Unione europea in favore del gruppo aziendale (*holding*) Agrofert¹⁸, agendo attraverso una piccola società commerciale interamente controllata da Agrofert; ancora, avrebbe creato nel 2017 un *trust* fittizio per sfuggire all'applicazione delle norme sul conflitto di interessi¹⁹.

Le "irregolarità" e/o reati finanziari contestati a Babiš hanno spinto il Premier Sobotka a chiedere le dimissioni dello stesso Babiš, il quale peraltro ha rifiutato. Il fatto è che, secondo i sondaggi cechi, la popolarità di Babiš non soltanto non è stata intaccata dalle inchieste giudiziarie nonché dalle correlate polemiche politiche, ma il suo partito, ANO 2011, è saldamente in testa nei sondaggi, venendo accreditato di circa il 30% delle intenzioni di voto²⁰. La novità, in questo contesto, è semmai rappresentata dal rifiuto del Presidente della Repubblica, politico di lungo corso²¹, di sostenere la richiesta del Primo Ministro di rimuovere Babiš dalla carica ministeriale (c.d. *Zeman-Babiš pact*). Zeman, che è il terzo Presidente della Repubblica nella storia della Repubblica ceca e il primo a essere stato eletto, nel 2013, direttamente dal popolo²², ha già annunciato²³ la sua candidatura alle elezioni

come «one of the most pro-European political parties» (v. 28). Sulle posizioni "euroscettiche" nella Repubblica ceca, cfr. D. Esparza, *El sustrato histórico del euroescepticismo checo*, in *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 140, ottobre-dicembre 2012, 3 ss.

¹⁷ La classica "miscela", in definitiva, dei movimenti populistici: v. F. Chiapponi, *Il populismo nella prospettiva della scienza politica*, Genova, Enga, 2014; M. Tarchi, *Populism: Ideology, Political Style, Mentality?*, in *Politologický časopis/ Czech Journal of Political Science*, 2016, 95 ss. Nel caso di ANO, peraltro, è piuttosto difficile rintracciare frammenti del radicalismo di destra nella "variante" ceca, su cui v. S. Hanley, *The New Right in the New Europe. Czech Transformation and Right-Wing Politics, 1989-2006*, London-New York, Routledge, 2007.

¹⁸ Che opera nel settore della chimica ed è di proprietà di Babiš. Secondo i dati raccolti dalla Camera di commercio e dell'industria italo-ceca di Praga, il gruppo industriale Agrofert ha ricevuto, nel periodo 2007-2013, sovvenzioni statali ed europee pari a non meno di 4,9 miliardi di corone ceche (CZK), equivalenti a oltre 184 milioni di euro. Agrofert sarebbe, dunque, il maggiore destinatario di sovvenzioni pubbliche (cfr. www.camic.cz).

¹⁹ Tale normativa viene (ironicamente) indicata come *Lex Babiš*. Essa è contenuta nella legge n. 159 del 2006, emendata nel 2008 e 2009 nonché, da ultimo nel 2016. Gli emendamenti del 2016, entrati in vigore il 9 marzo 2017, limitano per le aziende dei membri del Governo la possibilità di accedere agli appalti pubblici e alle sovvenzioni statali. Inoltre, le nuove disposizioni vietano ai ministri di detenere il controllo di emittenti radiofoniche, televisive o gruppi editoriali. Si tenga conto che Babiš è un imprenditore che, tra l'altro, possiede due quotidiani nazionali, una emittente radiofonica e una stazione televisiva, nonché l'intero gruppo editoriale *Mafra*. Babiš (che è anche cittadino slovacco, v. *supra* nt. 14) possiede, altresì, una casa editrice (la Ecopress) in Slovacchia.

²⁰ V. il *website* del centro studi *European Values*, con sede a Praga (www.europeanvalues.net). I socialdemocratici, secondo i sondaggi, si attestano (soltanto) al 12%.

²¹ Prima di diventare Capo dello Stato, Zeman, già membro del Partito comunista cecoslovacco, è stato *Speaker* della Camera dei deputati della Repubblica ceca e Primo Ministro, oltretutto *leader* del Partito socialdemocratico ceco.

²² L'elezione diretta del Capo dello Stato è stata introdotta nell'ordinamento ceco con la revisione costituzionale dell'ottobre 2012.

²³ Nel marzo 2017.

presidenziali del 2018. In passato²⁴, Zeman aveva fondato, dopo l'abbandono del Partito socialdemocratico²⁵, il «Partito dei diritti civili [o dei cittadini] - popolo [o seguaci] di Zeman²⁶, che può essere definito un movimento politico espressione del populismo di sinistra, il quale ha mostrato particolare favore per gli istituti di democrazia diretta ma che, nel contempo, non ha superato la soglia di sbarramento del 5% dei voti sia alle elezioni politiche del 2010²⁷ che a quelle del 2013²⁸.

In ultima analisi, l'attuale scena politica ceca sembra mostrare una certa (e inedita) convergenza tra il populismo di destra di ANO 2011 e il populismo di sinistra del Presidente Zeman²⁹, con la precisazione che la prima variante del populismo, nel contesto ceco, ha una vocazione federale ed europea, mentre la seconda variante, sempre ovviamente nel contesto ceco, si caratterizza come nazionalista³⁰ ed anti-europea. In particolare, il Presidente Zeman³¹ ha annunciato, fin dall'estate del 2016, la sua intenzione di indire un *referendum* popolare sulla permanenza della Repubblica ceca nell'UE, ovvero sulla c.d. Czexit³².

2. Dinamiche costituzionali e (possibile) trasformazione della forma di governo (con alcuni raffronti comparativi)

Per comprendere, dal punto di vista costituzionalistico, la recente crisi politica nella Repubblica ceca, è utile esaminare l'assetto dei rapporti istituzionali tra Legislativo, Esecutivo nazionale e Presidente della Repubblica, ossia la forma di governo, cosicché si possano definire le linee essenziali delle dinamiche evolutive dell'ordinamento costituzionale ceco³³.

Sulla base della Costituzione del 1992, entrata in vigore il 1° gennaio 1993, il sistema parlamentare comprende due Camere elettive, denominate Camera dei deputati³⁴ e Senato³⁵. Entrambe vengono elette direttamente dal popolo, la prima

²⁴ Nell'ottobre 2009.

²⁵ Nel marzo 2007.

²⁶ In ceco, *Strana Práv Občanů - Zemanovci* (SPOZ).

²⁷ 4,33% dei voti.

²⁸ 1,51% dei suffragi

²⁹ Sulla possibile presenza dell'ideologia populistica in formazioni politiche sia di destra che di sinistra, v. la puntuale disamina di G.F. Ferrari, *Partiti antipartito e partiti antisistema: nozione e tipologia alla prova del diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 921 ss.

³⁰ Nel senso sopra precisato della dimensione nazionale della sovranità che si integra, senza essere sostituita, con la dimensione europea.

³¹ Che si proclama ammiratore sia di Vladimir Putin che di Donald Trump.

³² Da modellare, secondo Zeman, sull'esperienza della Brexit.

³³ Sul sistema costituzionale ceco, v. A. Di Gregorio, *Repubblica ceca*, Bologna, il Mulino, 2008. Per la trad. it. della Costituzione ceca, cfr. M. Ganino (cur.), *Codice delle Costituzioni*, III, Padova, CEDAM, 2013, 222 ss., ed *ivi*, 211 ss., il commento di A. Di Gregorio. La Repubblica ceca si è costituita come Stato indipendente nel 1993, a seguito dello scioglimento della Cecoslovacchia (e della separazione dalla Slovacchia); v., per esempio, S. Bartole, V. Knapp (cur.), *La dissoluzione della Federazione cecoslovacca*, Torino, 1994; A. Di Gregorio, A. Vitale (cur.), *Il ventennale dello scioglimento pacifico della Federazione ceco-slovacca. Profili storico-politici, costituzionali, internazionali*, con una nota introduttiva di M. Ganino, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; I. Slosarcik, *The Reform of the Constitutional Systems of Czechoslovakia and the Czech Republic in 1990-2000*, in *European Public Law*, 2001, 529 ss. Con riguardo agli aspetti problematici della fase della transizione (dallo Stato socialista), cfr. A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di "giustizia post-autoritaria"*, Milano, Angeli, 2012, 225 ss. Sulla fase terminale del periodo comunista, v. P. Grilli di Cortona, *Le crisi politiche nei regimi comunisti. Ungheria, Cecoslovacchia e Polonia da Stalin agli anni ottanta*, Milano, Angeli, 1989.

³⁴ Camera bassa, formata da duecento membri. Il rapporto fiduciario si instaura soltanto tra la Camera dei deputati e il Governo (detto altrimenti, il Senato è escluso dal rapporto fiduciario).

utilizzando la formula elettorale proporzionale³⁶ e la seconda la formula elettorale maggioritaria³⁷. Si tratta di un bicameralismo asimmetrico o imperfetto, dal momento che le leggi, ad eccezione di quelle riguardanti determinate materie (per esempio, la disciplina delle elezioni politiche), possono anche essere approvate espressamente soltanto dalla Camera dei deputati, con il Senato che si limita a manifestare il proprio silenzio-assenso. Inoltre, il voto contrario del Senato può essere superato dalla Camera dei deputati con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei membri della Camera bassa³⁸. La durata del mandato di deputato e senatore è differenziata. Mentre, infatti, i membri della Camera bassa sono eletti per quattro anni, i senatori ricevono un mandato elettorale di sei anni, con il rinnovamento parziale (un terzo) dei senatori ogni due anni³⁹. L'asimmetria del sistema parlamentare ceco risulta anche dal fatto che, in conformità all'art. 33 della Costituzione, qualora sia stata sciolta la Camera dei deputati, il Senato può approvare le leggi, fatta eccezione per alcune materie (legge elettorale, trattati internazionali, bilancio dello Stato, ecc.), realizzando così la c.d. legislazione di sostituzione o di emergenza⁴⁰.

Con riguardo allo scioglimento della Camera dei deputati, l'art. 35 della Costituzione è stato sottoposto a revisione nel settembre 2009, allo scopo di prevedere anche l'ipotesi dell'auto-scioglimento. Nella sua attuale formulazione, la disposizione appena menzionata stabilisce che il Capo dello Stato decreta lo scioglimento della Camera dei deputati, in primo luogo, se la Camera medesima non ha votato la fiducia al nuovo Governo, il cui presidente (Premier) sia stato nominato dal Presidente della Repubblica, su proposta dello *Speaker* della Camera dei deputati⁴¹. In secondo luogo, vengono in considerazione le varie ipotesi di inattività della Camera bassa, che possono parimenti condurre al suo scioglimento da parte del Capo dello Stato⁴²; tra di esse, spicca la mancata deliberazione del Parlamento entro tre mesi su un progetto di legge presentato dal Governo e sulla cui approvazione era stata posta dall'Esecutivo stesso la questione di fiducia.

La Camera dei deputati può anche approvare, a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, il suo autoscioglimento⁴³.

Il rapporto (e il raccordo) istituzionale tra Parlamento, Governo nazionale e Capo dello Stato è stato complessivamente caratterizzato, durante l'evoluzione storica dell'ordinamento costituzionale ceco, dal progressivo rafforzamento (anche se non intenzionale⁴⁴) del ruolo del Presidente della Repubblica. Il parlamentarismo

³⁵ Camera alta, della quale fanno parte ottantuno componenti.

³⁶ Secondo quanto stabilisce il primo comma dell'art. 18 della Costituzione.

³⁷ Così prevede il secondo comma dell'art. 18 Cost.

³⁸ Nel procedimento legislativo ordinario, al di fuori quindi delle ipotesi in cui è richiesta una maggioranza qualificata (come avviene, ad esempio, per l'adozione delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale), le Camere deliberano con la maggioranza semplice, a condizione che sia presente la maggioranza assoluta dei componenti della Camera stessa. Sulle maggioranze richieste per le varie ipotesi di deliberazione parlamentare, v. l'art. 39 della Carta costituzionale.

³⁹ Si vedano, rispettivamente, il primo e il secondo comma dell'art. 16 della Costituzione.

⁴⁰ I provvedimenti legislativi approvati dal Senato dovranno essere ratificati, a pena di decadenza, dalla (nuova) Camera dei deputati nella sua prima seduta (cfr. il quinto comma dell'art. 33 Cost.).

⁴¹ Cfr. l'art. 35, c. 1, lett. a), della Costituzione.

⁴² V. l'art. 35, c. 1, lett. b)-d), Cost.

⁴³ Si veda il secondo comma dell'art. 135 della Legge fondamentale. In ogni caso, lo scioglimento della Camera dei deputati non può essere decretato nei tre mesi precedenti la fine della legislatura (v. art. 35, c. 3, Cost.).

⁴⁴ Non espressamente voluto, cioè, o comunque dichiarato, dai partiti politici, né risultante (in maniera palese) dalle modificazioni costituzionali, quanto piuttosto come effetto (occulto) delle

classico, accolto dalla Costituzione cecoslovacca del 1920⁴⁵, era stato ovviamente sostituito durante il periodo socialista dal modello sovietico di rappresentanza popolare, pur se con alcune particolarità, quali specialmente la figura istituzionale del Capo dello Stato monocratico, in luogo della Presidenza collegiale tipica dei regimi socialisti. Dopo la conclusione dell'esperienza socialista, la forma di governo della Repubblica ceca ha nuovamente assunto le caratteristiche del parlamentarismo, ricollegandosi idealmente alla tradizione costituzionale del testo del 1920. Così, diversamente dalla scelta operata da numerosi Stati post-socialisti dell'Europa centrale e orientale, la Repubblica ceca ha inizialmente optato per la forma di governo parlamentare, e non dunque per il semipresidenzialismo (nella versione "debole") prevalente nell'Est europeo dopo la fine del comunismo⁴⁶. Resta, però, il fatto che nella forma di governo parlamentare della Repubblica ceca i poteri conferiti al Capo dello Stato sono particolarmente estesi, e riguardano per esempio il veto legislativo, per superare il quale è necessaria la maggioranza assoluta della Camera dei deputati⁴⁷; egli, inoltre, può adire la Corte costituzionale⁴⁸, adotta numerosi atti⁴⁹ non soggetti a controfirma ministeriale⁵⁰, ha la facoltà di partecipare sia alle sedute di entrambe le Camere che alle riunioni del Governo⁵¹.

La revisione costituzionale dell'ottobre 2012 ha previsto l'elezione diretta del Capo dello Stato⁵², ma a tale importante innovazione istituzionale non si è accompagnata una nuova disciplina costituzionale dei poteri presidenziali. Ciò potrebbe anche, in prima battuta, legittimare l'impressione che il semipresidenzialismo "di fatto"⁵³ già operante prima del 2012⁵⁴, sia stato sostituito,

prassi costituzionali.

⁴⁵ E rimasto in funzione fino al 1939 (al tempo della c.d. prima Repubblica cecoslovacca). Sulla Carta costituzionale cecoslovacca del 1920, v. A. Giannini, *Le Costituzioni degli Stati dell'Europa orientale*, I, Roma, Istituto per l'Europa orientale, 1929, 97 ss.; G. Salemi, *La costituzione della Cecoslovacchia*, Firenze, Sansoni, 1946. Tra il 1939 e il 1945 le regioni di Boemia e Moravia (attuale Repubblica ceca) furono occupate dai tedeschi, che fondarono il *Reichsprotektorat Böhmen und Mähren* (ovvero, in ceco, *Protektorát Čechy a Morava*); cfr. C.G. Raggi, *Il Protettorato di Boemia e Moravia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1940, 194 ss.

⁴⁶ Cfr. M. Ganino, *Le forme di governo dei Paesi dell'Europa centro-orientale*, in L. Mezzetti, V. Piergigli (cur.), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Torino, Giappichelli, 1997, 351 ss.; Id., *Presidenti e Governi nell'evoluzione costituzionale dell'Europa dell'Est (Polonia, Romania, Ungheria e Russia)*, in *Nomos*, 1997, n. 3, 81 ss.; M. Lesage, *Il modello francese nelle nuove Costituzioni dei Paesi dell'Europa dell'Est*, in S. Gambino (cur.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, Giuffrè, 2003, 147 ss.; A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, Giappichelli, 1997; M.A. Orlandi, *Quando il semipresidenzialismo passa all'Est*, Torino, Giappichelli, 2002; M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, Bononia University Press, 2014, 41 ss.; Id., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2016, 6^a ed., 171 ss.

⁴⁷ Si vedano gli art. 50 e 62, lett. h), Cost.

⁴⁸ Cfr. l'art. 87, c. 1, lett. h), Cost.

⁴⁹ Elencati nell'art. 62 Cost.

⁵⁰ C.d. competenze autonome.

⁵¹ Cfr. l'art. 64 Cost.

⁵² V. *supra*, nel paragrafo 1.

⁵³ Si è parlato anche di semipresidenzialismo strisciante; cfr. M. Perottino, *Les évolutions de la fonction présidentielle tchèque*, in *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2008, n. 2, 49 ss. Nella dottrina ceca, sul ruolo del Capo dello Stato, v. K. Janstová, *K postavení Prezidenta Republiky v ústavním systému ČR: vybrané problémy* [Sulla collocazione del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale della Repubblica ceca: problemi scelti], in R. Suchánek, V. Jirásková et alii, *Ústava České Republiky v praxi, 15 let platnosti základního zákona* [La Costituzione della Repubblica ceca nella prassi, 15 anni di vigenza della Legge fondamentale], Praha, Leges, 2009, pp. 150-184.

⁵⁴ Sebbene la Corte costituzionale ceca abbia affermato, ad esempio con la sentenza del 9 febbraio

mediante la revisione costituzionale da ultimo menzionata, dalla forma di governo semipresidenziale “di diritto”.

Come avviene tipicamente nelle forme di governo semipresidenziali, è possibile che sorgano problemi di “coabitazione” tra il Capo dello Stato e il Premier, il quale ultimo, talvolta, svolge quindi un ruolo depotenziato⁵⁵. Questo accade nel sistema costituzionale ceco, dove il capo del Governo⁵⁶ è un *primus inter pares*⁵⁷, il quale però ad esempio può chiedere al Presidente della Repubblica la destituzione di un singolo ministro, in aggiunta al potere di presentare le dimissioni dell'intero Governo⁵⁸.

È appunto ciò che si è verificato, sia pure in modo rocambolesco, nel caso che ha dato l'occasione per l'elaborazione del presente scritto. Una proposta di dimissioni del Primo Ministro, accolta dal Capo dello Stato, poi subito revocata dal Premier che è da tempo in contrasto con un singolo ministro il quale ultimo, però, ha il sostegno del Presidente della Repubblica⁵⁹. Verrebbe quasi da chiedersi: forse anche nella Repubblica ceca si va ormai affermando un nuovo tipo d'organizzazione del potere⁶⁰, trasversale ai regimi parlamentari, presidenziali e semiparlamentari, che prevede un sistema «molto presidenziale» (e meno, o «non abbastanza», democratico)?

Tuttavia, l'esito finale della crisi politica e istituzionale è stato differente da quello che pure astrattamente – come si è appena detto – poteva essere ipotizzato, vale a dire un rafforzamento del Presidente della Repubblica a discapito del Premier. È avvenuto, infatti, esattamente in contrario. Questo perché il 24 maggio 2017 il Presidente Zeman ha accolto la richiesta del Premier Sobotka di nominare un nuovo ministro delle Finanze, in sostituzione di Babiš, individuato nella persona di Ivan Pilný⁶¹, anch'egli esponente di ANO. In precedenza, la proposta di nominare Alena Schillerová⁶² al posto di Babiš era stata respinta da Sobotka, che riteneva Schillerová troppo contigua a Zeman⁶³.

2010, la (perdurante) natura parlamentare della forma di governo della Repubblica ceca. Sul tema, v. A. Di Gregorio, in A. Di Gregorio, C. Filippini, M. Ganino, *Governi e Parlamenti nei paesi dell'Europa orientale (Polonia, Lituania, Ungheria, Repubblica ceca): l'equilibrio innanzitutto*, Torino, Giappichelli, 2012, 42 ss., spec. 56 ss. In particolare, sui “freni” ripetutamente posti dalla Corte costituzionale ceca all'interventismo del Presidente della Repubblica Václav Klaus, secondo Capo dello Stato della Repubblica ceca dopo lo scioglimento della Federazione cecoslovacca (cfr. *ante*, nt. 33), v. A. Di Gregorio, *I tormenti della forma di governo ceca tra profili europei e rimescolamenti interni*, in www.federalismi.it, n. 6 del 24-3-2010, 26-27.

⁵⁵ Così A. Di Gregorio, C. Filippini, M. Ganino, *Governi e Parlamenti nei paesi dell'Europa orientale (Polonia, Lituania, Ungheria, Repubblica ceca): l'equilibrio innanzitutto*, cit., 57.

⁵⁶ Ovvero, meglio, nel lessico costituzionale ceco, il presidente del Governo.

⁵⁷ Cfr. l'art. 68 Cost., sulla fiducia parlamentare concessa al Governo nella sua collegialità.

⁵⁸ V. l'art. 74 Cost.

⁵⁹ Non nuovo, peraltro, a episodi di “protagonismo” istituzionale e politico; cfr. A. Di Gregorio, *Repubblica ceca: sui tentativi di protagonismo del capo dello Stato prevale la volontà dei partiti*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 993 ss.

⁶⁰ Su cui v. le acute considerazioni di O. Duhamel, *Une démocratie à part*, in *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n. 126, settembre 2008, 17 ss.

⁶¹ Già presidente della Commissione per gli Affari economici della Camera dei deputati, nonché ex dirigente di *Microsoft*. Secondo l'opinione dell'*Institut pro politiku a společnost-IPPS (Institute for Politics and Society)* di Praga, l'ingegnere elettronico e neo-ministro delle Finanze Ivan Pilný è (principalmente) un *businessman* (cfr. all'indirizzo www.politikaspolecnost.cz).

⁶² Che ricopre la carica di vice-ministro delle Finanze.

⁶³ Cfr. A. Di Gregorio, L. A. Nocera, *A political crisis in the Czech Republic?*, in www.dipeo-unimi.it, doc. datato 25-5-2017.

In definitiva, sembrano (almeno) due le lezioni da apprendere dalla recente vicenda della Repubblica ceca.

Per un verso, la crisi si è risolta nel senso della parlamentarizzazione della forma di governo, senza alcuna deriva semipresidenziale “di fatto” (e tantomeno “di diritto”)⁶⁴, attraverso una lettura parlamentare⁶⁵ della crisi medesima, basandosi in definitiva sulla volontà dei partiti e non su quella del Presidente Zeman che intendeva forzare la lettura costituzionale e interferire nell’Esecutivo⁶⁶.

Per altro verso, sul piano comparativo, si rafforza l’impressione che i partiti o movimenti a vocazione populistica, come avviene per ANO nella Repubblica ceca, ma anche per il Fronte nazionale⁶⁷ in Francia, il Partito per la Libertà⁶⁸ nei Paesi Bassi e il Partito della Libertà⁶⁹ in Austria⁷⁰, sebbene talvolta siano (o appaiano) sul punto di modificare, attraverso la eventuale “collaborazione”, come nel caso ceco, del Capo dello Stato, la lettura costituzionale delle crisi politico-istituzionali o, più in generale, dei passaggi politici essenziali (incluse, ovviamente, le tornate elettorali), arrivando a prospettare evoluzioni (o involuzioni) della stessa forma di governo⁷¹, ciononostante alla prova dei fatti si scontrano con la volontà maggioritaria e predominante (salvo imprevisti, o controtendenze⁷²) del sistema politico-partitico e del corpo elettorale di non modificare rispetto al passato gli assetti istituzionali e le dinamiche consolidate delle forme di governo esistenti nei rispettivi Paesi.

⁶⁴ Sulla possibile lettura forte dei poteri del Capo dello Stato negli ordinamenti dei Paesi dell’Est europeo, v. L. Montanari, *Le nuove democrazie dell’Europa centro-orientale*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, I, Roma-Bari, Laterza, 2014, 2^a ed., 512 ss.

⁶⁵ Secondo, del resto, la tradizione della prima Repubblica cecoslovacca.

⁶⁶ Sui tentativi presidenziali di forzare il disegno parlamentare, v. A. Di Gregorio, *I tormenti della forma di governo ceca tra profili europei e rimescolamenti interni*, cit. (v. anche *retro*, nt. 54, sugli orientamenti della giurisprudenza costituzionale ceca).

⁶⁷ *Front National*, FN. Cfr. M. Gervasoni, *La Francia in nero. Storia dell’estrema destra dalla Rivoluzione a Marine Le Pen*, Venezia, Marsilio, 2017, dove viene sviluppato (*sub Introduzione*, 1 ss.) il ragionamento per il quale non è stata tanto Marine Le Pen ad avere imitato i populistici europei, quanto piuttosto è avvenuto il contrario (*ivi* l’autore aggiunge che «la tradizione “populista” vede la Francia in prima linea fin dal XIX secolo, a partire dal generale Boulanger, se non dal cesarismo bonapartista del Secondo Impero di Napoleone III»; cfr. 1).

⁶⁸ *Partij voor de Vrijheid*, PVV. Si veda K. Damhuis, *Wegen naar Wilders. PVV-stemmers in hun eigen woorden [Roads to Wilders. PVV voters in their own words]*, Amsterdam, De Arbeiderspers, 2017 (testo in neerlandese), e *ivi* interviste agli elettori di Geert Wilders, leader del PVV (al fine di individuare la tipologia del sostegno al PVV).

⁶⁹ *Freiheitliche Partei Österreichs*, FPÖ. V., se vuoi, M. Mazza, *Partiti antisistema e «populismo alpino» in Austria*, in questa *Rivista*, 2015, 639 ss.

⁷⁰ Possiamo aggiungere, in Italia, il caso del M5S? Cfr. F. Chiapponi, *Democrazia, Populismo, Leadership: il Movimento 5 Stelle*, Novi Ligure (AL), Edizioni Epoké, 2017 (l’autore, studioso dei populismi, è docente presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell’Università di Pavia).

⁷¹ Cfr. C. Mudde, *Europe’s Populist Surge. A Long Time in the Making*, in *Foreign Affairs*, 2016, n. 6, 25 ss.

⁷² Si pensi, soprattutto, al programma politico e all’azione dei partiti «Diritto e Giustizia» (*Prawo i Sprawiedliwość*, PiS) in Polonia e «Fidesz - Unione Civica Ungherese» (*Fidesz - Magyar Polgári Szövetség*) in Ungheria. Cfr., da ultimo, M. Vasev, *The Rise of the Populist Radical Right in Eastern Europe*, in *Fox & Hedgehog. The Current and Global Affairs Review*, febbraio 2017, all’indirizzo www.foxhedgehog.com, il quale rileva che «by the beginning of the 21st century, the “democratic malaise” had already produced large masses of angry, unsatisfied citizens who were very susceptible to voting for extreme parties in Eastern Europe». In precedenza, v. ampiamente A.L.P. Pirro, *The Populist Radical Right in Central and Eastern Europe. Ideology, impact, and electoral performance*, London-New York, Routledge, 2015, nonché H. Deleersnijder, *La dérive populiste en Europe centrale et orientale*, in *Hermès*, n. 42, 2005 (num. tematico *Peuple, populaire et populisme*), 181 ss.

Il presidenzialismo brasiliano alla prova delle inchieste e della crisi del bilancio statale: osservazioni sull'*impeachment* contro Dilma Rousseff

di Jacopo Paffarini

Abstract: *The Brazilian Presidentialism put to the test by investigations and state budget crisis: observations on the impeachment against Dilma Rousseff* – The impeachment process against Dilma Rousseff stressed the difficulty of Brazilian political system to face the social impact of *Lava-Jato* investigations and State budget deficit. Beyond the great concern for the economic growth, it should be highlighted the need for a new assessment of the government system. The purpose of this paper is to analyse the main phases of Dilma Rousseff's impeachment, the allegations, and the reasons for the removal. Finally, it is evident that the case presents a questionable usage of a constitutional guarantee to achieve factional interests, which ended up exasperating institutional and social tension.

Keywords: Impeachment; Presidentialism; Latin America; Government coalitions; Rousseff.

551

1. L'*impeachment* nel contesto politico-istituzionale

L'approvazione della mozione di *impeachment* contro Dilma Rousseff, nel 31 agosto 2016, ha segnato la fine di una delle vicende più controverse della storia della giovane democrazia brasiliana. Rimangono ancora irrisolti molti dei numerosi nodi sollevati dalla dottrina, in particolare quelli riguardanti il funzionamento dei dispositivi costituzionali di equilibrio dei poteri messi alla prova nella vicenda.

A prima vista l'aggravarsi della crisi della coalizione parlamentare che sosteneva il governo Rousseff è andata di pari passo con gli sviluppi di una inchiesta giudiziaria molto articolata, che ha descritto uno schema occulto per il trasferimento di fondi da imprese ed enti pubblici verso i principali partiti del Congresso¹. La questione, tuttavia, risulta ben più complessa e la sua trattazione

¹ A distanza di dieci anni dallo scandalo "*Mensalão*" la corruzione politica è entrata di nuovo nel mirino della magistratura, la cui azione tuttavia sembra aver assunto una maggiore incisività negli ultimi tempi. L'inchiesta *Lava-Jato* portata avanti dal Pubblico Ministero di Curitiba non si è infatti fermata a figure secondarie della classe politica, ma ha coinvolto anche personaggi centrali come l'ex Presidente Lula, nei confronti del quale è stato richiesto per la prima volta il rinvio a giudizio. Il 14-11-2016, nella conferenza stampa di presentazione della denuncia contro Lula, il Procuratore Deltan Dallagnol ha definito l'ex Presidente «*comandante máximo*» dello schema di corruzione scoperto dall'inchiesta. Tali dichiarazioni hanno contribuito ad inasprire il già compromesso clima istituzionale, con un intensificarsi di accuse di "selettività" rivolte all'attività magistratura.

Pochi giorni dopo la stesura di questo contributo è stata divulgata la lista degli indagati elaborata dal giudice del *Supremo Tribunal Federal* responsabile dell'Operazione *Lava-Jato*, il Ministro Edson Fachin, nella quale figurano 8 ministri dell'attuale governo di Michel Temer, 24 senatori e 38 deputati: abr.ai/2oSG3yI

non può esimersi dall'approfondire alcune peculiarità del presidenzialismo brasiliano e della cultura istituzionale del paese che hanno avuto un peso determinante².

Per una corretta ricostruzione del “contesto” della vicenda, dunque, si ritiene appropriato partire dal dato oggettivo che maggiormente risalta nell'evoluzione dello scenario politico brasiliano, ossia il forte indebolimento della formazione che per tredici anni ha contribuito in maggior misura a definire la linea dell'Esecutivo. Il *Partido dos Trabalhadores* (PT) è stato infatti progressivamente isolato in Congresso dopo che i suoi esponenti presso il *Conselho de Ética* della Camera dei Deputati hanno annunciato che avrebbero votato a favore della cassazione del mandato di Eduardo Cunha, allora Presidente della Casa Legislativa ed esponente di spicco del *Partido do Movimento Democrático Brasileiro* (PMDB), tra i più vecchi alleati dei governi ad egemonia PT. A partire da questo momento i parlamentari del PMDB hanno tentato di accelerare l'itinerario congressuale della denuncia di *impeachment*, allo scopo di agevolare la successione alla carica del Vice-Presidente Michel Temer (fino al 5 aprile 2016 Presidente del PMDB e, dal 29 ottobre 2015, ufficialmente portavoce di programma di governo alternativo a quello della Rousseff³).

² In questo senso, si richiama l'insegnamento di autorevoli comparatisti che hanno evidenziato l'importanza di non limitare l'oggetto dell'analisi alle fonti tradizionali del diritto costituzionale. L'approfondimento del caso di studio, dunque, dovrebbe dar conto della «formula politica istituzionalizzata», ossia dell'insieme delle regole, formali e non, che presiedono il funzionamento dei corpi istituzionali con cui interagiscono i partiti politici. Secondo l'insegnamento di Lombardi essa rappresenta «il vero *tipo* (tanto più importante quanto meno necessita di *verbalizzazione*) della struttura costituzionale dell'uno o dell'altro sistema» – vedi, G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, 70. È stato giustamente osservato che l'individuazione della formula politica comporta un'indagine molto ampia, la quale dovrebbe estendersi alla storia del pensiero politico e della classe dirigente del paese. Ad esempio, «la definizione del concetto di formula politica consente [...] di meglio comprendere perché gli ordinamenti che non hanno un procedimento aggravato di revisione costituzionale (c.d. a *costituzione flessibile*) non necessariamente modificano la carta costituzionale, con maggiore frequenza rispetto a quelli a *costituzione rigida*, come, ad esempio, è accaduto per la Costituzione degli Stati Uniti», vedi R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2006, 66-67.

³ Il riferimento è al programma «*Uma ponte para o futuro*» presentato da Temer durante un incontro con giornalisti il 29 ottobre 2015 a Brasilia. È interessante notare come l'iniziativa dell'allora Vice-Presidente, e futuro Presidente *ad interim*, è stata realizzata quando ancora il procedimento di *impeachment* non era iniziato e nemmeno il Presidente della Camera, Eduardo Cunha, si era espresso sulla fondatezza delle denunce contro la Presidente (si veda la notizia alla pagina web dell'agenzia nazionale di stampa *Agencia Brasil*: agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-10/pmdb-critica-excessos-economicos-do-governo-e-aumento-de-impostos). Tra gli scritti degli oppositori all'*impeachment*, per una lettura politica dell'articolazione dei fatti precedenti alla rimozione di Dilma Rousseff, cfr. I. Jinkings, *O golpe que tem vergonha de ser chamado golpe*, in I. Jinkings, K. Doria, Cleto, Murilo (cur.), *Por que gritamos ao golpe? Para entender o impeachment e a crise política no Brasil*, São Paulo, 2016, 12: «O golpe propriamente dito remonta a 29 de outubro de 2015, quando foi lançado pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), participe no governo e sigla do Vice-Presidente Michel Temer, o plano *Uma ponte para o futuro*; em 2 de dezembro o então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (um dos chefes de artilharia, atualmente afastado do cargo e em vias de ter seu mandato cassado por corrupção) abriu o processo de impeachment contra a presidente, alegando crime de responsabilidade com respeito à lei orçamentaria e à lei de improbidade administrativa, as decantadas “pedaladas fiscais”. Em 29 março de 2016 o PMDB se retirou do governo; no dia 17 de abril o plenário da Câmara aprovou o relatório favorável ao impedimento da presidente, numa sessão que parlamentares indiciados por corrupção e réus em processos diversos dedicaram seus votos à Deus e à família, numa espetacularização execrável da política; em 12 de maio, o Senado Federal também aprovou a abertura do processo que culminou no afastamento da Dilma

Un ulteriore fattore di crisi per l'Esecutivo guidato dal PT è stata la massiccia “fuga di notizie” dai fascicoli dell'indagine *Lava-Jato* condotta dalla Procura della Repubblica di Curitiba. A partire dalla fine del 2014 l'opinione pubblica è stata costantemente aggiornata sull'avanzamento delle ricostruzioni della magistratura relative alla sottrazione di risorse dalle casse del colosso petrolifero a partecipazione statale “*Petrobras*”. La narrazione mediatica della vicenda giudiziaria ha avuto un effetto sociale dirompente anche a causa della forte accelerazione impressa all'indagine per mezzo del massiccio ricorso alla custodia cautelare preventiva e alle “collaborazioni premiate” degli arrestati⁴. Queste ultime, in particolare, hanno descritto un legame diretto tra gli amministratori dell'impresa (nominati dai partiti della coalizione di governo) e alcuni personaggi politici, i quali avrebbero svolto il ruolo di intermediari nella spartizione del denaro. Il governo è stato direttamente coinvolto nell'inchiesta dopo la deposizione di Delcídio Amaral, ex-senatore del PT, rimosso dal suo mandato e arrestato su richiesta della magistratura di Curitiba il 25 novembre 2015, con l'accusa di aver tentato di ostacolare le indagini. La sua testimonianza ha trascinato nel giro di tangenti costruito attorno alla *Petrobras* tutti i leader dei principali partiti del Congresso, mentre Dilma Rousseff è stata citata come l'artefice di un tentativo (fallito) di influenzare il *Supremo Tribunal Federal* per favorire la liberazione degli imprenditori arrestati nel corso dell'operazione giudiziaria⁵.

L'inchiesta *Lava-Jato* non ha tuttavia colpito soltanto il PT, ma si è rapidamente estesa a quasi tutti i partiti presenti in Congresso, esponendo

Rousseff da presidência, até que seja concluído [Il golpe in sé risale al 29 ottobre 2015, quando è stato lanciato dal Partito del Movimento Democratico Brasiliano (PMDB), partecipante al governo e sigla del Vicepresidente Michel Temer, il piano “Un ponte verso il futuro”; il 2 dicembre, l'allora Presidente della Camera dei Deputati, Eduardo Cunha (uno dei capi dello stratagemma, attualmente allontanato dal suo incarico e vicino ad avere il suo mandato revocato per corruzione) ha aperto il processo di *impeachment* contro la Presidente, allegando un crimine di responsabilità rispetto alla legge di bilancio e alla legge sull'improbità amministrativa, le famose “pedalate fiscali”. Il 29 marzo 2016 il PMDB si è ritirato dal governo; il 17 aprile la Camera, in seduta plenaria, ha approvato una relazione favorevole all'impedimento della Presidente, all'esito di una sessione in cui i parlamentari rinviati a giudizio per corruzione e imputati in diversi procedimenti hanno dedicato i loro voti a Dio e alla propria famiglia, dando atto ad una spettacolarizzazione esecrabile della politica; il 12 maggio, anche il Senato Federale ha approvato l'apertura del processo con la conseguente sospensione di Dilma Rousseff dalla Presidenza, fino al suo completamento]».

⁴ Il *Ministério Público Federal* ha creato un portale per la divulgazione delle notizie relative alle fasi e al contenuto dell'operazione giudiziaria: lavajato.mpf.mp.br. Al di là del massiccio ricorso alla *colaboração premiada*, la quale ha ricevuto una regolazione formale in Brasile soltanto con la legge 12.850/2013, la conduzione del processo da parte di giudice Sergio Moro è stata oggetto di varie critiche per una serie di ragioni. In primo luogo per la sua tendenza a rilasciare opinioni sul processo davanti ai mezzi di informazione nazionali e stranieri (ragione per la quale è stata messa in dubbio la sua effettiva imparzialità). Oltre a ciò è stato sollevato il problema di una postura inquisitoria del magistrato nella fase istruttoria, per la sua propensione all'interrogatorio degli imputati, l'uso selettivo della prigione cautelare, che sarebbe stata prescritta anche in violazione dei requisiti di legge al solo scopo di costringere i destinatari a collaborare. Per un approfondimento su tali osservazioni si rinvia al manifesto firmato da 105 avvocati e giuristi dal titolo «*Carta aberta em repúdio ao regime de superação episódica de direitos e garantias verificado na Operação Lava Jato*» [Lettera aperta di ripudio al regime di superamento occasionale dei diritti e delle garanzie verificatosi nell'operazione *Lava Jato*], disponibile su pradella.jusbrasil.com.br/noticias/297190364/leia-o-manifesto-dos-advogados-que-comparam-lava-jato-a-inquisicao

⁵ L'accordo omologato tra il collaboratore e il *Ministério Público Federal* e le dichiarazioni sono disponibili al sito del quotidiano *Estadão*: bit.ly/2odO7vc

all'attenzione pressante dei mass media gli stessi sostenitori dell'*impeachment*. La rimozione della ex-Presidente è stata infatti invocata dalla maggioranza dei parlamentari in nome della legalità nella gestione dei conti pubblici, nonostante la Rousseff non sia stata mai sottoposta formalmente ad indagine e gli illeciti perseguiti dalla *Lava-Jato* non corrispondono ai «crimini di responsabilità» presidenziale previsti dall'art. 85 della Costituzione Federale. Diversamente, le indagini della magistratura hanno coinvolto nella vicenda l'allora Presidente della Camera dei Deputati Eduardo Cunha, che nel dicembre 2015 aveva ammesso la denuncia di *impeachment* dando ufficialmente inizio al procedimento: la sua rimozione dalla carica per «rottura del decoro parlamentare» è avvenuta a seguito del ritrovamento di fondi non dichiarati in Svizzera. Ad ulteriore testimonianza del «*timing*» dei provvedimenti giudiziari, si noti che l'approvazione della mozione favorevole alla cassazione del mandato di Eduardo Cunha nel *Conselho de Ética* è stata verosimilmente favorita dall'emissione di un mandato di arresto della Procura di Brasilia nella settimana precedente⁶.

Alla luce di tali premesse si ritiene che i possibili sviluppi dell'attuale scenario politico brasiliano, dopo l'allontanamento di Dilma Rousseff dalla Presidenza, rimangano molteplici e certamente poco prevedibili. A fronte di una divergenza di letture in merito alle cause e alle origini del controverso processo di *impeachment*, rimane la percezione che il livello della contesa tra i gruppi parlamentari abbia favorito delle forzature nell'uso degli strumenti costituzionali di garanzia contro i crimini di responsabilità presidenziale. A titolo di esempio si ricorda il duplice intervento di censura del *Supremo Tribunal Federal*, con il quale sono state reintrodotte nella procedura una serie di garanzie omesse nel rito prescelto dall'allora Presidente della Camera dei Deputati⁷. Il *judicial review* in un ambito tradizionalmente ritenuto di dominio del Congresso ha imposto alla dottrina

⁶ La terza carica dello Stato era entrata ufficialmente nel mirino della Procura della Repubblica di Brasilia una settimana prima della riunione nel *Conselho de Ética*. Il 7 giugno 2016 il Procuratore della Repubblica Rodrigo Janot ha chiesto la custodia cautelare in carcere di Cunha e altri tre esponenti del PMDB con l'accusa di aver tentato di ostacolare le indagini dell'inchiesta *Lava-Jato*. Il 14 giugno successivo, dopo aver chiesto più tempo per compiere le opportune considerazioni alla luce degli sviluppi delle indagini della Procura della Repubblica, il *Conselho de Ética* ha approvato la relazione di censura contro Cunha presentata dal deputato Marcos Rogério (*Democratas*). La definitiva cassazione del mandato parlamentare è stata decisa dal Congresso il 12 settembre 2016 con un ampio margine di voti rispetto ai 257 (maggioranza dei componenti della Casa Legislativa) richiesti dall'art. 55, §2 della Costituzione (esito votazione finale: 450 voti a favore, 10 contrari, 9 astensioni).

⁷ Il *Supremo Tribunal Federal* (STF) è intervenuto nel processo di *impeachment* contro Dilma Rousseff su ricorso del *Partido Comunista do Brasil* (PCdoB) con cui sono state avanzate undici richieste, alcune volte a far dichiarare l'illegittimità costituzionale delle previsioni della legge 1079/1950 relativa alla disciplina del rito di *impeachment*, altre, invece, a rivendicare una «interpretazione adeguatrice» delle medesime disposizioni rispetto alle novità sopravvenute con la Costituzione Federale del 1988. L'*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF), n. 374 del 2016 ha dunque portato l'STF a dichiarare incostituzionale la procedura dettata dall'allora Presidente della Camera dei Deputati per l'elezione dei componenti della Commissione Speciale incaricata di esaminare la denuncia di *impeachment*. Il rito prescelto avrebbe violato il requisito della proporzionalità della composizione dell'organo, dal momento che la votazione dell'assemblea legislativa è avvenuta su una lista «avulsa» di nomi, senza chiedere indicazioni ai *leader* dei gruppi parlamentari. Un'ulteriore censura ha invece interessato la segretezza osservata nell'elezione dei commissari, ritenuta incostituzionale alla luce delle implicazioni del processo per *impeachment*, le quali, secondo la corte, impongono la pubblicità di tutte le votazioni che lo riguardano. Il testo della sentenza è stato pubblicato nel *Diário Justiça Eletrônico* dell'8-3-2016, accessibile al link: bit.ly/2orPxRK

riflettere nuovamente sul rapporto tra la natura politica dell'organo giudicante e le garanzie costituzionali del processo di *impeachment*⁸. Ad ogni modo il caso offre un'ulteriore conferma dei rischi di manipolazione interpretativa a cui possono andare incontro, in periodi di crisi di maggioranza parlamentare, le disposizioni del testo costituzionale e della legge ordinaria che, in attuazione della riserva prevista all'art. 85 della Costituzione, specifica le fattispecie dei reati presidenziali e la disciplina del processo di *impeachment* (*Lei* n. 1079 del 10 aprile 1950).

2. Il presidenzialismo di coalizione brasiliano e le sue componenti destabilizzanti

Al di là delle considerazioni esposte finora, la crisi che ha segnato l'ultimo mandato di Dilma Rousseff è, in ultima istanza, ascrivibile ad un sistema politico caratterizzato da un multipartitismo accentuato, in cui risulta incentivata la lottizzazione delle cariche e l'appoggio delle formazioni minori è risolutivo per il successo di una qualsiasi iniziativa. Il "presidenzialismo di coalizione" brasiliano⁹, di fatto, è sostenuto dall'adozione della formula proporzionale per l'elezione del Congresso¹⁰, la quale ha certamente favorito la costruzione di alleanze tra i partiti maggiori e le formazioni politiche minori (soprattutto dell'area di centro). Tuttavia non si è mai verificata la creazione di due o più poli sufficientemente stabili, pertanto la configurazione delle coalizioni è mutevole e caratterizzata da un certo livello di occasionalità, se non di opportunismo. Nel corso delle esperienze di governo del Brasile il rapporto Legislativo-Esecutivo ha talvolta assunto un'intonazione conflittuale, che si è espressa con il blocco in sede parlamentare dei disegni di legge proposti dal governo¹¹, mentre in altri casi si è prodotto un indirizzo politico di compromesso. La "governabilità", che viene normalmente ricercata con l'adozione del sistema presidenziale, è in questi casi condizionata dal successo nell'elezione del Congresso del partito che esprime il Capo dell'Esecutivo. Le votazioni del 2014, tuttavia, hanno visto una riduzione del numero dei seggi del PT (77 alla Camera dei Deputati e 12 al Senato), nonché del principale partito alleato (il PMDB ha ottenuto 66 deputati e 18 senatori). La costituzione della base

⁸ Su tutti, cfr. A. G. Bahia; D. Bacha e Silva; M. A. Cattoni de Oliveira, *O impeachment e o Supremo Tribunal Federal: historia e teoria constitucional brasileira*, Florianopolis, 2016. Si permetta anche il rinvio a M. OLIVIERO; J. PAFFARINI, *O impeachment*, Itajaí-Passo Fundo, 2017 (in corso di pubblicazione).

⁹ Il termine «*presidencialismo de coalizão*» largamente diffuso tra la dottrina brasiliana per descrivere la forma di governo del proprio paese, è apparso per la prima volta nelle riviste accademiche del paese sudamericano in un articolo pubblicato da S. Abranches, *Presidencialismo de Coalizão. O dilema institucional brasileiro*, in *Revistas de Ciências Sociais*, 31, 5-34 (1988).

¹⁰ La Costituzione Federale, all'art. 45, impone il sistema proporzionale per l'elezione della Camera dei Deputati. I collegi elettorali coincidono con gli Stati membri e il numero dei seggi assegnati da ciascuno varia da un minimo di otto (circoscrizioni dell'Amazzonia, del Distretto Federale e dell'interno) ad un massimo di settanta (circoscrizione di San Paolo).

¹¹ Si tratta di una circostanza comune a diverse esperienze di governo in America Latina, riportata dagli studi della più attenta dottrina comparatistica. Tra i diversi contributi, cfr. L. Mezzetti, *L'America Latina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I, Roma Bari, 2014, 471: «Solitamente si assiste a una convivenza tra organi che sviluppano politiche autonome: l'Esecutivo fa un continuo uso del proprio potere di decretazione e il Parlamento è funzionale al raggiungimento delle mete elettorali dei parlamentari».

parlamentare è stata possibile soltanto con l'apporto di altri 7 partiti ed è costata, tra l'altro, la sconfitta del candidato del PT nella votazione per la carica di Presidente della Camera dei Deputati¹². In queste circostanze, il rendimento del presidenzialismo brasiliano è risultato equiparabile alle esperienze dei parlamentarismi multipartitici o multipolari¹³, in cui la stabilità del governo avviene a discapito di una più ampia ripartizione degli incarichi tra gli alleati¹⁴.

Tra le peculiarità della forma di governo del Brasile, occorre rilevare l'esistenza di una prassi elettorale che incentiva considerevolmente il ricorso all'*impeachment* presidenziale in occasione delle "crisi di maggioranza parlamentare". Si è già accennato al fatto che la presenza di una molteplicità di partiti ha favorito negli ultimi tre turni elettorali la costruzione di alleanze di governo precedenti al voto, ma che solo in parte sono riuscite a mantenersi integre nei turni successivi. Nel contesto brasiliano la *coligação* con altre sigle politiche rappresenta, al momento, l'unica possibilità di vincere le elezioni presidenziali: in questi casi, la contropartita per l'appoggio è l'inclusione nella *chapa eleitoral* di un leader di una formazione politica minore per la candidatura alla Vice-Presidenza. Si osservi, così, che tutti i Presidenti del Brasile, a partire dal 1988 fino ad oggi, hanno avuto come loro vicario un esponente di un partito alleato. Una tale circostanza può produrre un ulteriore e singolare effetto distorsivo del funzionamento della forma di governo: l'*impeachment* si candida a divenire lo strumento con cui un partito minore della coalizione consegue la "sostituzione" di un Presidente legato ad un partito che non gode di buone relazioni o che non riesce ad imporre il proprio programma all'assemblea legislativa¹⁵.

¹² La votazione dell'Assemblea che sancisce, appunto, la vittoria dello sfidante del PMDB, Eduardo Cunha, è ancor più significativa perché avvenuta pochi giorni dopo l'insediamento al *Palácio da Alvorada* di Dilma Rousseff.

¹³ Sul rendimento della forma di governo parlamentare in presenza di «sistemi multipartitici e multipolari» cfr. A. Di Giovine, *Le forme di governo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, cit., Tomo II, 848. Nella descrizione dell'A. possono rilevarsi alcune analogie con il funzionamento del presidenzialismo brasiliano dell'ultimo periodo come, ad esempio, il fatto che «le coalizioni di governo non sono annunciate prima delle elezioni, ma formate dopo a seguito di trattative con i partiti», «il Capo dell'Esecutivo assume il ruolo di semplice *primus inter pares*» e che «il Parlamento gode di un rilevante potere negoziale nei confronti dell'indirizzo politico governativo». Sul rendimento "altalenante" del presidenzialismo brasiliano, cfr. anche S. Mainwaring, *Multipartitism, Robust Federalism, and Presidentialism in Brazil*, in S. Mainwaring, M.S. Shugart (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, New York, 1997, 106: «*Presidents in Brazil have trottered between the two poles; they dominate decision-making power, yet when their political base erodes, they cannot implement major reforms*».

¹⁴ Cfr. S. Mainwaring, *op. cit.*, 69-74: «*Once elected, presidents form de facto coalition governments by offering jobs and resources to different parties. This partitioning of government begins at the highest level (cabinet positions and heads of major public enterprises and executive agencies) and continues on down to minor federal appointments and resources in backward towns and remote regions. [...] The boundary between minority presidentialism and coalition government in Brazil is permeable more so than is the case in parliamentary systems with disciplined parties*».

¹⁵ È importante segnalare in questa sede le osservazioni della dottrina comparatistica sulle implicazioni, in tempi di crisi, della componente "personalista" tipica nei partiti politici dell'America Latina. In tal senso, cfr. G. Guidi, *I sistemi a preponderanza presidenziale*, Rimini, 2000, 179-180: «[...] i partiti politici in America Latina non possono essere invocati come fattori equilibratori delle istituzioni nei periodi di crisi, per il fatto che essi stessi sono istituzioni "deboli" e "rigide", in aperta competizione, senza disporre degli strumenti e dei connotati necessari per poter assolvere un ruolo compromissorio o mediale». Si noti, inoltre, che alcuni studi hanno sottolineato una "scarsa di disciplina" proprio con riferimento ai partiti

La necessità di garantire un corretto uso degli istituti costituzionali di garanzia dell'equilibrio dei poteri ha prodotto un ampio dibattito in seno alla dottrina brasiliana, durante il quale sono stati messi in evidenza i punti di attrito tra le finalità delle previsioni sui «crimini di responsabilità» e l'attuale "tendenza parlamentarista" assunta dal binomio Legislativo-Esecutivo. Fino ad ora le uniche soluzioni proposte sembrano propendere per il riconoscimento di più ampie tutele processuali a favore del Presidente della Repubblica – su tutte, spicca la richiesta di riforma della disciplina prevista nella *lei do impeachment* – ma è lecito interrogarsi sull'efficacia, anche politica, di un intervento limitato a questa prospettiva. Si consideri, infatti, che la difesa di Dilma Rousseff, nelle *plenarie* del Congresso così come nelle piazze, ha gridato al "golpe del Legislativo", lamentando la mancanza di crimini di responsabilità tra le condotte allegate dall'accusa e la violazione delle regole del giusto processo. Dall'altra parte i tradizionali partiti della sinistra brasiliana e latinoamericana, i movimenti sociali più importanti ed alcuni esponenti del mondo accademico considerano l'allontanamento di Dilma Rousseff come una parte di un più vasto schema di controffensiva delle correnti conservatrici in America Latina, sostenute dalle *élite* dell'industria e della finanza¹⁶. Al di là di tali considerazioni, dunque, sono poche le proposte volte a rinnovare una riflessione sul rendimento dei modelli di presidenzialismo nel continente sudamericano e sulla loro capacità di garantire la continuità delle promesse di emancipazione enunciate dalle giovani costituzioni dei paesi del Cono Sud¹⁷.

A partire da queste premesse nelle pagine seguenti viene avanzata un'analisi degli aspetti più controversi del caso di *impeachment* di Dilma Rousseff, pur senza rinunciare a tracciare un bilancio sulle circostanze istituzionali e non che ne hanno condizionato l'esito. In un primo momento verranno prese in considerazione le condotte per le quali Dilma Rousseff è stata sottoposta a processo, ripercorrendo i rilievi principali avanzati nel dibattito dottrinale rispetto alla loro consistenza dal punto di vista della legalità costituzionale e ordinaria. Sotto una diversa angolazione, inoltre, si intende valutare in quale misura la crisi della coalizione parlamentare guidata dal PT e lo "scandalo *Petrobras*" sollevato dall'inchiesta "*Lava-Jato*" – nonostante non possano fornire dei presupposti legittimi per l'*impeachment* – hanno influito sull'esito della vicenda. In ultimo verranno evidenziati alcuni elementi di analogia con altri casi latinoamericani di interruzione anticipata del mandato presidenziale, mettendo al vaglio l'effettività dell'*impeachment* come modello costituzionale di garanzia dell'equilibrio dei poteri.

brasiliani, come nel caso di S. Mainwaring, M.S. Shugart, *Presidentialism and the party system*, in S. Mainwaring, Shugart (eds.), op. cit., 395: «*Presidentialism is also affected by how disciplined the political parties are. Disciplined parties afford a level of predictability and facilitate executive-legislative relations. [...] In terms of party discipline, the contrasts among Latin American democracies are striking, ranging from the disciplined legislative parties found in Venezuela and Mexico to the comparatively undisciplined parties that dominate electoral competition in Brazil and Colombia*».

¹⁶ Sul punto, si vedano le preoccupazioni espresse in una nota stampa dal Segretario Generale dell'*Unión de Naciones Suramericanas* (UNASUR) nella quale vengono sollevati diversi dubbi sulla solidità della base giuridica dell'*impeachment*: www.nodal.am/2016/04/brasil-pronunciamiento-de-unasur-sobre-el-avance-hacia-el-impeachment-contra-dilma-rousseff.

¹⁷ In questo senso, alcune delle recenti analisi comparative delle crisi presidenziali latinoamericane: A. Pérez-Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, New York, 2007; M. Llanos, L. Marsteintredet, *Presidential Breakdowns in Latin America. Causes and Outcomes of Executive Instability in Developing Countries*, New York, 2010.

3. Le condotte imputate: osservazioni sulla rilevanza della “pedalata fiscale”

Pur riconoscendo la molteplicità dei fattori che hanno portato il Congresso brasiliano a rimuovere per la seconda volta un Presidente della Repubblica democraticamente eletto, si ritiene che il presente studio dovrebbe prendere le mosse dalla definizione normativa dei crimini imputati, con cui verrà messo a confronto l’operato degli organi costituzionali nella vicenda. Il primo aspetto che occorre prendere in considerazione è pertanto costituito dalle condotte per le quali Dilma Rousseff è stata condannata il 31 agosto 2016 dal Senato Federale¹⁸. I fatti contestati dalla denuncia hanno avuto origine dal mancato trasferimento di fondi dal Tesoro ad alcune banche pubbliche fornitrici delle prestazioni dei programmi sociali e previdenziali¹⁹, che è stato considerato dall’opposizione parlamentare un’espedito per falsare il bilancio dello Stato, aumentare l’avanzo primario e, conseguentemente, i margini di spesa dell’Esecutivo. In tal senso, la ex Presidente è stata anzitutto incolpata di aver violato la *Lei de Responsabilidade Fiscal* e di aver aperto più operazioni di credito “implicite”, a beneficio del Tesoro, senza la necessaria autorizzazione del Congresso – costringendo le banche sopraccitate ad utilizzare i fondi delle proprie riserve per onorare gli impegni. Un ulteriore crimine di responsabilità si sarebbe poi consumato con l’emissione di sei decreti presidenziali rivolti all’apertura di «crediti supplementari», in deroga all’art. 4 della *Lei Orçamentaria Annual* (legge di bilancio) n. 12.952 del 2014 che permette tali manovre solo in presenza di un avanzo primario nel bilancio dell’esercizio precedente²⁰.

558

Le “pedalate fiscali”, secondo i sostenitori dell’*impeachment*, sarebbero dunque servite a creare “artificialmente” una disponibilità di risorse: omettendo l’indicazione dell’ammontare effettivo delle uscite, il governo si è garantito una capacità di manovra economica “irreale”, che è stata poi utilizzata soprattutto nel settore dei programmi di *welfare*.

Nell’atto di ricezione della denuncia – firmata dal giurista Hélio Bicudo (ex-membro-fondatore del PT, nel quale è rimasto fino al 2005), Miguel Reale Júnior (ex-Ministro della Giustizia del governo Fernando Henrique Cardoso), e Janaína Conceição Paschoal (avvocato) – l’allora Presidente della Camera dei Deputati Eduardo Cunha ha difeso l’attendibilità delle accuse ed ha considerato rilevanti i fatti allegati ai fini della consumazione di *crimes de responsabilidade* contro la *Lei Orçamentaria Annual*, previsti dall’art. 85, VI, della Costituzione. Più precisamente

¹⁸ Il Senato Federale, in maniera piuttosto sorprendente, ha deliberato separatamente sulla rimozione della Presidente e sulla pena accessoria dell’interdizione dai pubblici uffici. Il *quorum* dei due terzi dei senatori (54 degli 81 membri) è stato ampiamente raggiunto nella prima votazione per l’allontanamento definitivo della carica (61 favorevoli), mentre non è stato raggiunto nella seconda (solo 42 favorevoli).

¹⁹ *Banco do Brasil, Caixa Economica Federal e Banco Nacional do Desenvolvimento*.

²⁰ Lei n. 12.952 e 2014, art. 4 - «Fica autorizada a abertura de créditos suplementares, restritos aos valores constantes desta Lei, excluídas as alterações decorrentes de créditos adicionais, desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida para o exercício de 2014 [É autorizzata l’apertura di crediti supplementari, limitata ai valori previsti dalla presente legge, ad eccezione dalle alterazioni derivanti dai crediti aggiuntivi, a condizione che le alterazioni introdotte nella programmazione di bilancio siano compatibili con il raggiungimento della meta di saldo primario fissata per l’esercizio del 2014.]»

l'emanazione dei sei decreti presidenziali è stata ritenuta una palese violazione dei punti 4) e 6) dell'art. 10 della *Lei do Impeachment*, avendo ordinato delle spese non previste nel bilancio 2015, a cui, pertanto, il governo avrebbe potuto dar seguito solo con una autorizzazione *ad hoc* del Congresso (art. 165, §8, e 167, III, Cost.). La condotta della ex Presidente viene pertanto commentata come una frode all'elettorato e, ciò che più importa ai fini dell'azionabilità dell'*impeachment*, una violazione delle prerogative del Legislativo. Si noti, infine, che l'atto di accettazione dell'allora Presidente della Camera ha escluso la possibilità di far valere una responsabilità per atti riguardanti il primo mandato di Dilma Rousseff (2010-2014). A fondamento delle accuse avanzate, infatti, nella denuncia erano stati allegati anche una serie di operazioni fiscali e di decreti anteriori alla data della rielezione della ex-Presidente, attribuendo rilevanza alla continuità nella carica della stessa persona²¹. La decisione di Eduardo Cunha, tuttavia, si è allineata con una tesi dottrinale che privilegia una interpretazione letterale della proibizione di cui all'art. 86, §4, Cost. considerando ciascun quadriennio un periodo a sé stante e rifiutando l'ingresso nel giudizio ermeneutico di argomentazioni basate su concetti politici o valutazioni di merito²².

Fin dall'inizio del procedimento la ex-Presidente ha negato di aver commesso infrazioni della *Lei Orçamentaria*, allegando che il ritardo nel passaggio di denaro dal Tesoro alle banche pubbliche (comunemente conosciuto come «*pedalada fiscal*») costituiva una pratica contabile consolidata dal 1995. Il dibattito politico che è scaturito dall'episodio ha dimostrato che la contro-argomentazione della Rousseff trovava effettivamente conferma nella gestione precedente dei fondi pubblici attuata durante le presidenze di Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) e di Lula (2003-2011) e, per questo, non è stata contestata dall'accusa. Tuttavia i sostenitori dell'*impeachment* hanno tentato di far forza sul differenziale “quantitativo” che contraddistingue le pedalate fiscali della gestione di Dilma Rousseff rispetto alle precedenti: l'ammontare trattenuto dal Tesoro sarebbe cresciuto sensibilmente nel corso del primo e nell'inizio del secondo mandato della ex-Presidente²³.

²¹ Per la dottrina favorevole alla tesi che evidenzia la continuità nella «guida amministrativa», cfr. M. Figueiredo, *Il Brasile alla prova del diritto: l'impeachment del Presidente Dilma Rousseff tra cause e conseguenze*, in *DPCEonline*, 1/2016, 12-13. L'Autore difende l'imputabilità delle condotte relative al mandato precedente sulla base della permanenza nella carica del soggetto responsabile, identificando questa figura necessariamente nel vertice dell'Esecutivo, pur ammettendo che «ci sarebbero dei problemi per determinare la responsabilità personale del Presidente».

²² Secondo l'art. 86, § 4°, infatti, «*O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções* [Il Presidente della Repubblica, durante il suo mandato, non può essere chiamato a rispondere per atti estranei all'esercizio delle sue funzioni]». Tra i primi a schierarsi contro l'uso di concetti non derivanti dalla dottrina costituzionalistica nell'interpretazione di tale previsione, cfr. L. Streck, *Constituição contra impeachment de Dilma por fato de mandato anterior*, in *Consultor Jurídico*, 24 agosto 2015, disponibile in www.conjur.com.br/2015-ago-24/lenio-streck-constituicao-impeachment-mandato-anterior.

²³ Per ritornare sul ruolo dei mass media nella campagna pro-*impeachment*, si consideri lo “slancio militante” assunto da alcuni giornali e riviste nel tracciare una linea di demarcazione tra le pedalate fiscali “lievi” o “responsabili” dell'ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso e quelle, “scellerate” o “irresponsabili” di Dilma Rousseff. Ne costituisce un esempio la notizia riportata dal settimanale *Isto é* sulla relazione del Banco Central in merito alle manovre del governo: «*Na quarta-feira 6, um relatório do Banco Central mostrou que, se a presidente Dilma Rousseff participasse de uma competição de pedaladas, ela venceria os adversários por goleada. [...]. As*

La questione sollevata dalla denuncia ha pertanto posizionato il confronto tra le parti processuali sui limiti costituzionali all'autonomia di spesa dell'Esecutivo, dalla cui definizione dipende la possibilità di considerare *crime de responsabilidade* la pratica delle pedalate fiscali.

Per una più completa ricostruzione del quadro d'insieme vale la pena ritornare sulla replica di Dilma Rousseff in merito alla "consuetudine istituzionale" di rimandare il pagamento dei servizi prestati dalle banche pubbliche, a cui si vuole aggiungere un'ulteriore circostanza fattuale che ha verosimilmente influenzato il giudizio del Congresso. Questo tipo di operazione era stata considerata legittima e compresa nei margini di autonomia del potere esecutivo fino al 7 ottobre 2015, quando il Tribunal de Contas da União (TCU) ha capovolto la propria giurisprudenza, emettendo all'unanimità un parere negativo sul bilancio presentato dall'Esecutivo²⁴. La relazione del TCU ha evidenziato infatti l'esistenza di «*operações heterodoxas*»²⁵ (riferendosi, appunto, a ciò che poi è passato alla cronaca politica con il termine di «pedalate fiscali») evidenziando le carenze nella gestione della

informações do Banco Central, presidido por Alexandre Tombini desde 2011, são graves por diversos motivos. Em primeiro lugar, elas desmontam a farsa criada pelo governo que trata as manobras fiscais – que, é bom lembrar, embasam o pedido de impeachment da presidente Dilma Rousseff no Congresso Nacional – como um mero deslize contábil. Considerar R\$ 60 bilhões (montante oito vezes maior do que todo o lucro da Caixa Econômica Federal em 2015) um deslize é uma afronta à inteligência dos brasileiros. O segundo motivo diz respeito a algo ainda mais grave. O governo petista criou um cenário artificial para a economia brasileira, maquiando as contas públicas com recursos que deveriam ter outro destino [Mercoledì 6, un rapporto della Banca Centrale ha mostrato che se la Presidente Dilma Rousseff partecipasse ad una gara ciclistica sconfiggerebbe di gran lunga gli avversari [...]. Le informazioni della Banca Centrale, presieduta da Alexandre Tombini dal 2011, sono gravi per diversi motivi. In primo luogo, esse smontano la farsa creata dal governo che presenta le manovre fiscali – le quali, è bene ricordare, sono alla base della denuncia di impeachment contro la Presidente Dilma Rousseff nel Congresso – come un semplice slittamento di contabilità. Considerare 60 miliardi di reais (quantità otto volte più grande di tutto il profitto della Caixa Economica Federal nel 2015) una scivolata è un affronto all'intelligenza dei brasiliani. Il secondo motivo si riferisce a qualcosa di ancora più grave. Il governo del PT ha creato uno scenario artificiale per l'economia brasiliana, truccando i conti pubblici con fondi che dovrebbero avere un'altra destinazione]» (l'articolo consultabile alla pagina web della rivista: bit.ly/2oyK5sA)

²⁴ I membri del *Tribunal de Contas da União* (TCU) il 7 ottobre 2016 hanno approvato all'unanimità la relazione del Ministro Augusto Nardes il quale raccomandava al Congresso di rigettare il bilancio contabile riferito all'anno 2014 presentato al Senato dalla ex-Presidente Dilma Rousseff. L'art. 71 della Costituzione Federale brasiliana prevede infatti che il controllo dei conti pubblici sia esercitato dal Legislativo, al quale spetta di approvare o rigettare il bilancio (art. 48, II), con l'ausilio, espresso in forma di parere, del *Tribunal de Contas da União*. Si rilevi che non era mai successo, prima di questo episodio, che il TCU raccomandasse al Congresso il rigetto del bilancio contabile presentato dall'Esecutivo.

²⁵ Termine che compare in diverse occasioni nella relazione per fare riferimento, appunto, al mancato trasferimento di denaro dal Tesoro alle banche pubbliche. Ad esempio, il Ministro Augusto Nardes spiega in questi termini le pedalate fiscali con riferimento alla banca BNDS: «*A geração de resultados positivos no período, concomitantemente à transferência de dividendos sob a forma de receita primária, ocorreu em paralelo com a diminuição do patrimônio líquido do banco, conforme indicado pelas demonstrações financeiras da instituição. De forma que, salvo melhor juízo, uma melhor aferição do resultado primário deve desconsiderar essas operações heterodoxas [La generazione di risultati positivi nel periodo, in concomitanza con il trasferimento dei dividendi sotto forma di entrate primarie, è avvenuta in parallelo alla diminuzione del patrimonio liquido della banca, come dimostrato dai dati finanziari relativi al bilancio dell'istituzione. In questo modo, salvo miglior giudizio, una migliore valutazione del saldo primario dovrebbe ignorare queste operazioni non ortodosse]».*

La relazione è disponibile nel sito del *Tribunal de Contas da União*, al link: portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2014/index.html

trasparenza e, infine, raccomandando al Congresso di rigettare la proposta di rendiconto della ex-Presidente. Il 2 dicembre 2015, dinnanzi alla delicatezza della situazione, il Congresso decide comunque di avallare l'operato del governo e di innalzare la «*meta fiscal*», includendo l'ammontare delle uscite rimaste "implicite" a causa delle pedalate fiscali. Nello stesso giorno, però, l'allora Presidente della Camera Eduardo Cunha ammette il *pedido de impeachment* fondato sui presunti crimini di responsabilità contro la *lei orçamentaria* in vigore, riformato con ampi riferimenti al contenuto del parere negativo espresso dal TCU poco meno di due mesi prima. È a partire da questo momento, dunque, che nel dibattito politico brasiliano si impone l'interrogativo sulla possibilità di considerare le pedalate fiscali una illegittima richiesta di credito rivolta alle banche pubbliche.

Le circostanze da cui ha avuto origine l'*impeachment* della Rousseff dividono ancora oggi le posizioni degli accademici e dell'opinione pubblica. La discussione si è imposta sia sui *profili tecnici*, come l'inquadramento normativo degli espedienti finanziari usati per aumentare l'avanzo primario e sostenere la spesa pubblica, sia sui *profili di natura politico-costituzionale*, quali la possibilità di ricavare dalla lettura della Carta una "soluzione corretta", verosimilmente incarnata dall'esplicitazione di un rapporto di priorità tra l'attuazione degli obiettivi di inclusione sociale dichiarati dal Governo e il rispetto della "*meta fiscal*" definita dal Congresso. Entrambi gli aspetti risultano fondamentali e meritano considerazioni separate ai fini della soluzione del caso. Il primo, per le implicazioni che presenta in merito al rispetto del principio di tipicità della condotta criminale (a cui il Congresso brasiliano si deve in ogni caso attenere nell'apprezzamento dei fatti oggetto del *pedido di impeachment*). Il secondo, in quanto rimarca il carattere intrinsecamente politico del bilanciamento che il Congresso è chiamato a compiere nella valutazione dei crimini di responsabilità presidenziale (in considerazione delle finalità costituzionali perseguite dall'Esecutivo).

Sebbene si possa facilmente contestare l'eterodossia della gestione dei conti pubblici per mezzo di pedalate fiscali (ammessa anche da coloro che si sono opposti all'*impeachment* di Dilma Rousseff)²⁶, non è risultato pacifico attribuire ad esse una consistenza adeguata a configurare un *crime de responsabilidade* e giustificare la rimozione di un Presidente della Repubblica. La questione richiede un esame separato delle varie componenti dell'accusa al fine di ricomporre il quadro d'insieme.

4. I conti "truccati" e i decreti presidenziali di spesa alla luce della perizia del Senato Federale

In primo luogo si osservi che la denuncia contesta la violazione dell'art. 36 della *Lei de Responsabilidade Fiscal*, il quale vieta le «operazioni di credito» tra le istituzioni

²⁶ Cfr. R. Lodi, *Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff*, in *Consultor Jurídico*, 4 dicembre 2015: «*De fato, a conduta, que visa a dar certa aura de equilíbrio às contas públicas em momentos de aperto de caixa, não é boa prática de Finanças Públicas. Mas está bem longe de constituir crime de responsabilidade [Di fatto, la condotta, che mira a dare una certa aurea di equilibrio ai conti pubblici in tempi di ristrettezze di cassa, non è una buona pratica di finanza pubblica. Ma è molto lontana dal costituire un crimine di responsabilità]*». Disponibile al link: www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment.

finanziari statali ed un ente federale che ne eserciti il controllo, nelle ipotesi in cui quest'ultimo assuma la posizione di beneficiario del prestito. Il ritardo nel trasferimento dei fondi dal Tesoro alle banche sarebbe stato sufficiente, secondo l'accusa, a configurare una richiesta di prestito in condizioni privilegiate e, oltretutto, avrebbe creato una fiducia infondata sulle capacità di pagamento dello Stato brasiliano. Le argomentazioni dell'accusa riconducono inoltre l'infrazione ai sei decreti con cui la ex-Presidente, cosciente dell'assenza degli attivi di bilancio attesi originariamente, avrebbe di fatto richiesto un "credito supplementare" senza la necessaria approvazione del Congresso. In tal senso, il governo Dilma avrebbe violato l'art. 4 della legge di bilancio del 2014 che condizionava l'apertura di «crediti supplementari» all'ottenimento degli obiettivi di bilancio programmati.

Tuttavia ciò che di questa ricostruzione è stato contestato da importanti esponenti dottrina tributaria²⁷ è, anzitutto, l'esistenza di una vera e propria «operazione di credito», dal momento che quest'ultima trova una definizione ben specifica all'art. 3 della Resolução 43/2001 del Senado Federal²⁸. Seguendo tale orientamento, soltanto attraverso una forzatura interpretativa si potrebbe ricondurre un ritardo nel passaggio di denaro (a prescindere dalle motivazioni che l'hanno indotto) a tale fattispecie normativa (e, conseguentemente, far ricadere la manovra del governo sotto i divieti espressi dall'art. 36 della Lei de Responsabilidade Fiscal). In altre parole, seguendo il ragionamento della dottrina citata, non si può pacificamente considerare «operazione di credito» una qualsiasi obbligazione contratta da un ente federale cui non corrisponde una esplicita

²⁷ *Ivi.*

²⁸ Resolução n. 43/2001 - «Art. 3º Constitui operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior, em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

§ 1º Equiparam-se a operações de crédito:

I - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação; assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de títulos de crédito;

II - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços

[Art. 3 - Si considerano operazioni di credito, ai fini della presente Risoluzione, gli impegni assunti con i creditori situati nel paese o all'estero, a causa di mutuo, apertura di credito, emissione e accettazione di titolo, acquisto finanziato di beni, ricezione anticipata degli importi dalla vendita a termine di beni e servizi, di leasing e operazioni simili, tra cui l'utilizzo di strumenti finanziari derivati.

§ 1 Sono equivalenti alle operazioni di credito:

I - il ricevimento anticipato di somme provenienti da aziende in cui il governo detiene, direttamente o indirettamente, la maggioranza del capitale sociale con diritto di voto, ad eccezione di profitti e dividendi, ai sensi della legislazione; l'assunzione diretta di impegno, riconoscimento di debito o operazioni simili, con fornitori di beni, merci o servizi, mediante emissione, l'accettazione o avallo di titoli di credito;

II - l'assunzione di obblighi, senza l'autorizzazione di bilancio, con i fornitori per il pagamento successivo di beni e servizi]».

Si ricorda che l'art. 52 della Costituzione brasiliana attribuisce al Senato Federal la competenza di approvare o limitare le operazioni di credito contratte dagli enti federali.

previsione nel bilancio dello Stato²⁹.

Per quanto riguarda i decreti per l'apertura dei «crediti supplementari», i margini per l'imputazione di eventuali condotte illecite sono scanditi rigorosamente da due requisiti.

Anzitutto appare necessario che la condotta sia dolosa: tale evenienza, nell'ipotesi in esame, potrebbe dirsi verificata solamente qualora la ex Presidente abbia creato artificialmente una solidità finanziaria per aumentare i margini di spesa del suo Esecutivo³⁰. Un'omissione colposa – ad esempio: di una attività di controllo – non può ritenersi sufficiente ai fini della legittimità dell'imputazione, a causa dell'assenza di previsioni specifiche che stabiliscono in tal senso. Le fattispecie dei crimini di responsabilità presidenziale sono dotate di una disciplina autonoma rispetto al codice penale: per questo motivo, e anche per la diversità dello scopo dell'istituto dell'*impeachment* a cui esse rispondono, sono state definite «illeciti politico-amministrativi»³¹. Si noti, dunque, che l'art. 38 della Lei n. 1.079/1950 omette appositamente il Codice Penale nello specificare le fonti normative ammesse a disciplinare “in via sussidiaria” il processo contro il Presidente della Repubblica. Di conseguenza, è da escludere la possibilità di perseguire le condotte omissive improprie, al di fuori di quelle che il legislatore ha indicato espressamente come crimini di responsabilità all'art. 5, IX; all'art. 8, V e VIII e all'art. 9, I, II, III³².

In secondo luogo è necessario che il Presidente abbia agito in violazione delle prerogative del Congresso in materia di bilancio, in modo tale che l'atto di emanazione dei decreti rappresenti un “attentato” contro l'ordine costituzionale, ai sensi dell'art. 85 della Costituzione Federale.

Su questo punto occorre notare che nel corso del processo presso il *Senado Federal* la perizia tecnica richiesta dalla difesa ha effettivamente evidenziato delle irregolarità in tre decreti finalizzati alla liberazione dei crediti supplementari³³ e nel

²⁹ Cfr. R. Lodi, *op. cit.*: «*Não se pode confundir operação de crédito, que tem um regramento jurídico próprio, inclusive quanto à vedação contida no artigo 36 da LRF, com o nascimento de um crédito em decorrência de um inadimplemento contratual, que, obviamente, não sofre as mesmas restrições* [Non si può confondere un'operazione di credito, che è soggetta ad una disciplina normativa specifica, anche per quanto riguarda il divieto di cui all'articolo 36 della LRF, con l'insorgenza di un credito a seguito di un inadempimento contrattuale, che ovviamente non subisce le stesse restrizioni]». Tuttavia, come si vedrà nelle pagine successive, questa lettura diverge parzialmente da quella che verrà offerta dalla consulenza dei periti tecnici nominati dal Senato nel corso del processo di *impeachment*.

³⁰ Tra la dottrina favorevole ad escludere la rilevanza di “pedalate fiscali colpose” cfr., ad esempio, la posizione M. Figueredo, *op. cit.*, 14: «Inoltre ci sarebbero problemi per determinare la responsabilità personale del presidente. Sarebbe necessario dimostrare, a mio parere, un intento deliberato di falsare il bilancio, la correttezza nella gestione delle risorse pubbliche, che finora non si è verificata, in questo senso».

³¹ Cfr. R.C. Pinho, *Da Organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições*, São Paulo, 2001, 108; G.F. Mendes, P.G. Branco, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2011, 958; G. Prado, J. Tavares, *O Direito Penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis, 2016, 40. Da queste opinioni discorda P. Brossard, *O Impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*, São Paulo, 1992 (2a ed.), 69, il quale, al fine di allontanare le ambiguità che hanno portato a riconoscere una componente “giurisdizionale” nell'*impeachment*, propone di utilizzare il diverso “*nomen juris*” di «*infrações políticas*» per indicare le condotte previste all'art. 85 della Costituzione.

³² *Ivi*, 56.

³³ Si rinvia, sul punto, alla pagina 18 della relazione dei periti nominati dal Senato: «[...] *há três decretos de crédito suplementar cujas alterações na programação orçamentaria mostram-se incompatíveis*

ritardo del pagamento dei sussidi del «*plano Safra*» alle banche pubbliche³⁴. Partendo dall'ultima tipologia di condotte incriminate, i tecnici dal *Senado Federal* hanno offerto un inquadramento giuridico della vicenda favorevole agli argomenti dell'accusa, accogliendo il cambio di orientamento del TCU. Viene rilevato infatti che l'art. 29 della *Lei de Responsabilidade Fiscal* offre una definizione ampia del concetto di «operazioni di credito», prevedendo alla fine della formulazione una clausola generale³⁵, in virtù della quale i mancati pagamenti al *Banco de Brasil* delle somme destinate al *Plano Safra* – *alias* le pedalate fiscali del governo Rouseff – possono e debbono essere considerate «operazioni di credito». Dall'altra parte, tuttavia, la perizia ha parimenti rimarcato che non sussiste un supporto, documentale o di altro genere, valido ad imputare la richiesta di finanziamento alla ex-Presidente³⁶.

In conclusione, l'esame degli esperti ha ammesso l'esistenza dell'elemento oggettivo del crimine senza però riscontrare alcuna dolo, la quale, occorre ricordarlo, è ritenuta dalla dottrina prevalente una condizione necessaria per la

com a obtenção da meta do resultado primário estabelecida para o exercício 2015 e vigente à época da suplementação: [...] Se o art. 4º, caput, autoriza, tão somente, a abertura de créditos suplementares cujas alterações promovida na programação orçamentaria sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida para o exercício é de se concluir que os três decretos que não se submetem a tal regramento não encontram substrato legal de validade, ou seja não possuem autorização legislativa. Os três Decretos, portanto, afrontam o art. 167, V, da CF/88 [Cost. Federale del 1988] que veda a abertura de crédito suplementar ou especial, sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes» [...] Ci sono tre decreti di apertura di credito supplementare le cui variazioni nella programmazione del bilancio risultano incompatibili con il raggiungimento della meta di saldo primario stabilita per l'esercizio 2015 e in vigore al momento dell'integrazione [...]. Se l'art. 4, caput, autorizza solamente l'apertura di crediti supplementari le cui variazioni promosse nelle fasi di programmazione di bilancio sono coerenti con il raggiungimento della meta di saldo primario fissata per l'anno, bisogna concludere che i tre decreti, che non si inquadrano in questa disciplina, non trovano alcun substrato di validità giuridica, vale a dire che non hanno alcuna autorizzazione legislativa. I tre decreti, pertanto, violano l'art. 167, V, della Costituzione Federale del 1988 che vieta l'apertura di credito supplementare o speciale, senza previa autorizzazione legislativa e senza l'indicazione delle risorse corrispondenti]».

Il documento è disponibile sul sito internet del *Senado Federal* brasiliano, si veda il link: legis.senado.leg.br/comissoes/comissao;jsessionid=9BC3BF689A72D9D0AB356042332B2A05?O&codcol=2016.

³⁴ Di nuovo cfr. la perizia tecnica a pagina 39 e 40: «*Dada a definição aberta conferida pela LRF ao conceito de “operações de crédito”, tal como reconhecido pelo próprio MCASP, infere-se que os atrasos dos pagamentos devidos pelo Tesouro ao Banco do Brasil constituem modalidade de financiamento*».

³⁵ *Lei Complementar 101*, 4 maggio 2000 (conosciuta come “*Lei de Responsabilidade Fiscal*”): «Art. 29 - Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições: [...] III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;... [Ai fini della presente Legge Complementare, si applicano le seguenti definizioni: [...] III - operazione di credito: impegno finanziario assunto a causa di mutuo, apertura di credito, emissione e accettazione di titolo, acquisto finanziato di beni, ricezione anticipata degli importi provenienti dalla vendita a termine di beni e servizi, di leasing e operazioni simili, compreso l'uso di strumenti finanziari derivati;...]»

³⁶ Cfr. il punto 12 delle *Conclusioni* della perizia sulle operazioni nell'ambito del *Plano Safra* (pagina 215 del documento): «*Pela análise dos dados, dos documentos e das informações relativas ao Plano Safra, não foi identificado ato comissivo da Exma S.ra Presidente da República que tenha contribuído direta ou indiretamente para que ocorressem os atrasos no pagamentos [Dall'analisi dei dati, dei documenti e delle informazioni relative al Piano Raccolta, non è stato rilevato un atto commissivo da parte della Ecc.ma Sig.ra Presidente della Repubblica che abbia contribuito, direttamente o indirettamente, affinché si verificassero i ritardi dei pagamenti]*»

condanna, data l'assenza di previsioni che attribuiscono rilevanza ad ipotesi colpose (come, ad esempio, le omissioni nella sorveglianza dei conti pubblici). La mancata prova di un atto commissivo ha pertanto collocato la condanna del Senato al di fuori dalla legalità costituzionale, attribuendo una "nuova funzione" ai crimini di responsabilità presidenziale. Più precisamente si è imposta, in via di fatto, una tesi che descrive l'*impeachment* come un "giudizio fondamentalmente politico", in linea con quanto sostenuto dai giuristi chiamati a deporre nella Commissione Speciale in Senato per sostenere le ragioni dell'accusa³⁷.

5. La razionalità giuridica e l'interesse politico. L'equilibrio dei poteri alla luce dell'*impeachment* di Dilma Rousseff

L'*impeachment* di Dilma Rousseff ha scosso il sistema politico brasiliano, aggravando il clima di tensione tra i partiti e portando la comunità dei giuristi ad assumere posizioni fortemente contrarie all'operato del Senato. Il *trait d'union* tra i rilievi critici della dottrina costituzionale e politologica si riscontra nell'accusa di aver sopperito all'assenza di crimini di responsabilità con dei giudizi di natura politica e, pertanto, di aver distolto l'*impeachment* dalla sua originaria funzione di garanzia dell'equilibrio dei poteri. Tali dubbi non vengono sciolti, come si è avuto modo di constatare, dalla perizia tecnica svolta dagli esperti del Senato sulle condotte della ex Presidente, la quale, al contrario, alimenta la percezione per cui la condanna sia stata inflitta in assenza dei requisiti di tipicità relativi alle fattispecie criminose contestate.

Per la comprensione delle implicazioni dell'*impeachment* Rousseff è necessario riflettere, pertanto, sulle dinamiche che si sono attivate sullo sfondo del rapporto tra Esecutivo e Legislativo e che hanno esposto la classe politica brasiliana al "fuoco incrociato" dei *mass-media*, dell'opinione pubblica e, infine, di una parte della magistratura.

In primo luogo, occorre tenere in considerazione che la messa in stato d'accusa di Dilma Rousseff è coincisa con lo sprofondamento del prodotto interno lordo brasiliano dopo gli anni positivi che avevano decretato l'ingresso della nazione sudamericana nelle prime dieci economie mondiali. Nel corso del processo di *impeachment* il Presidente *ad interim* Temer si è reso protagonista di un litigio tra ex-alleati, tentando a più riprese di far ricadere esclusivamente sulla Rousseff le responsabilità per l'atteso *deficit* di bilancio e l'aggravarsi del debito pubblico. L'enfasi dell'attuale maggioranza congressuale sulle "spese irresponsabili" del PT ha anticipato, ed in parte legittimato, un percorso di riforme rivolte al risanamento del debito attraverso la messa in vendita delle partecipazioni statali in imprese

³⁷ Il riferimento è alle deposizioni rese alla Commissione speciale per l'*impeachment* dall'avvocato Fábio Medina Osório, il quale, dopo aver ricordato ai senatori la loro «sovranità» decisionale nel processo «non solo giuridico, ma anche politico» di *impeachment*, ha rimarcato l'irrilevanza dell'elemento soggettivo del reato per la risoluzione del caso in discussione: «*não basta ser honesto para comandar um país das dimensões do Brasil, tem que ser minimamente eficiente também* [non basta essere onesto per comandare un paese delle dimensioni del Brasile, occorre essere anche minimamente efficienti]». La notizia è riportata nel portale web del Senato Federale:

www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/02/especialistas-entendem-que-dilma-cometeu-crime-de-responsabilidade.

concessionarie di servizi pubblici e l'apertura ad un regime di concessioni private per lo sfruttamento delle risorse naturali³⁸. Il nuovo Esecutivo guidato da Michel Temer ha inoltre ridotto in maniera consistente i margini di spesa pubblica con una riforma che è intervenuta direttamente nel testo della Costituzione³⁹, mettendosi così al riparo da eventuali battute di arresto in sede di controllo di legittimità da parte del *Supremo Tribunal Federal*. Questi rilievi risultano sufficienti per concludere che il progetto politico portato avanti dall'attuale Presidenza difficilmente può trovare un appiglio nella scelta espressa dall'elettorato brasiliano nel settembre 2014.

Da una diversa prospettiva si noti che, con l'apertura dell'*impeachment*, la retorica della crisi delle finanze statali è entrata nelle sedi di discussione politica del paese. Secondo alcuni importanti esponenti del mondo accademico brasiliano, gli scenari di stagnazione della crescita narrati dai mass media avrebbero riempito le piazze nel marzo 2015, ossia ai tempi dell'inizio del procedimento, innescando una pressione inedita sui membri del Congresso ancora "indecisi" sul merito del *pedido de impeachment*⁴⁰. Con le grandi mobilitazioni popolari, le "ragioni della politica" hanno rapidamente preso il sopravvento sulle riserve avanzate dalla difesa e dalla dottrina in merito alla tipicità delle condotte denunciate, superando le obiezioni fondate sulle consuetudini esistenti in materia di gestione della finanza pubblica. Rientra in tali considerazioni l'evidente asimmetria tra la gravità degli addebiti inizialmente accollati dalla denuncia e dai mass media alla ex-Presidente e l'impronta "tecnico-finanziaria" che, invece, ha assunto il processo davanti al *Senado Federal*.

Da ultimo, occorre rilevare la pressione giudiziaria sullo svolgimento della fase dell'*impeachment* presso la Camera dei Deputati. Un fatto decisivo si è verificato il 16 marzo 2016, quando il giudice istruttore dell'inchiesta *Lava-Jato*, Sergio Moro, ha autorizzato la divulgazione agli organi di stampa di un'intercettazione telefonica tra l'ex-Presidente Lula e la ex-Presidente Dilma Rousseff. Dalla conversazione tra i due esponenti del PT si poteva apprendere la comunicazione della nomina a Ministro della *Casa Civil* di Lula, la quale è stata interpretata dagli organi di stampa come un tentativo di estendere a quest'ultimo le immunità che spettano ai membri dell'Esecutivo.

³⁸ Si rilevi, in tal senso, il progetto di legge che sanziona la fine della partecipazione obbligatoria della *Petrobras* (società per azioni controllata dallo Stato) nelle attività di sfruttamento delle riserve petrolifere del *Pré Sal*: g1.globo.com/economia/noticia/2016/11/temer-sanciona-lei-que-desobriga-petrobras-de-participar-do-pre-sal.html.

³⁹ La riforma costituzionale n. 95 del 2016 ha introdotto un "congelamento" per venti anni dei margini di spesa pubblica, da cui sono state escluse, limitatamente all'esercizio annuale del 2017, le aree dell'educazione e della salute. Il «*Novo Regime Fisca*» impone che le risorse e gli investimenti a disposizione dello Stato rimangano gli stessi dell'esercizio 2016, corretti unicamente in base agli indici di inflazione. La riforma prevede infine una possibilità di correzione del tetto di spesa dopo dieci anni: qualora il Presidente della Repubblica lo ritenga opportuno potrà realizzarla attraverso una proposta di legge governativa da sottoporre al Congresso. Si veda il testo approvato in ultima lettura dal Senato: www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337.

⁴⁰ Il *Movimento Brasil Livre*, nato sull'onda delle indagini della *Lava-Jato* e con una forte tendenza "anti-PT", è stato promotore di azioni di presidio davanti alle case sui deputati e senatori che si erano dichiarati "indecisi" e incentivando la pubblicazione on-line dei loro nomi, indirizzi e recapiti: veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/impeachment/mbl-promove-acoepara-pressionar-parlamentares-indecisos-quanto-ao-impeachment/

La vicenda è stata seguita dalle proteste dei giuristi per la violazione della sfera di competenza del *Supremo Tribunal Federal*, unico organo di giudizio autorizzato dalla Costituzione a compiere atti di indagine che interessano il Capo dello Stato, i membri del Legislativo e dell'Esecutivo, in base all'art. 102, I, lett. b). Diversi esponenti della dottrina brasiliana hanno inoltre interpretato la pubblicazione dell'intercettazione telefonica come una dimostrazione della strumentalità delle indagini condotte dalla magistratura di Curitiba, la cui azione, a loro opinione, sarebbe mossa da «fattori che non sono giuridici»⁴¹. In effetti, malgrado nell'arco di poco tempo siano arrivate le pubbliche scuse di Sergio Moro⁴², l'enfasi mediatica posta sulla vicenda ha avuto ripercussioni rilevanti sulla posizione processuale della ex-Presidente. Si ricorda, ad esempio, la riunione straordinaria del Consiglio Federale dell'ordine degli avvocati del Brasile (*Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*) convocata pochi giorni dopo la divulgazione delle conversazioni telefoniche e conclusasi con l'approvazione quasi unanime di una mozione di sostegno ai promotori della denuncia di *impeachment*. In quell'occasione la relazione di maggioranza, presentata dal consigliere OAB Erick Venâncio, ha constatato una situazione di «irregolarità continuata» nell'esercizio dell'incarico presidenziale ed ha avallato le accuse di interferenza sulle indagini della *Lava-Jato*⁴³, facendo ampi riferimenti sia alla delazione premiata dell'ex senatore Delcídio do Amaral sia all'intercettazione telefonica pubblicata due giorni prima dal giudice Sergio Moro⁴⁴.

Al di là della circostanza per cui gran parte del dibattito iniziale sull'*impeachment* è stato incentrato su materiale proveniente da indagini giudiziarie, e pertanto non avente valore di prova, ciò che sorprende in maggior misura è il *timing* sul passaggio di notizie provenienti dalla *Procuradoria* ai mass media nazionali⁴⁵.

⁴¹ Si veda, in particolare, l'intervista ai costituzionalisti Dalmo Dallari e Celso Bandeira de Mello pubblicata dal portale internet del Governo brasiliano: www.brasil.gov.br/governo/2016/03/com-interceptacao-da-ligacao-de-dilma-moro-viola-constituicao-federal.

Per ulteriori considerazioni critiche avanzate dalla dottrina: www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro.

⁴² Le dichiarazioni di pentimento di Moro sono arrivate pochi giorni dopo la divulgazione delle intercettazioni. Si veda la notizia: <https://glo.bo/25vfD4d>.

⁴³ La mozione della Riunione straordinaria del Consiglio Federale, nella quale 26 sezioni su 27 si sono espresse a favore dell'*impeachment*, è disponibile al sito dell'OAB: www.oab.org.br/InstitucionalInstituicao/ata/250/ata-da-sessao-extraordinaria-do-conselho-pleno-do-conselho-federal-da-ordem-dos-advogados-do-brasil

⁴⁴ Alcuni stralci della relazione del Consigliere Erick Venâncio sono stati riportati dalle agenzie di informazione brasiliane: g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/03/relator-na-oab-recomenda-apoio-impeachment-de-dilma.html.

Il testo dell'intercettazione telefonica divulgata dal giudice Sergio Moro è invece disponibile alla pagina: g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html

⁴⁵ In questo senso, cfr. le parole di M. Samer, *Ruptura institucional e desconstrução do modelo democrático: o papel do judiciário*, in I. Jinkings, K. Doria, Cleto, Murilo (cur.), *Por que gritamos ao golpe?*, cit., São Paulo, 2016, 111: «*A conversa interceptada da presidenta com seu antecessor ganhou a mídia no mesmo dia da sua gravação. O juízo considerou que a natureza da informação, que não revelava atividade delituosa, permitiria a defraudação do sigilo, esvaziando em nome dum suposto interesse geral, o direito fundamental à privacidade. Da mesma época, todavia, a gravação que expôs de forma nua e crua o pacto do golpe pela proteção dos investigados, só veio à tona quando o afastamento da presidenta já havia sido decidido* [La conversazione intercettata, tra la presidente e il suo

Sebbene Dilma Rousseff non sia stata mai direttamente implicata dai fascicoli della Procura della Repubblica di Curitiba, è risultato determinante l'opportunità dell'opposizione, che ha approfittato dell'indignazione dell'opinione pubblica per presentare l'*impeachment* come una battaglia decisiva della guerra alla corruzione. Sul punto, si noti che la reazione popolare davanti alle pubblicazioni sui giornali degli atti dell'indagine "*Lava-Jato*" non è stata unanime: sia la magistratura di Curitiba che l'opposizione parlamentare sono state oggetto di critica, la prima, per la "selettività" nella conduzione delle indagini, la seconda, per aver strumentalizzato una inchiesta penale piegandola a scopi politici, ossia, per dare maggiore legittimazione ad una dubbiosa ipotesi di *crimes de responsabilidade*.

6. Alcune considerazioni finali

La trattazione fin qui compiuta ci permette di cogliere un'evidente difficoltà del sistema politico brasiliano nel mantenere l'attuazione dell'*impeachment* dentro i margini del dettato costituzionale. In tal senso, si intende avanzare due ordini di considerazioni finali, uno legato ad un punto di osservazione "interno" alla realtà costituzionale brasiliana, e un altro riguardante la realtà dei modelli presidenziali sudamericani così come descritta dagli studi portati avanti recentemente dalla dottrina comparatistica.

Sotto il primo profilo, lo studio del caso Rousseff conferma le osservazioni, avanzate in altre sedi⁴⁶, che ci mettono in guardia sui potenziali esiti strumentali a cui si presta la costruzione teorica a partire da cui è stata sostenuta la "natura mista" della procedura. Il "presidenzialismo di coalizione" che si è formato nel contesto brasiliano, di fatto, conferisce all'istituto della messa in stato d'accusa una facciata "molto più politica" di quanto non avvenga, ad esempio, nella forma di governo statunitense. La tendenza in senso parlamentarista del rapporto tra potere esecutivo e Congresso cresce in ragione dell'uso di tale istituto di garanzia come uno strumento di lotta politica, senza che ciò determini una rottura con l'assetto costituzionale complessivo⁴⁷.

predecessore, è stata divulgata dai media lo stesso giorno della sua registrazione. Il giudice ha ritenuto che la natura delle informazioni, che non rivelavano attività di rilievo penale, permettesse di aggirare il limite della riservatezza, svuotando in nome di un presunto interesse generale, il diritto fondamentale alla privacy. Dello stesso periodo, però, la registrazione che rivelava in modo nudo e crudo il patto del golpe per la protezione degli indagati, è venuto alla luce solo quando la rimozione della Presidente era stata già decisa]».

⁴⁶ Cfr. M. Oliviero, *L'impeachment: dalle origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2001, 93-94, 96 e ss.

⁴⁷ Sul punto, cfr. le osservazioni a margine dell'*impeachment* di M. M. B. Collor di Lima, *Opções de Sistemas de Governo para o Brasil: o caminho da construção da estabilidade democrática*, in K. Hermanns, F. Moraes (eds.), *Reforma política no Brasil. Realizações e perspectivas*. Fortaleza, 2003, p. 93: «O processo de crime de responsabilidade do então Presidente Collor de Mello mostrou que mesmo partidos e personalidades referencias da politica brasileira e que apoiaram o governo Collor de Mello, souberam construir a partir do conflito, sem que o episodio do impeachment ameaçasse a estabilidade da Constituição de apenas quatro anos de idade [Il processo per crimine di responsabilità dell'allora Presidente Collor de Mello ha dimostrato che anche i partiti e le personalità di riferimento della politica brasiliana che avevano sostenuto il governo di Collor de Mello, sono stati in grado di costruire a partire dal conflitto, senza che l'episodio dell'*impeachment* minacciasse la stabilità della Costituzione di soli quattro anni di età]».

Al di là del contesto brasiliano, il rendimento dei presidenzialismi inaugurati in America Latina dalle transizioni democratiche del secolo scorso conferma i timori legati ad “uso distorto” dell’istituto dell’*impeachment*. Partendo da un’osservazione generale, alcuni studiosi hanno evidenziato come la cessazione del protagonismo politico degli apparati militari non ha prodotto una maggiore stabilità governativa. Più precisamente, da un’analisi della casistica delle crisi presidenziali sudamericane verificatesi a partire dai primi anni novanta fino ad oggi, si deduce, da un lato, un consolidamento della forma democratica degli Stati della regione, dall’altro, un’elevata frequenza nell’interruzione dei mandati presidenziali rispetto ad altri paesi con forme di governo analoghe. A differenza del secolo scorso, infatti, gli episodi di conflitto tra i poteri dello Stato non conducono più alla interruzione delle attività degli organi costituzionali ma, al contrario, alla dissoluzione dei governi prima del termine del mandato a causa della rinuncia del presidente o della sua rimozione per *impeachment*⁴⁸. Con l’abbandono dell’autoritarismo sembrerebbe dunque che i parlamenti si scoprono più sensibili alle pressioni di nuovi attori politici (ad esempio, le dirigenze dei partiti o i movimenti di protesta) e degli interessi economici diffusi (*in primis*, gli investitori stranieri e gli organismi internazionali della finanza), assumendo la responsabilità della transizione e contenendo possibili rotture costituzionali⁴⁹. Da ultimo, sembra opportuno rilevare che il caso brasiliano, inserendosi in questa tendenza, evidenzia il ruolo decisivo della magistratura, dei media e dei movimenti sociali nel dare supporto all’attivazione della procedura di rimozione del Capo dello Stato e nell’esercitare una pressione sul Legislativo durante le fasi di avanzamento del giudizio di *impeachment*⁵⁰.

⁴⁸ A. Pérez-Liñán, *op. cit.*, New York, 2007, 62-3. L’opera prende in considerazione 58 casi di crisi presidenziali verificatesi in America Latina, a partire dall’inizio del XX secolo fino al 2004. L’attenzione dell’A. è rivolta, in maniera particolare, all’identificare le cause che hanno determinato la rimozione dei presidenti dalla carica nel periodo compreso tra il 1990 e il 2004. Nelle ventiquattro crisi presidenziali che si sono verificate nei paesi latinoamericani in questo periodo dieci hanno portato alla rimozione del vertice dell’Esecutivo. In cinque casi i parlamenti hanno provveduto tramite *impeachment* o con una dichiarazione di incapacità a governare, nei restanti il presidente si è dimesso prima della votazione. Nessuno degli episodi di crisi ha avuto dei risvolti autoritari, pur non essendo mancati dei tentativi (falliti) di infiltrazione delle istituzioni da parte di militari (*ivi*, p. 1746 e ss.).

⁴⁹ *Ivi*, p. 202: «[...] *Latin American legislators worked reactively, providing a constitutional framework for a government transition once the fall of the administration was already in sight. In Guatemala in 1993, in Ecuador and Peru in 2000, in Argentina in 2001, and in Bolivia in 2003, legislators contained the disruptive effects of the crisis by legitimizing the president’s removal – and sometimes by offering a parliamentary mechanism to replace the ousted leader [...]*».

⁵⁰ *Ivi*, p. 63: «*the press can investigate accusation of corruption or abuse of power, ultimately providing the reason to initiate an impeachment procedure, while social movements may activate popular mobilization, destabilize government, and ultimately force legislative action against the executive*».

Comparative Perspectives on Originalism Foreword

di Andrea Pin

Why would a comparative public law review based in Italy publish a symposium on such a distinctive matter of American constitutional culture like the issue of originalism? Well, if there is a place in which the issue of interpreting law metaphorically belongs, it is Italy.

One of the most famous loci of Blackstone's Commentaries on statutory interpretation is the Italian city of Bologna, the cradle of European universities and still an important outpost of comparative constitutional law studies. Quoting Pufendorf, Blackstone notes that the medieval Bolognian law that commanded "that whoever drew blood in the streets ... be punished with the utmost severity," "was held after long debate not to extend to the surgeon, who opened the vein of a person that fell down in the street with a fit." Blackstone's example on how a written rule should be interpreted – and how much controversy such a small norm could spark – did not only make Bologna famous to common law lawyers worldwide. It also connected it perpetually with the issue of interpreting written laws.

The task of interpreting laws is of paramount importance for today's democracies. This is why Georgetown Law Professor Lawrence Solum recently encouraged the United States Senate to adhere to an originalist reading of the United States Constitution. Thanks go to Professor Solum's willingness to republish a footnoted version of his Statement in this Journal, as well as to the generosity of the contributors from the four corners of the earth who agreed to comment on it.

Professor Solum submitted his Statement on originalism during the confirmation process that brought now-Justice Neil Gorsuch to the U.S. Supreme Court. Gorsuch was a natural replacement for the late Justice Antonin Scalia because of his reputation of being a faithful observant of the originalist and textualist doctrines of constitutional and statutory interpretation.

Originalism stands alongside many other doctrinal alternatives in the United States. Although it ties back to the original meaning of the more-than-two-centuries-old Constitution, as the Statement vividly elucidates, it is probably the doctrine that has "rocked the boat" in American constitutional controversies for decades now, like no other has done. After subsiding during the Civil Rights

Revolution Era, originalism re-surfaced again in the Supreme Court's case law of the Eighties, with the appointment of Antonin Scalia. Some years ago, the first Italian-American justice (another good reason for hosting the debate here) acknowledged that, when he started working, there was only a handful of originalists, while now the number of its expounders either in scholarly works or from the bench have multiplied exponentially.

There is hardly another country that debates originalism as hotly as the United States has done. In America, the topic has gone well beyond the perimeter of legal academia, invading the realm of politics: Larry Solum's Statement itself addresses politicians and couches its ideas in a way that invites non-experts of legalese to tackle the subject. Yet, the issues surrounding the constitutional interpretation for which scholars fight around the globe resonate with much of the American debate. It is no surprise, then, that this symposium gathers voices from Australia, Canada, Chile, Ireland, Israel, and New Zealand, and not just from the United States.

American originalism – and Prof. Solum's statement – is of interest for anyone who is interested not just in constitutional interpretation, but in many more topics that lie at the core of the rule of law, human rights, and democracy. Among many other issues, originalism is about the scope of the judiciary, respect for political bodies and their elected representatives, and faithfulness to the constitution. The type of originalism described in the Statement raises questions that one cannot dodge, whether he or she disagrees on the method or the outcome of the originalist interpretation of the constitution.

572

Of the many issues that the participants raise in this Symposium, five stand out as particularly challenging either for originalism or for its enemies both within and outside the United States.

The first issue is whether it is possible to freeze the meaning of the constitution to when it was drafted for interpretive purposes. Solum's assumption is that the U.S. Constitution deserves such treatment, as the people of the United States gave their consent to the text as they understood it. But what if the people of a certain country never gave explicit consent to the text, but simply elected a constituent assembly that drafted and enacted the text, as happened with the Italian Constitution? How can the reader determine the exact meaning of the text, since its Framers agreed on the wording but did not exactly clarify what they meant by it? And how can scholars and judges build their theories on an idea of public consent to a text, since such consent never took place?

The second issue is: what scenario justifies freezing a constitutional text to the time of its drafting, and is that decision good or bad? Is it preferable to conceive the constitution as a historical process, which expands over time to cover more and new rights and rules instead? This issue has to do with the scope of constitutional law itself. Some EU law scholars have identified one of the main problems of the EU in the expansive role of its Court. The Court of Justice, they say, has over-constitutionalized the legal framework of the EU, disempowering the democratically elected institutions, shrinking their role, and blessing EU law with a constitutional chrism to the extent that it has become extremely hard now to distinguish between constitutional issues and policy issues.

The third issue is whether originalism – or textualism, which is originalism’s equivalent in statutory interpretation – is enough. If it is intended to inhibit judicial discretion, it may not be sufficient. Depending on the constitutional infrastructure, and on the demands of justice that arise in a given society, judges may be pushed to render judgments for which there is no crisp and bright legal provision, and all they can do is draw inspiration from the text.

The fourth issue is what originalism says about the role of legal scholarship in civil law systems. Such legal settings do not treat their legislation as common law systems do theirs. Their written laws do not float on the surface of a deep ocean of law. The connecting tissue of code systems traditionally is legal scholarship: this means that when a legal text is silent, the legal doctrine which surrounds it may still call the shots. Maybe in such legal scenarios an originalist framework cannot foster a narrow reading of a written legal rule, but can rather encourage judges seeking guidance to resort to the legal scholarship that shaped the system.

The fifth issue is whether it is advisable to have one official doctrine of the constitution. Do pluralistic democracies perish, survive, or flourish under the pressure of conflicting theories of how the constitution should be interpreted and applied? If originalism is good, is it also good to have *only* originalism as the constitutionally entrenched legal doctrine?

The symposium echoes much more than the aforementioned issues. After Professor Solum’s footnoted Statement, Section I explores the rationales for originalism and illustrates the ramifications of this doctrine within American academia and beyond. Section II gathers significant reflections on originalism beyond the United States, and reflects on whether it can be reconciled with other judicial styles of interpretation. Section III hosts two theoretical criticisms of originalism, at the intersection between philosophy and politics. In Section IV two essays challenge the claim that originalism can be a coherent, sufficient, and effective judicial method of constitutional interpretation. The *Journal* is deeply grateful to such an impressive group of distinguished scholars for their participation in the symposium.

Statement of Lawrence B. Solum, Carmack Waterhouse Professor Of Law
Georgetown University Law Center[♦]

Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the U.S.

1. *What is Originalism?*

Thank you for the opportunity to testify today. This statement is about Judge Gorsuch's judicial philosophy.¹ Judge Gorsuch is an originalist and a textualist, but what does that mean? The core of originalism is a very simple idea. In constitutional cases, the United States Supreme Court should consider itself bound by the original public meaning of the constitutional text. That simple idea can be broken down into its component parts.²

Like Justice Scalia before him, Judge Gorsuch believes that the meaning of the constitutional text is its public meaning—the ordinary or plain meaning the words had to the public at the time each provision of the Constitution was framed and ratified.³ If the words employed are technical, the technical meaning must be accessible to the public.

♦ This Essay is the written statement submitted to the Senate Judiciary with additional footnotes which provide references and clarify the very brief remarks in the text.

¹ This statement was authored before now Justice Gorsuch was confirmed as an Associate Justice of the United States Supreme Court.

² The word “originalism” was coined by Paul Brest. See Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *B.U.L. REV.* 204 (1980). For a more detailed account of the nature of originalism, see Lawrence B. Solum, *What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory* in G. Huscroft, B.W. Miller (eds), *THE CHALLENGE OF ORIGINALISM: ESSAYS UN CONSTITUTIONAL THEORY*, Cambridge, 2011. More formally, originalism is a family of constitutional theories, almost all of which affirm two ideas, the Fixation Thesis and the Constraint Principle:

The Fixation Thesis: The original meaning of the constitutional text is fixed at the time each provision is framed and/or ratified.

The Constraint Principle: Constitutional practice, including the elaboration of constitutional doctrine and the decision of constitutional cases, should be constrained by the original meaning of the constitutional text. At a minimum, constraint requires that constitutional practice be consistent with original meaning (as specified below).

³ Not all originalists affirm the thesis that the original meaning of the constitutional text is its public meaning. Some originalists believe that the original intentions of the framers provide the meaning of the constitutional text. See L. Alexander, S. Prakash, *“Is That English You’re Speaking?” Why Intention Free Interpretation Is an Impossibility*, 41 *SAN DIEGO L. REV.* 967, 969 (2004) (“Full blooded intentionalists consider all available evidence of the actual author’s intended meaning.”). Other originalists emphasize the original methods of constitutional interpretation. See M.B. Rappaport, J.O. McGinnis, *The Constitution and the Language of the Law* (March 8, 2017), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2928936. And still other

The original public meaning of the text is the meaning that the words had then—and not necessarily the meaning that they have today. For example, Article Four of the Constitution refers to “domestic violence” but in the Eighteenth Century that phrase did not refer to spousal abuse. It referred to riots and insurrections within a state. When we interpret Article Four, we should understand the words as they were used at the time the Constitution was written. What is called “linguistic drift” is not a valid method of constitutional amendment.⁴

The Supreme Court today should consider itself bound by the text. The Court does not and should not have the power to amend the text on a case-by-case basis. It should decide constitutional cases in a way that is consistent with the original public meaning of the text.

Originalist judges do not believe that they have the power to impose their own values on the nation by invoking the idea of a “living constitution.” Instead, they believe that the proper mechanism for changing the Constitution is by amendment through the process provided in Article Five—as has been done twenty-seven times.

2. Myths about Originalism

The basic idea of originalism is simple and intuitive. We have a written constitution that is the supreme law of the land. Why then would anyone oppose originalism? Some of the reasons for opposition to originalism are based on myths—misrepresentations of the actual practice of originalism by lawyers, judges, and scholars.

576

a. Myth Number One: Originalists Try to Channel James Madison

Originalism is about the constitutional text. No originalist thinks that we should decide contemporary constitutional bases by asking, “What would James Madison do?” What matters for originalists is what the constitutional text says. When Judge Gorsuch writes an opinion that applies the original public meaning of the constitutional text to a contemporary legal question, he does not need to know anything about the mental states of the Framers regarding that question.

b. Myth Number Two: Originalists Cannot Apply the Constitution to New Circumstances

There was no Internet when the First Amendment was written in 1791. Today, Americans can speak over the Internet. The application of the freedom of speech to a speech broadcast over the Internet is very simple. Speech is speech, whether it is in person, amplified by speakers, or transmitted over the Internet. The Constitution was written in language that can be applied to new circumstances. There was no state of Iowa when the Constitution was ratified, but there was no difficulty in applying the constitutional provision that grants each state two Senators to the new state Iowa.

originalists emphasize the original law. See S. Sachs, *Originalism Without Textualism*, *YALE L.J.* (forthcoming) papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2988019.

⁴ More formally, this is the Fixation Thesis, stated in footnote three, above. For a full defense of the claim that the linguistic meaning (or communicative content) of the constitutional text is fixed, see L.B. Solum, *The Fixation Thesis: The Original Meaning of the Constitutional Text*, 91 *NOTRE DAME L. REV.* 1, 15 (2015).

c. Myth Number Three: Originalism Would Require that *Brown v. Board* be Overruled

In fact, there is very good historical evidence that segregation would have been struck down under the original meaning of the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment. In fact, Plessy v. Ferguson, the decision that established the separate-but-equal doctrine, was a living constitutionalist decision, one of many that nullified a now almost forgotten guarantee of equal basic rights.⁵

d. Myth Number Four: Originalism is Inconsistent with Precedent

In fact, the opposite is the case. The original meaning of the judicial power in Article III is entirely consistent with the ancient doctrine of stare decisis. Judge Gorsuch has consistently displayed a respect for precedent in his judicial career—as did Justice Scalia. It is true that an originalist Supreme Court would gradually move the law away from precedents that are inconsistent with the constitutional text, but great movements of this kind are gradual—and they give the democratic process an opportunity to react.⁶

3. Originalism is in the Mainstream of American Jurisprudence

Is originalism somehow outside the mainstream of American jurisprudence? The answer to that question is an emphatic “no.” The idea that judges are bound by the constitutional text is very much in the mainstream of American legal thought.

For most of American history, originalism has been the predominate view of constitutional interpretation. There have been episodes in our history where fidelity to the constitutional text was neglected. One such episode occurred during the Reconstruction period when living constitutionalists of that era undermined important provisions of the Fourteenth Amendment. Another departure from the mainstream occurred during the Warren Court, when the Supreme Court sometimes issued opinions that decided constitutional questions without any reference to the constitutional text. But for most of our nation’s history, the Supreme Court has made a good faith effort to follow the constitutional text.⁷

Originalism is in the mainstream for another reason. Originalism can and should be endorsed by both Democrats and Republicans and by progressives and conservatives. This point is especially important to me personally. I am not a conservative or libertarian, but I do believe in originalism. Why is that? It is because I am convinced that giving judges the power to override the Constitution and impose their own vision of constitutional law is

⁵ For discussion of the originalist foundations of *Brown v. Board of Education*, see M.W. McConnell, *The Originalist Case for Brown v. Board of Education*, 19 *HARV. J. L. & PUB. POL’Y* 457 (1995).

⁶ See L.J. Strang, *An Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalist Precedent, and the Common Good*, 36 *N.M. L. REV.* 419 (2006).

⁷ For a discussion of the transition away from originalism, see H. Gillman, *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the “Living Constitution” in the Course of American State-Building*, 11 *STUDIES IN AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT* 191 (1997).

dangerous for everyone. If you are a Democrat, you should ask yourself the question: Given that the next Justice will be appointed by a Republican President and confirmed by a Republican Senate, would you prefer an originalist like Judge Gorsuch or would I prefer a conservative Justice who does not believe that she or he is bound by the constitutional text? The alternative to originalism is a Justice who believes that she or he is free to override the constitutional text in the name of her or his own beliefs about what the Constitution should be given changing circumstances and values.

There is a final reason that originalism is in the mainstream. The Supreme Court has never claimed that it has the power to override the original meaning of the constitutional text. There are cases where the Supreme Court has departed from the text, but in those cases, the Court either attempts to disguise the true nature of its decision with an implausible reading of the text, or it simply ignores the text altogether—usually by citing precedent. Indeed, if Judge Gorsuch had come before this Committee and testified that he believed that as a Supreme Court Justice, he would have the power to override the original meaning of the constitutional text, I think it is clear that he would not be confirmed.⁸

4. The Case for Originalism

Originalism is the simple and highly intuitive idea that the Justices of the Supreme Court are bound by the constitutional text. The Justices, like all federal judges and the members of this Senate, take an oath to perform their duties under the Constitution of the United States. There are good reasons for the obligation of constitutional fidelity represented by the oath.⁹

First and foremost is the rule of law. John Adams is famous for insisting on the “rule of law and not of men.”¹⁰ The commitment to the original meaning of the constitutional text is the best way to ensure that the awesome power entrusted to our Supreme Court—the power to have the ultimate say in constitutional cases and declare that statutes passed by Congress are unconstitutional—is the rule of constitutional law and not the rule of the men and women appointed to the Court.

What is the alternative? Living constitutionalists believe that the Supreme Court has the power to amend the Constitution by judicial fiat. If the constitutional text does not limit that power, what does? You might say that it is precedent, but the Supreme Court has the power to overrule its prior decisions. I have the great privilege of authoring the volume of Moore’s Federal Practice that deals with the doctrine of stare decisis. In that capacity, I have read hundreds and hundreds of cases dealing with the role of precedent in the federal courts. My conclusion, and I think fair-minded scholars would agree, is that the Supreme Court has an inconsistent approach to precedent. When a majority of the Court believe that a prior decision is wrong, they have the power to overrule it, and that doctrine of precedent does not prevent them from so doing. Indeed, in recent years, critics of the Court have observed a pattern of what they call “stealth overruling.” Even when the Court pretends to

⁸ For a discussion of this idea, see W. Baude, *Is Originalism Our Law?*, 115 COLUM. L. REV. 2349 (2015).

⁹ For a discussion of the normative arguments favoring originalism, see L.B. Solum, *The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice* (unpublished manuscript, March 24, 2017), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215.

¹⁰ See J. Adams, *Novanglus Papers*, Boston Gazette, no. 7 (1774).

adhere to precedent, it can nullify a prior decision by distinguishing it in a way that leaves it without any true precedential force.

*If the Justices of the Supreme Court are neither constrained by the constitutional text nor by precedent, then how is the rule of law to be achieved? My day job is as a law professor. In that capacity, I study the constitutional theories that are propounded by my colleagues. One of the most distinguished living constitutionalists is Professor David Strauss of the University of Chicago. Professor Strauss is the leading proponent of what is called “common law constitutionalism”—the view that constitutional law should be made by judges. What I want to call to your attention now is his remarkable candor. Professor Strauss is willing to say things that no one who aspires to judicial office would say in public. Some constitutional amendments are passed to overrule Supreme Court decisions. The two most famous examples are the Eleventh Amendment which limits the ability of citizens to sue states and the Sixteenth Amendment which overruled the Supreme Court’s decision invalidating the federal income tax. Professor Strauss believes even those amendments could be overruled by the Supreme Court through a common-law process—although he believes the Court should wait a few years before taking such a radical step.¹¹ It is no accident that Professor Strauss wrote a book entitled, *The Living Constitution*.¹²*

The truth is that if the constitutional text does not bind the Supreme Court, then the Justices are the equivalent of a superlegislature. A committee of nine unelected judges has the power to reshape our Constitution as they see fit.

There is a second reason to prefer originalism over living constitutionalism. That reason is rooted in the idea of democratic legitimacy. Each and every provision of the United States Constitution has been ratified by a supermajoritarian process. The original constitution was ratified by the representatives of “We the People” in convention assembled. Amendments must be proposed by two-thirds of the Senate and the House and ratified by three-fourths of the state legislatures. This supermajoritarian process confers democratic legitimacy on the provisions of the Constitution. It is important to acknowledge that this process has not been perfect. In the late eighteenth century, women, slaves and others did not have the vote. But the democratic legitimacy of the Constitution must be compared to some alternative. The Supreme Court consists of nine women and men. They are not elected. They are appointed for life terms. In theory, they can be impeached by the House and tried by the Senate, but it is difficult to imagine that any Supreme Court Justice would be removed in this way on the basis that their living constitutionalist jurisprudence was out of step with popular opinion.

If we must choose between originalism and a constitutional text that has been ratified by the representatives of “We the People” and a living constitutionalist constitution that is ratified by majority vote of a committee of nine, there is no doubt in my mind about which constitution is the more democratic.

¹¹ D.A. Strauss, *Foreword: Does the Constitution Mean What It Says?*, 129 *Harv. L. Rev.* 1, 57 (2015) (implicitly rejecting the Constraint Principle by stating that “original understandings are binding for a time but then lose their force”).

¹² D.A. Strauss, *The Living Constitution* (2010).

5. *Objections to Originalism*

My final topic concerns objections to originalism. Let me begin by noting that many of the objections are based on the myths about originalism that I have tried to dispel. Consider some of the remaining objections.

a. *The Dead Hand*

It is argued that originalism involves the rule of a “dead hand.”¹³ Of course, it is true that most of the provisions of the Constitution were framed and ratified long ago. We have an old constitution that has survived the test of time. But is this a reason to reject its authority? Did the members of this august body make a mistake when they swore an oath to support and defend the Constitution? Some of my colleagues in the academy do believe that the Constitution is outmoded and outdated, but I believe they are wrong for two fundamental reasons.

First, the Constitution is not a code. The Constitution established a basic structure of government—this Senate, the House of Representatives, the President, and the judicial branch. It established procedures for legislation and appointment of judges and executive officials. There have been challenges and even periods of crisis, but the fundamental structure of government has worked well for generations. The Constitution also enshrines fundamental liberties like the Freedom of Speech and the Due Process of Law. Originalists are committed to the proposition that the meaning of these liberties does not change, but that does not mean that their applications must remain frozen in time. The whole point of originalism is to respect the text, and nothing could be less respectful than to refuse to apply the text to new circumstances.

Second, the Constitution can be amended. And it has been. Twenty-seven times. Our Constitution is properly changed through the amendment process when the American people form a consensus that change is necessary and desirable. The Constitution of 1789 was improved by the passage of the Bill of Rights. The great evil of slavery was cured by the Thirteenth Amendment. The Fourteenth Amendment provided a great charter of liberty and equality, not just for the former slaves, but for all Americans. The right to vote was extended to women by the Nineteenth Amendment and to all citizens of the age of eighteen and over by the Twenty-Sixth Amendment. Constitutional amendment is not easy; it requires a consensus of most Americans. But it is not impossible.

In this regard, it is important to remember that living constitutionalism undermines the lawful process of constitutional amendment. These days if a social movement is seeking constitutional change, they have two alternatives. They can marshal their forces for a constitutional amendment; that is a hard road. Or they can attempt to eke out five votes from the Supreme Court, the easy path. It is hardly surprising that many choose the easy path over the hard road. But in this case, the hard road is also the high road. Constitutional change through the amendment process enables “We the People” to overcome the dead hand of the past through the rule of law.

¹³ For a discussion of the dead hand objection, see M.W. McConnell, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, 66 *GEO. WASH. L. REV.* 1127 (1998).

b. Law Office History

Another objection to originalism is based on the idea that the Supreme Court is simply not capable of discovering the original public meaning of the constitutional text.¹⁴ And even if they were capable of that task in theory, they will fail in practice because their ideological preferences overcome the search for historical truth.

The first aspect of this objection is simply false. The constitutional text is old, but it is not the Rosetta Stone. Lawyers, judges, and scholars can work together to unearth the evidence of original meaning in the hard cases. And there are many easy cases, in which the original meaning is clear to any fair-minded reader who consults the historical record.

The second aspect of the objection goes to the virtue and integrity of the Justices. It is true that neither originalism nor any other constitutional theory can work if the Justices are corrupted by ideology. For originalism to work in practice, the President must nominate and the Senate must confirm Justices with the virtue of judicial integrity. They must be willing to subordinate their own political and ideological preferences to the law. They must set aside their preconceptions and desires and engage in a search for truth—with a willingness to reach outcomes as judges that would necessarily agree if they were lawmakers.

In this regard, I take comfort from what I have read about Judge Gorsuch's reputation for integrity. The job of this committee should be to examine the record carefully. If you believe that Judge Gorsuch has the virtue of judicial integrity and that he is committed to the principle that the Supreme Court is bound by the Constitution, then I believe that your duty is to vote for the nomination.

581

c. Taking Sides

Recent discussions of the nomination of Judge Gorsuch suggest another objection to originalism. If Judge Gorsuch is committed to the law—to the original public meaning of the constitutional text and the plain meaning of federal statutes—then he may rule against persons and groups about whom we care very much. One version of this objection is based on the idea that judges should favor the little guy (or gal), the common man (or woman) against big corporations or big government. The core idea is that judges should “take sides” and favor some groups over others.

I understand this objection. I have great sympathy for the plight of Americans who struggle against poverty, bias, discrimination, and oppression. I favor legislation that attacks injustice and prejudice. But I cannot endorse the idea that the Supreme Court should take sides, if by that, you mean that the Court should bend or break the constitutional text in order to favor one group over another. Taking sides is a “two-sided coin”—if you will excuse the pun. There is no guarantee that a Supreme Court armed with the awesome power of overriding the constitutional text will take “the right side.” More fundamentally, taking sides is dangerous, because it threatens the rule of law in a fundamental way.

If there is any lesson from the history of the judicial nomination and confirmation process over the past few decades, it is that there is a grave risk of the politicization of the judicial selection process. This Committee knows far better than I do that neither side of the

¹⁴ For a discussion of originalist methodology, see L.B. Solum, *Originalist Methodology*, 84 U. CHI. L. REV. 269 (2017).

aisle is blameless in this process. There has been a downward spiral of politicization, a process of escalating tit for tat that threatens the integrity and fundamental fairness of the great constitutional duty of the Senate to give advice and consent.

I cannot say what might stop the politicization of the court, but I do know this. The idea that we should select Supreme Court Justices because of what side they will take can only make the problem worse. Once we start selecting Supreme Court Justices explicitly based on ideology, it will become progressively more difficult to select women and men of integrity who respect the rule of law.

And this leads me back to originalism. The whole idea of the originalist project is to take politics and ideology out of law. Democrats and Republicans, progressives and conservatives, liberals and libertarians—we should all agree that Supreme Court Justices should be selected for their dedication to the rule of law. For this reason, I support the confirmation of Judge Gorsuch for the office of Associate Justice of the United States Supreme Court.

Why Should Anyone Be an Originalist?

di Jeffrey A. Pojanowski

Abstract: *Perché dovremmo essere tutti originalisti?* – This essay offers a defense of originalist constitutional interpretation grounded on the moral purposes of positive law. This essay draws on the natural law tradition to argue that a reasonably just set of constitutional rules merits the interpreter’s moral obligation. This is so not because a given constitution is perfectly just, nor because the constitution “just is,” but rather because a practically reasonable person should promote the moral benefits of a posited and durable, framework of cooperation that passes the threshold of moral acceptability. And, because practical reason underdetermines what kind of constitution a polity should choose, many modern constitutions clear that threshold.

Keywords: Natural law; constitutional interpretation; originalism.

1. Introduction

For many lawyers around the world, originalist constitutional interpretation is a phenomenon peculiar to the United States. Like NFL football, it seems a bizarre, perhaps barbaric, legal game that makes only rare appearances abroad.¹ Or, to the extent originalism is beginning to spread beyond the United States,² non-Americans may regard it as a kind of jurisprudential McDonalds—an unhealthy export that threatens to swamp more refined, local alternatives.

Professor Larry Solum’s statement before the Senate Judiciary Committee does not speak to originalism’s reach abroad, nor does he purport to argue that non-Americans should give originalism a fair hearing. Yet his normative defense of originalism can offer those outside the United States food for thought as they

¹ See, e.g., G. Letsas, *Strasbourg’s Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer*, 21 *European Journal of International Law*, 2010, 509 (stating the European Court of Human Rights “has been very dismissive of originalism”); S. Brittain, *The Case for an Originalist Approach to Constitutional Interpretation in Ireland*, 13 *Trinity College Law Review*, 2010, 71 (noting, somewhat ruefully, Ireland’s “living document” approach to constitutional interpretation).

² See J. Allan, *Australian Originalism Without a Bill of Rights: Going Down the Drain with a Different Spin*, 6 *The Western Australian Jurist*, 2015, 1-32 (“Outside the US it is only in Australia that originalism still has a pulse.”); Y.C. Tew, *Originalism at Home and Abroad*, 52 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, 780 (identifying originalist practices in Malaysia and Singapore). Canada, home of its own brand of American football league, is generally understood to be hostile to originalism, but recent scholarship suggests that conclusion may be overdrawn. See, e.g., B. Oliphant, L. Sirota, *Has the Supreme Court of Canada Rejected ‘Originalism’?*, 42 *Queen’s Law Journal*, 2016, 107 (noting that, while Canadian courts are hostile to originalism, the jurisprudence is not necessarily incompatible with originalism).

consider interpretation of their own foundational documents. This brief contribution builds on Professor Solum's defense of originalism and presents what I think are the most compelling reasons to embrace originalism—or to reject it. Given the forum, I will also endeavor to offer reasons that are germane to scholars of constitutionalism beyond the U.S. context.

My argument, which dovetails with but is not identical to Professor Solum's, is grounded on the moral purposes of positive law. Although originalism is often associated with a kind of arch positivism, my argument draws on the natural law tradition to argue that a reasonably just set of constitutional rules merits the interpreter's moral obligation. This is so not because a constitution is perfectly just, nor because the constitution "just is," but rather because a practically reasonable person should promote the moral benefits of a posited and durable, framework of cooperation that passes the threshold of moral acceptability. And, because practical reason underdetermines what kind of constitution a polity should choose, many modern constitutions clear that threshold.³

2. Arguments For Originalism: Three Imperfect Starts

Before moving to my positive argument, I would like to flag three important, but I believe imperfect, defenses of constitutional originalism. The first kind of argument is conceptual: legal *interpretation* is by its nature originalist in character. If one seeks to understand what a text means, one must identify its original public meaning or what its authors' originally intended to communicate.⁴ Reading that seeks any other kind of meaning (such as, "what makes this text the best it can be today?") is not interpretation, but rather re-authoring by the reader. Re-authoring may be morally permissible, and not all constitutional law is interpretation, but to the extent there is interpretation, it is by definition originalist.⁵ Yet even if we accept this controversial definition of what "interpretation" *is*, one needs a further argument for why originalist interpretation *ought* to reign supreme in constitutional law, as opposed to doctrinal development over and above the original law.

A different reason is normatively particular. To the extent that an original constitution contains morally appealing legal propositions, it is good for courts to be originalist about them. We can call this the Happy Constitution theory of

³ For an extended argument along these lines, see J.A. Pojanowski, K.C. Walsh, *Enduring Originalism*, 105 *The Georgetown Law Journal*, 2016, 97. This contribution draws heavily on that article's discussion.

⁴ Originalists differ on the proper interpretive target. Many, like Professor Solum (and Justice Gorsuch), seek to identify the original public meaning of the text. Others, like Professor Larry Alexander, look for the original intended meaning of the text authors. See, e.g., Larry Alexander, *Originalism, The Why and the What*, 82 *Fordham Law Review* 2013, 539.

⁵ And to the extent one is not originalist about the constitution, one is likely to be originalist about something else, such as non-originalist judicial opinions. Or at least one will be if one seeks to engage in a form of legal reasoning that is not identical with first instance moral reasoning.

originalism.⁶ Critics sometimes argue that originalism is a marriage of convenience for American conservatives who prefer a smaller, decentralized government. Whatever the basis of that charge—and it is clearly not applicable to Professor Solum—an originalism that depends on a particularized moral assessment of the original constitution rests on shaky ground. Such American originalists would have no principled argument against non-originalists who like a larger, more activist federal government. From this perspective, originalism is more a political project than a theory of interpretation. That would be awkward for a movement that prides itself on the rule of law and judicial neutrality.⁷

A third reason is more legalist in character. Constitutional law does not consist only of primary rules. Rather, there are second-order rules of interpretation, and if that law of interpretation⁸ points officials towards originalism, courts should follow the law and be originalists.⁹ This angle of argument, which draws on H.L.A. Hart's understanding of secondary rules, adds a welcome level of sophistication to originalist theory. But this positivist analysis also has limits. First, one has to conclude that the positive law of interpretation is in fact originalist. That is contestable in the United States and, to the extent it is false in jurisdictions abroad, the positivist argument does not offer non-U.S. courts and scholars any reason to be originalist.¹⁰ Furthermore, even if the positive law of interpretation is originalist, an interpreter needs moral reasons to persist in being originalist. Positive law changes all the time, and the secondary rules of interpretation may be particularly prone to shifting right under our noses. As with the conceptual argument above, one needs to move from the *is* to the *ought*.

3. A More General Normative Argument for Originalism

In recent work, my co-author and I have offered a more general, normative argument on behalf of originalist constitutional interpretation.¹¹ Rather than embracing legal positivism or relying on American exceptionalism, we offer a defense grounded in classical natural law reasoning—one that may be more generalizable to constitutionalism beyond the United States.

The argument begins with recognizing that communities of any substantial size and complexity require a legal framework for cooperation. One could say that having such a framework is a moral imperative necessary to promote the common

⁶ Cf. H.P. Monaghan, *Our Perfect Constitution*, 56 *The New York University Law Review*, 1981, 353.

⁷ See S.E. Sachs, *Originalism as a Theory of Legal Change*, 38 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2015, 817, 819 (“If originalism is just a law reform project, it loses much of its rhetorical force.”).

⁸ Cf. W. Baude, S.E. Sachs, *The Law of Interpretation*, 130 *Harvard Law Review*, 2017, 1079.

⁹ See, e.g., W. Baude, *Is Originalism Our Law?*, 115 *Columbia Law Review*, 2015, 2349; Sachs, *supra* note 7.

¹⁰ To be clear, Professors Baude and Sachs do not claim other jurisdictions should adopt originalism. Baude argues that his positivist theory helps explain why American originalism is a global outlier. Other countries simply have different positive laws of interpretation.

¹¹ See Pojanowski and Walsh, *supra* note 3. This section draws on that discussion extensively.

good and protect human rights. A legal system is not the only institution that can promote those goals, but it is a necessary one, for some tasks require the shared, coordinated effort that individual initiative, community custom, or spontaneous ordering cannot provide. A constitution, written or unwritten, is the necessary foundation for this legal framework of cooperation. Therefore, there is at least a *pro tanto* argument that a practically reasonable person should support the legal system, and thus its constitution.¹²

Now, this does not mean every conceptually possible constitution deserves respect and support. Because human law exists to serve moral purposes, a legal regime that sufficiently undermines the common good and human rights does not merit any reasonable person's adherence. The interesting questions, however, concern imperfect constitutions—not hypothetically perfect or morally monstrous ones. A powerful strain of the natural law tradition teaches that, while moral principles provide general guidance and side constraints, many practical questions concern matters of judgment that the natural law may guide, but does not precisely determine. People of good will may disagree within a range of reasonableness and even if competing answers are mutually incompatible, it is possible that neither one would violate more permanent moral principles.

This is especially so for questions facing framers of constitutions. The natural law may not speak clearly on unicameral versus bicameral legislatures; presidential versus parliamentary governance; whether to have an entrenched bill of rights versus legislative protection; the exact list and precise contours of entrenched bills of rights; the role of the courts in balancing competing rights; the variety and selection of government officials; the extent of direct versus representative democracy; the extent of delegation to administrative agencies, and the like. Within the range of reasonableness—and as a matter of humility, any one person might want to be generous in defining that range—there are many permutations of acceptable constitutions. At the level of political morality, it may matter more than a polity chooses one of the acceptable alternatives, as opposed to getting the precisely right one (if there can be such a thing). Thus, even if one has moral qualms about particular provisions of the constitution, any constitutional regime that passes a threshold of moral respectability has a moral claim to our support and respect.

For this legal choice to be efficacious, however, it must be known and reasonably durable. Were the constitution's legal norms treated as merely good advice, a polity would not enjoy the moral benefits that positive law exists to provide in the first place. This does not mean people should not seek to change their constitutions, though it may be unreasonable to make a good-enough constitution too easy to amend. Rather, one should respect the (morally acceptable) constitution until it is changed by the means provided for by its framing. This is where originalism figures most prominently. If one does not seek to identify and treat the original law of the constitution as binding, one imperils the moral benefits

¹² There is a thorny question about whether the coordination benefits are sufficiently great that the obligation extends to the entire system, as opposed to particular legal commands. For an argument that it does, see J.M. Finnis, *Law as Co-ordination*, 2 *Ratio Juris*, 1989, 97. For a more skeptical take, see J. Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, 1994, 325–54.

constitutionalism exists to offer the polity. We are back to square one, adrift in a sea of competing, unentrenched norms.

This defense of originalism incorporates and completes the three imperfect defenses of originalism I flagged in Part I. First, it agrees with the conceptual argument that the core of “interpretation” involves identifying the original law created by the legal text, but it also provides a moral reason why one ought to seek that meaning and treat it as superior to putative constitutional norms inconsistent with that original law.¹³ Second, it is a normative argument for originalism, but not because the particular constitution’s norms fit the interpreters’ ideals as a matter of political morality. The second-order moral benefits of entrenched constitutional law are sufficiently strong, and the realm of reasonable disagreement is sufficiently broad, that an interpreter should be faithful to a constitution she has substantial first-order disagreements with so long as it passes a threshold of moral acceptability. Finally, it bolsters arguments grounded in the law of interpretation. To the extent there is theoretical disagreement about whether originalism is our law of interpretation, it gives normative reasons for resolving that dispute in an originalist direction; if originalism is in fact our law of interpretation, it gives us reasons to continue persist along those lines.

4. Limits and Implications

This argument does not determine what outputs an originalist system of constitutional law will generate. Originalism in the U.S. context might suggest a very limited national government, whereas an originalist approach to European constitutions may well require an activist social democratic state. Nor does it determine the role of the court. The original constitution may suggest a limited role for judicial review or it could delegate courts substantial power to create and enforce rights. To answer these questions, one has to do the lawyers’ work of identifying what the original law of the constitution prescribes. All this theory tells you is that a practically reasonable interpreter of the constitution should be faithful to that original law unless it falls below a threshold of moral unacceptability.¹⁴

From this perspective, one can reject originalism for a few reasons. First, one might think that a particular constitution is in fact morally unacceptable. At risk of being impertinent, I would aver that most non-U.S. critics of originalism do not live under such regimes; in fact, they are likely to see their constitutions as morally superior to that of the United States, where originalism is most popular. It should be *easier* for them to be originalists abroad. Of course, these non-originalists’ moral theories may be more demanding than the moderate strain of the natural law tradition I have been invoking. Non-originalism, therefore, might

¹³ This does not entail that all constitutional law consists of identifying original intent or public meaning. Implementing doctrines and gap-filling *consistent* with the original law of the constitution may be permitted or perhaps even required.

¹⁴ Nor does this theory tell a court what to do about non-originalist precedent on the books or what do in the face of constitutional silence. Perhaps the constitution will offer some guidance on this question, but a more fleshed out theory of adjudication requires additional, difficult work.

be founded on a belief that the range of reasonableness is far narrower, that questions of political morality admit of quite precise answers, and that constitutional interpreters can be trusted to identify them. This is a hard question of meta-ethics, but I wish such believers good luck on a Kantian quest I would be hesitant to undertake.

Second, and relatedly, one might reject originalism if one values the systemic, moral, rule-of-law benefits of an entrenched constitution less than the benefits of particularistic legal decisionmaking. From that angle, developing constitutional law exclusively through morally infused, case-by-case reasoning sometimes inspired (but never bound by) original law is simply a morally better way to run a system. Any ensuing uncertainty would be worth the cost, especially if one is unsure that original law is any more determinate. Again, this may reflect an implicit faith in the determinacy of particular questions of political morality, or at least a deeper trust in constitutional interpreters' ability to identify and expound shared, principled, and stabilizing norms.¹⁵ The less you share such a faith, however, the more appealing the prospect of settling for the original settlement. Perhaps we should not be surprised that originalism has flourished in the United States, a nation whose intellectual and political traditions are more skeptical of ambitious philosophical theorizing than its Continental counterparts.

Finally, one reject originalism for, well, originalist reasons. If the original law of the constitution's provisions delegated decisionmaking authority to subsequent interpreters, or if the original "law of interpretation" that formed the backdrop of the constitution's framing were non-originalist, it is *originalist* to treat the constitution as a living document.¹⁶ A person who, like me, values stability more and trusts courts less may not be happy with such a choice. Yet my own reasoning indicates (i) that I have to accept such a regime unless it falls below a minimum threshold of moral acceptability *and* (ii) that such a threshold cannot be too demanding. I am skeptical that the history will take this originalist non-originalism line of argument very far with respect to the United States constitution, but it is hardly unimaginable that other constitutions could be very different in this respect. In the face of such proof, a proponent of my argument has to be open to the possibility of accepting living-tree interpretation for originalist reasons.¹⁷

5. Conclusion

Originalism, as a matter of legal and political theory, is not irresistible, but it is more powerful than many of its detractors suspect. Originalism does not depend on

¹⁵ A regular consumer of, say, the European Court of Human Rights' jurisprudence might want to ask whether such work product regularly emanates from Strasbourg.

¹⁶ See Sachs, *supra* note 6, at 858 ("The Constitution, and the Founders' legal system as a whole, was only as crisp and determinate as it actually was....In the absence of a clear modern consensus for this view, it seems more consistent with our current conventions to look to our original law, and to the rules of change—precise or flexible—that it actually contained.").

¹⁷ Of course, if that delegation of authority to interpreters includes the power to make the constitution more rule-like and less jurisprudential, it would be acceptable for an originalist like myself to encourage judges to shape the living tree in that very direction. The legal jiu-jitsu can go both ways.

a cartoonish version of arch-positivism or a particularly American kind of political conservatism. An appeal to natural law in defense of originalism may at first glance appear grandiose or have a whiff of moral absolutism. Yet the form of natural law that underwrites this defense is far more modest than the ambitious moral theorizing lurking behind many rejections of originalism. The moral benefits of identifying and being faithful to original positive law suggest that originalism is a theory to take seriously in the United States and beyond.

Has Originalism Become Second Nature?

di David Fontana

Abstract: *L'originalismo è diventato una seconda natura?* – Constitutional theories often have several distinct stages, moving from off the wall to on the wall to second nature. During this last, distinctive stage, many opponents of a theory persist, but other past opponents come to embrace the basic tenets of the theory, by name, and from within the legal academy, and much debate therefore shifts to disagreement about what types of results that theory should generate rather than the basic legitimacy of the theory. This brief Symposium Essay addresses the unique features of this “second nature” stage, and applies it to the context of Professor Lawrence Solum’s testimony during the confirmation hearings of Neil Gorsuch to the Supreme Court to examine how originalism has arguably evolved to become second nature in many parts of the academy.

Keywords: Constitutional law, Constitutional interpretation, Originalism.

591

1. Introduction

Lawrence Solum’s testimony before the Senate Judiciary Committee during the confirmation hearings of Neil M. Gorsuch to be a Justice of the Supreme Court provides a clear, compelling and accessible argument for originalism.¹ Other scholars are more equipped to evaluate the merits of what Solum said, so my focus will not be on what Solum said but on what the reaction to what Solum said means. Originalism has been the rare—perhaps only—legal theory that has managed to dominate academic *and* political debates about constitutional law. The fact that Solum’s testimony—and Gorsuch’s testimony—in favor of originalism did not catalyze intense and pervasive disagreement suggests that we could be in a new stage in the debate about originalism. Originalism has gone from off the wall (if it ever was off the wall²) to on the wall to second nature.

Viewing originalism through this lens also sheds a larger light on the progression of constitutional theories. Jack Balkin has helpfully noted that constitutional theories can move from “off the wall” to “on the wall” through the concerted efforts of political and social actors.³ Balkin does not define these two

¹ Statement of L.B. Solum, *Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, Senate Judiciary Committee, March 23, 2017, www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/03-23-17%20Solum%20Testimony.pdf [hereinafter Solum, *Gorsuch Testimony*].

² See *infra* Part II.

³ See, e.g., J.M. Balkin, *Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics*, 110 *The Yale Law Journal*, 2001, 1407, 1444 (“[T]he question of whether a legal argument is “on the wall”

phases, but we can imply an initial definition from his usage of these phases. Theories go from off the wall to on the wall when they start to become acceptable to name and engage with, and from within the legal academy, even if naming and engaging theories is in service of contesting their basic desirability.⁴ Theories do not stop their development when they become on the wall. Sometimes they also become second nature, meaning that many actors start to accept the basics of the theory and debate more *how* to use those theories and less *whether* to do so.

A brief caveat for a brief Essay: these stages are meant to be ideal types rather than logically separated categories. Each stage can bleed into the former or next stage, and the evidence of presence in each stage is never absolute or uncontroversial. The goal is merely to identify this additional, later stage of theory development, and to use Solum’s testimony to illustrate this concept.

2. Off the Wall

Many constitutional theories never become plausible enough to become the subject of respectable conversation by respectable legal actors. These theories are so outside the mainstream of acceptable constitutional argument that legal actors either do not know of their existence or know of their existence and ignore these theories. Engaging with off the wall theories can discredit those doing the engaging. Constitutional law is meant to be a “constrained conversation,” with discourse norms that mark some arguments as necessarily out-of-bounds.⁵ If the off the wall theories are engaged with, they might be considered without being named.⁶ Engagement with off the wall theories can instead sometimes be a form of extremeness aversion.⁷ An off the wall theory is identified and used to distinguish and legitimate another theory.

Scholars have produced an increasing number of detailed histories of originalism.⁸ While scholars have increasingly demonstrated that originalism has been more available and more accepted for more periods of time than we used to believe,⁹ these histories help illustrate that at least some applications of originalism were considered off the wall at earlier points in time. Chief Justice Warren Burger, for instance, once labeled claims that the Second Amendment provided an

or “off the wall” is a matter of social practice and convention...tied to a series of social conventions.”).

⁴ See *id.* at 1447 (defining this continuum as being about “what is a good legal argument and what is wholly implausible”).

⁵ See B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, 1985, 8-10 (“[P]articulate kinds of conversation are often constrained by special rules restricting what may be appropriately said, and suggesting a framework to define and justify such constraints on ‘power talk.’”).

⁶ See D. Fontana, *Cooperative Judicial Nominations During the Obama Administration*, Wisconsin Law Review 2017, 305, 312 (“The act of naming [a] jurisprudential vision...is a crucial part of promoting the success of that jurisprudential vision.”).

⁷ See, e.g., C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 Cornell Law Review, 2001, 777, 782-83 and nn. 26-27, 820 (describing this mechanism and providing examples).

⁸ See L.E. Sawyer III, *Principle and Politics in the New History of Originalism*, American Journal of Legal History (forthcoming 2017) (summarizing the different perspectives of these histories)

⁹ See, e.g., W. Baude, *Is Originalism Our Law*, 115 Columbia Law Review, 2015, 2349 (“[O]ur current constitutional practices demonstrate a commitment to inclusive originalism.”).

individual right to bear arms—a claim derived very much from originalist work—as a “fraud.”¹⁰

3. On the Wall

Constitutional theories transform from off the wall to on the wall when they become an acceptable subject of respectable conversation by respectable legal actors. Legal actors know of the existence of these theories and often feel an obligation to engage with them as part of making their constitutional arguments. These theories have a name that marks them that is also widely known and utilized. A cause and an effect of an on the wall theory is a sufficient acceptance of the theory by high-status actors and institutions that the theory is debated and even supported within the legal academy.¹¹

On the wall theories, though, still have their basic legitimacy questioned. Debates about these theories focus just as much—if not more—on whether it is acceptable to use the theory at all, let alone on what using the theory produces. Opponents of the theory will not be universal, but will still use any allegiance to the theory to discredit its adherents. The consequence of this basic skepticism about on the wall theories is that many high-status actors and institutions within the legal academy will still consider these theories illegitimate. Possessing minimal but not sufficient voice within the legal academy, many proponents of the on the wall theory will be forced to exit the academy and seek an institutional home and voice elsewhere.¹² These alternative sources of support provide the resources necessary to generate and promote theoretical advances.

Originalism has certainly been an on the wall constitutional theory for a very long period of time. Almost all of the major constitutional theorists have at one point in time offered their perspective—pro or con—on originalism. Arguments about how to interpret constitutional provisions must engage with originalist arguments, and indeed it is quite common for a law review article proposing a particular interpretation to feature originalist arguments as part of the supportive material enhancing the case for their proposed interpretation. Originalism as a name is not just widely used but widely known.¹³ The major theorists of originalism—including Professor Solum—have made their institutional homes in elite law schools.

¹⁰ The MacNeil/Lehrer NewsHour (PBS television broadcast Dec. 16, 1991) (quoting former Chief Justice Warren Burger). See generally R.B. Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, 122 *Harvard Law Review*, 2008, 191 (identifying efforts to move these interpretations of the Second Amendment from off the wall to on the wall).

¹¹ See S. Frickel, N. Gross, *A General Theory of Scientific/Intellectual Movements*, 70 *American Social Review*, 2005, 204, 211 (arguing that theoretical “emergence is conditional upon complaints and doubts being felt and acted upon by high-status intellectual actors, by which we mean actors situated in high-status intellectual networks”).

¹² See *id.* at 213 (finding that intellectual movements are “more likely to be successful when...[they have] access to key resources”).

¹³ See D.M. Kahan, *The Supreme Court, 2010 Term—Foreword: Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law*, 125 *Harvard Law Review*, 2011, 51-54 (describing how originalism became salient enough to become a cultural buzzword).

While originalism has been or became a part of the conversation for some time, it has remained contested enough that labeling it as on the wall—rather than as second nature—rings true. Consider how Senator Ted Kennedy used Supreme Court nominee Robert Bork’s support for originalism to decry him so notably and so publicly during debate over his nomination in 1987.¹⁴ Originalism was perceived as illegitimate enough that Justice Thurgood Marshall¹⁵ publicly criticized it. Many—if not most—elite law faculties rejected originalism enough that they did not feature notable supporters of the theory for decades—including Professor Solum’s Georgetown.

This continued and substantial skepticism also resulted in originalism requiring crucial life support from outside of the legal academy. With only a few potential homes inside of the legal academy, important originalist scholars like Raoul Berger spent much of their career outside of the academy.¹⁶ Rather than publishing in law reviews, Berger published primarily with university presses, a publishing home less controlled by the legal academy.¹⁷ Originalism received crucial support not just from law school research budgets, but from institutions like the Olin Foundation.¹⁸ Supporters of originalism who were not primarily scholars—like Attorney General Edwin Meese—played crucial roles in supporting the theory from outside of the legal academy.¹⁹

4. Second Nature

Constitutional theories have another stage following their presence as on the wall theories: they can become second nature.²⁰ Legal actors are obliged to engage with these theories, and by name. By contrast with a theory being at the on the wall stage, high-status theorists previously likely to or actually opposed to the theory begin to embrace the theory. High-status theorists begin to accept the basic

¹⁴ E. Bronner, *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America*, 1989, 98 (discussing Senator Kennedy’s speech referencing “Bork’s work,” including his originalism work, as the reason why in “Robert Bork’s America...women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters.”).

¹⁵ See T. Marshall, *Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution*, 101 *Harvard Law Review*, 1987, 1, 2.

¹⁶ See D. Martin, *Raoul Berger, 99, an Expert on Constitution in 2nd Career*, *N.Y. Times*, Sept. 28, 2000 (explaining Berger’s career trajectory), www.nytimes.com/2000/09/28/us/raoul-berger-99-an-expert-on-constitution-in-2nd-career.html.

¹⁷ See *id.* (detailing the influence of Berger’s books).

¹⁸ See S.M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement*, 2008 (providing an excellent summary of the coordination between theorists of originalism and the Reagan Administration).

¹⁹ See *generally id.* (discussing the relationship between originalism as an academic theory and the efforts by the Reagan Administration).

²⁰ J. Kessler and D. Pozen’s recent and important article imagines theorists becoming “adulterated” with time. J.K. Kessler, D.E. Pozen, *Working Themselves Impure: A Life Cycle Theory of Legal Theories*, 83 *The University of Chicago Law Review*, 2016, 1819, 1821 (describing how “intellectual movements or schools...shed many of the core commitments that made the theories attractive in the first place...these theories become...increasingly compromised.”). This adulteration can result in broader acceptance of the theory. However, adulteration is neither a necessary nor a sufficient condition for broader acceptance. What moves a theory from one stage to another is a subject for another, longer Essay. The point of this Essay is simply that, roughly speaking, these stages exist.

premises of the theory, and argue about the results it generates in particular contexts. While opposition to the fundamentals of the theory remains,²¹ more and more theorists do and/or say they are doing the theory, and fewer and fewer theorists argue about the theory.

Consider the intellectual space that Solum's testimony therefore occupies. When originalism in its modern versions and by name first started to transform the constitutional conversation, it was triggered in part by those like Raoul Berger who existed outside of the legal academy. Now virtually every top law school has a scholar writing explicitly supporting originalism or applying originalism (by name) to the doctrinal issues that interest them. This even includes Solum's home, Georgetown, which in the past appeared to have a faculty as politically liberal and therefore as antagonistic to originalism as possible²²—and now has Solum (and Randy Barnett²³).

As the years have passed, more and more other high-status left-of-center theorists have embraced versions of originalism, with a particularly significant burst in the past decade. Justice Sonia Sotomayor notably avoided embracing any explicit alternative to originalism during her confirmation hearings in 2009.²⁴ Justice Elena Kagan embraced originalism during her confirmation hearings in 2010, provocatively embracing a phrase that had been present in the scholarly debate that “we are all originalists now.”²⁵ Jack Balkin published a landmark book endorsing originalism from the left in 2011.²⁶ The high-status and high-stakes creation moment for the second nature stage could have come earlier than those moments, whether it was Justice John Paul Stevens using originalism in dissent in *Heller v. District of Columbia* in 2008²⁷ or even the late Douglas Kendall creating a progressive organization dedicated to progressive originalism in 1997 and even

²¹ For a good example of how one version of originalism would mean there is still broader rejection of originalism, see J.E. Fleming, *Are We All Originalists Now? I Hope Not*, 91 Texas Law Review, 2013, 1784. Even Fleming concedes, though, that the broader definition of originalism favored by many would mean that many more are originalists. See *id.* at 1786 (“The answer to the question depends . . . on ‘what one means by originalism’ and whether we define it exclusively or inclusively.”).

²² See J.O. McGinnis, M.A. Schwartz, B. Tisdell, *The Patterns and Implications of Political Contributions by Elite Law School Faculty*, 93 The Georgetown Law Journal, 2005, 1176 (reporting that 92 percent of contributing professors contributed to Democratic Party candidates).

²³ See, e.g., R.E. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, 75 The University of Cincinnati Law Review, 2006, 7, 8 (arguing for a version of originalism and contrasting that with Justice Antonin Scalia's originalism).

²⁴ See K. McLand Wardlaw, *Umpires, Empathy, and Activism: Lessons from Judge Cardozo*, 85 Notre Dame Law Review 2010, 1629, 1647 (noting that the word “empathy” to describe a desirable form of jurisprudence “became so politically charged that Supreme Court nominee Sonia Sotomayor went on record as distancing herself from the approach to judging espoused by the President.”). See also A. Goldstein, P. Kane, *Liberalism Had Little Presence in Sotomayor Hearings*, WASH. POST, July 19, 2009, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/07/18/AR2009071801787.html (summarizing Sotomayor's testimony).

²⁵ See *The Judiciary Committee Grills Kagan*, WASH. POST, June 29, 2010, www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2010/06/29/AR2010062902652.html.

²⁶ J.M. Balkin, *Living Originalism*, 2011.

²⁷ 554 U.S. 570, 652-72 (2008) (Stevens, J., dissenting).

more openly in 2008.²⁸ While originalism might have been on the wall for a very long time—or forever²⁹—the explicit embrace of it at the theoretical level and engagement with it in such large numbers among such high-status actors has been more substantial more recently.

Notice, then, the reaction—or absence of controversy in the reaction—to Solum’s testimony. As originalism became on the wall, law professors started to write about it, but it was still controversial enough that Senator Kennedy and Justice Marshall gave their speeches denouncing originalism. Solum’s important work on originalism represented an unusually explicit and public acceptance of originalism by a law professor not affiliated with the conservative legal movement.³⁰ Now, in the same context that generated Senator Kennedy’s speech thirty years ago, an elite scholar at an elite law school not affiliated with the conservative legal movement can testify in favor of originalism, and the reaction is largely respectful and intellectual, rather than hostile on the basis of first principles.

5. Conclusion

The Senate Judiciary Committee’s confirmation hearings for Neil Gorsuch were an incredibly controversial event. The Senate’s refusal to consider President Barack Obama’s nomination of Merrick Garland just a year later provided the basis for substantial criticism from the political left, and those criticisms increased the intensity of Supreme Court confirmation hearings that have already become quite heated. Notably missing from the public conversation about Gorsuch, though, were substantial and pervasive criticisms of his explicit and extensive advocacy of originalism—or substantial and pervasive criticisms of Solum’s testimony in support of originalism. Opponents of originalism mostly wrote and spoke about their problems with what originalism *would do*, not their problems with what originalism *is*. Looking back many years from now, then, the question will be whether the period we are living in now represents a transformation of the status of originalism as a theory of constitutional law.

²⁸ See J. Rosen, *How New is the New Textualism?*, 25 *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2013, 43, 45 (describing Kendall’s work). See generally J.E. Ryan, *Laying Claim to the Constitution: The Promise of New Textualism*, 97 *Virginia Law Review*, 2011, 1523 (describing and justifying the progressive case for originalism).

²⁹ See, e.g., D.A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 *The University of Chicago Law Review*, 1996, 877, 881 (stating that “[v]irtually everyone agrees” that the text and original meaning matter in constitutional interpretation).

³⁰ See Solum, *Gorsuch Testimony*, *supra* note 1, at 4 (“Originalism can and should be endorsed by both Democrats and Republicans and by progressives and conservatives. This point is especially important to me personally. I am not a conservative or libertarian.”).

Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths

di Gonzalo Candia

Abstract: *Originalismo e interpretazione delle convenzioni sui diritti umani di area regionale: contesti differenti, stessi miti* – Both the European and the Inter-American courts of human rights have mostly refused to give an originalist reading to regional human rights conventions. This position is based on a series of misrepresentations concerning the demands of both the interpretative rules of the Vienna Convention of the Law of Treaties and originalism. In this context, the author concludes that a new debate between true originalism and living interpretation must take place within the boundaries of international human rights law.

Keywords: Originalism, Evolving interpretation, Regional human rights courts.

1. Introduction

In the statement that Professor Lawrence Solum presented to the Judiciary Committee of the Senate during the nomination hearings of Judge Gorsuch for the U.S Supreme Court, he defined as *myths* some misunderstandings about what originalism is and what it entails. Those myths do not only exist in the field of American constitutional law; they also permeate the fundamental mechanisms of interpretation of human rights treaties in international law. In this context, I will specify some of the myths surrounding originalism in this area and why they misrepresent the true requirements of this theory of interpretation that Professor Solum prominently defends.

This paper will be structured in two sections. The first will describe the way in which the most relevant regional courts of human rights—the European Court of Human Rights (hereafter, ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (hereafter, IACHR)—have applied the rules contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereafter, VCLT). This analysis concludes that both the ECHR and the IACHR seem to reject originalism in principle. In the second part, I will argue that the “living constitutionalism” approach adopted by both the ECHR and the IACHR is not necessarily required by the VCLT, but derives from misrepresentations concerning the originalist position. This justifies renewing the debate about interpretation in the field of international human rights law.

2. Regional human rights courts and evolving interpretation

Both the ECHR and the IACHR have understood that they have to interpret human rights conventions according to the rules contemplated in the VCLT.¹ Now, Article 31.1 contains the basic rule, which demands that any interpretation of a treaty provision must be pursued “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. On the other hand, Article 32 establishes that material preparatory to the treaty may only serve as supplementary means of interpretation; it can only “confirm the meaning resulting from the application of article 31”. Exceptionally, those preparatory works can be used “to determine the meaning” of the text when the interpretive standard of Article 31 is unable to render a proper interpretation for a treaty provision.²

Both the ECHR and the IACHR have employed these rules to interpret regional human rights conventions. In doing so, they have emphasized the context and purpose of the treaty as the critical factor to be considered under Article 31.1. By prioritizing this element, both the ECHR and the IACHR have adopted a purposive approach to interpretation that conceptualizes treaties as *living instruments* to be read according to “the present day conditions”.³

Let us consider first the approach adopted by the ECHR. According to this Court, the VCLT demands from it “to ascertain the ordinary meaning to be given to the words [of the Convention] in their context and in the light and purpose of the provision from which they are drawn”.⁴ That context requires the court to consider the treaty as an instrument created “for the effective protection of individual human rights”⁵, which “must be read as a whole”.⁶ In this context, the ECHR focuses principally on the context and purpose of the treaty to identify the ordinary meaning of the words of the Convention and not on the original public meaning of the text or on the meaning its framers intended to give to it.

Indeed, the ECHR considers that the context and purpose of the Convention demands the text of the treaty to be read in a way that maximizes human rights protections of European citizens. Therefore, any interpretation of rights and

¹ E.g: *Golder v. United Kingdom*, App. No 4451/70, (Eur. Ct. H.R. Febr. 2, 1975), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “4451/70”; then follow case “Golder v. UK”), ¶ 29; “Restriction to the Death Penalty (Arts. 4.2 and 4.4 American Convention on Human Rights”, Advisory Opinion OC-3/83 (Sept. 8, 1983), ¶ 48.

² According to Article 32, this situation occurs when the application of Article 31: “(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable”.

³ *Tyrer v. United Kingdom*, App. No 5856/72, (Eur. Ct. H.R. Apr. 25, 1978), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “5856/72”; then follow case “Tyrer v. United Kingdom”), ¶ 31.

⁴ *Saadi v. United Kingdom*, App. 13229/03, (Eur. Ct. H.R. Jan. 29, 2008), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “13229/03”; then follow case “Saadi v. United Kingdom”), ¶ 31.

⁵ *Id.* at ¶ 31.

⁶ *Id.* at ¶ 31.

freedoms has to be consistent “with the general spirit”⁷ of the Convention. In this respect, the ECHR has ruled that “the interpretation of the Convention must be dynamic in the sense that it must be interpreted in the light of developments in social and political attitudes”⁸, therefore “its effects cannot be confined to the conceptions of the period when it was drafted or entered into force”.⁹ In consonance with this, the ECHR “very rarely inquire[s] into what was thought to be acceptable state conduct when the [European] Convention was drafted, or into what specific rights the drafters of the Convention intended to protect”.¹⁰

The ECHR appeals to the living character of the European Convention in two ways. Firstly, the Court has employed the concept of evolving interpretation to read new rights into the European Convention. Some of those rights have been implied by the ECHR from the very text of the Convention.¹¹ But on occasions, when appealing to a living interpretation of that instrument, the Court has read into the Convention rights that the framers not only never imagined that the text of the treaty would support, but rights which the framers expressly sought to exclude from it.¹² Secondly, the ECHR appeals to the living character of the European Convention when it seeks to overturn a previous decision. As one of its judges has pointed out, the main consequence of the living nature of the treaty is that all “legal questions which arise under Convention always remain open and may be revisited”.¹³ Therefore, the ECHR when creating new legal standards under the Convention usually argues that the emergence of new circumstances justifies it.¹⁴

⁷ *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, App. 60367/08 and 961/11, (Eur. Ct. H.R. Jan. 24, 2017), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “60367/08”; then follow case “Khamtokhu and Aksenchik v. Russia”), ¶ 87.

⁸ F.G. Jacobs, R.C.A. White, C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 2012, 74.

⁹ *Id.* at 74.

¹⁰ G. Letsas, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*, (Sept. 14, 2017, 2:50 pm), p. 2, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021836

¹¹ E.g. *Demir and Baykara v. Turkey*, App. 34503/97, (Eur. Ct. H.R. Nov. 12, 2008), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “34503/97”; then follow case “Demir and Baykara v. Turkey”); *Pichkur v. Ukraine*, App. 10441/06, (Eur. Ct. H.R. Nov. 7, 2013), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “10441/06”; then follow case “Pichkur v. Ukraine”).

¹² E.g. *Young, James and Webster v. The United Kingdom*, App. 7601/76 and 7806/77 (Eur. Ct. H.R. Oct. 18, 1982), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “7601/76”; then follow case “Young, James and Webster v. The United Kingdom”); *Sigurður A. Sirgurjónsson v. Iceland*, App. 16130/90 (Eur. Ct. H.R. Jun. 30, 1993), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “16130/90”; then follow case “Sigurður A. Sirgurjónsson v. Iceland”); *Matthews v. The United Kingdom*, App. 24833/94 (Eur. Ct. H.R. Feb. 18, 1999), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “24833/94”; then follow case “Matthews v. United Kingdom”).

¹³ *R.B. v. Hungary*, App. 64602/12 (Eur. Ct. H.R. Apr. 12, 2016), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “64602/12”; then follow case “R.B. v. Hungary”), dissenting opinion of Judge Wojtyczek, ¶ 7.

¹⁴ E.g. *Christine Goodwill v. The United Kingdom*, App. 28957/95 (Eur. Ct. H.R. Jul. 7, 2002), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “28957/95”; then follow case “Christine Goodwill v. The United Kingdom”); *Stafford v. The United Kingdom*, App. 46295/99 (Eur. Ct. H.R. May 28, 2002), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search

While the ECHR has invoked promoted an evolving interpretation to authorize new rights or expansive interpretations of those already established, it has struggled to define limits for the operation of such interpretation. One limit the ECHR has offered is that any change of circumstances that potentially justifies a more progressive reading of the Convention must be based on a common practice of States. As Judge Wildhaber has described it, the social evolution in question must be “reflected in the law and practice of a majority of the Contracting States”.¹⁵ The role of the Court should not be “to engineer changes in society or to impose moral choices”.¹⁶ As a result, when the ECHR cannot establish the existence of an European consensus embodied in the practice of the States, it refuses, in principle, to read new rights or modify its precedents.

For its part, the IACHR has in many respects followed the criteria developed by the ECHR about evolving interpretation.¹⁷ Therefore, the Court has applied the rules of the VCLT in a way which is consistent with the living character it attributes to the American Convention on Human Rights. Consequently, the IACHR has stated that “human rights treaties are living instruments, whose interpretation must go hand in hand with evolving times and current conditions”.¹⁸ Thus, “when interpreting the Convention it is always necessary to choose the alternative that is most favorable to protection of the rights in said treaty, based on the principle of the rule most favorable to human beings.”¹⁹ By applying a living understanding of the Convention, the IACHR has read new rights into the text of the treaty.²⁰ Likewise, the IACHR has created the *conventionality control* doctrine by

“Application Number” for “46295/99”; then follow the case “Stafford v. The United Kingdom”); *Bayatyan v. Armenia*, App. 23459/03 (Eur. Ct. H.R. Jul. 7, 2011), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “23459/03”; then follow case “Bayatyan v. Armenia”); *Magyar Helsinki Bizzottság v. Hungary*, App. 18030/11 (Eur. Ct. H.R. Nov. 8, 2016), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “18030/11”; then follow case “Magyar Helsinki Bizzottság v. Hungary”).

¹⁵ Luzius Wildhaber, *The European Court of Human Rights in Action*, 21 *Ritsumeikan Law Review* 83, 86 (2004).

¹⁶ *Id.* at 86.

¹⁷ M. Fitzmaurice, *Interpretation of Human Rights Treaties*, in D. Shelton *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, 2013, 739, 766; J.M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2013, 12-13; L. Burgorgue-Larsen, A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, 2011, 58-59.

¹⁸ *Case of “Maripipán Massacre” v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 134, ¶ 106 (Sept. 15, 2005).

¹⁹ *Id.* at ¶ 106.

²⁰ E.g. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No.79, ¶ 148 (Aug. 31, 2001); *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 125, ¶ 137 (Jun. 17, 2005); *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 154, ¶ 150 (Sept. 26, 2006); *Gelman v. Uruguay*, Merits and Reparations, Judgment Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 221, ¶ 222 (Feb. 24, 2011); *Atala-Riffo and Daughters v. Chile*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 239, ¶ 91 (Febr. 24, 2012); *Artavia-Murillo et. al v. Costa Rica*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 257, ¶ 314 (Nov. 28, 2012); *Duque v. Colombia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 310, ¶ 124 (Febr. 26, 2016).

tacitly appealing to evolving standards of interpretation.²¹ Basically, this doctrine empowers domestic institutions—mainly courts—to disapply national legislation when it goes against the text of the American Convention as interpreted by the IACHR.²²

However, the IACHR approach to living interpretation has exhibited an important difference from that of the ECHR. For the ECHR, an evolving interpretation is inoperable in the absence of a matching regional consensus regarding a specific practice. The IACHR has not followed this pattern. On the contrary, this Court has generally refused to deem consensus a relevant factor when deciding about the demands placed by the American Convention on the Contracting States. Effectively, “the notion of a regional consensus has played a much smaller role in the evolving jurisprudence of the Inter-American Court than in that of the European Court”.²³ Indeed, “regional consensus has played a negligible role in the jurisprudence of the (...) Inter-American Court”.²⁴ Nonetheless, Alberto Pérez and Eduardo Vío—both judges of the IACHR—have criticized the practice of implying new rights from the American Convention without regard for the existing practice of the Contracting States.²⁵ In this respect, it seems that the IACHR is less concerned than its European peer about the limits of an evolving interpretation.

In conclusion, both the ECHR and the IACHR characterize regional conventions on human rights as living instruments so as to (a) to read new rights into the text of the treaties, and (b) to overturn their precedents. Finally, while the ECHR employs the notion of regional consensus as a mean to limit the scope of evolving interpretation, the IACHR acknowledges no such impediment.

3. Why evolving interpretation? The myths and realities of living instruments

From the foregoing it may seem that a living approach to interpretation has functionally been adopted by both the ECHR and the IACHR. The question that now emerges is why both tribunals have made this interpretative choice. Neither court provides much substantive explanation for why a living approach should be

²¹ N. Sagüés, *Derechos Constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, in H. Nogueira, *La Protección de los Derechos Humanos y Fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2014, 1, 16.

²² For a critical approach to the conventionality control doctrine, see: A.E. Dulitzky, *An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, 50 *Texas International Law Journal*, 2015, 45, 64–69.

²³ G.L. Neuman, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, 19 *The European Journal of International Law*, 2011, 101, 107.

²⁴ M. Killander, *Interpreting Human Rights Treaties*, 13 *Sur International Journal of Human Rights*, 2010, 145, 151. For an opposite view, see: L. Lixinski, *The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights*, 3 *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 2017, 65.

²⁵ See, for example: *Atala-Riffo and Daughters v. Chile*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 239, partially dissenting opinion by Judge Pérez-Pérez, ¶¶ 20–23 (Febr. 24, 2012); *Artavia-Murillo et. al v. Costa Rica*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 257, dissenting opinion by Judge Vío-Grossi, pp. 17–21 (Nov. 28, 2012); *Duque v. Colombia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 310, dissenting opinion by Judge Vío-Grossi, pp. 7–8 (Febr. 26, 2016).

preferred to an originalist one.²⁶ Nonetheless, there are some possible answers to evaluate.

Firstly, both the ECHR and the IACHR presume that the rules of interpretation in Article 31 of the VCLT require them to reject an originalist approach to human rights conventions. Therefore, a purposive, evolutionary approach would then seem the only acceptable manner to read treaty provisions. But this position misrepresents the demands of the VCLT. In effect, Article 31.1 of the VCLT does not clearly require that regional human rights courts give a purposive interpretation to human rights treaties. Indeed, as Pieter van Dijk and Fried van Hook have written, “the rules of the Vienna Convention do not provide clear-cut solutions to all problems of treaty interpretation. In fact, those rules themselves are not unequivocal”.²⁷ That is, there seems to be an inner tension in Article 31. On one side, treaty provisions must be interpreted according to the “ordinary meaning to be given to the terms of the treaty”. As such, the rule places on the interpreter the duty to understand the treaty in a manner consistent with the meaning of its text. From this perspective, it seems that the Convention emphasizes a sort of textually-bounded interpretation mostly associated with originalism. Yet the same rule also asks the interpreter to consider the ordinary meaning of the text “in the light of its object and purpose”. That seems to require that the interpreter employ a kind of purposive interpretation. This inner tension between an originalist and a purposive interpretation is not resolved in any meaningful way by the VCLT. Precisely because of this, Michael Waibel has opined that the VCLT “le[aves] substantial leeway for idiosyncratic approaches to interpretation within the bounds staked out by [its] broad interpretative principles”.²⁸

Therefore, when regional human rights courts favor a kind of purposive method of interpretation—from which the evolutionary posture is derived—they make an interpretative choice not absolutely required by the VCLT. That interpretive pursuit must derive from reasons found elsewhere. In sum: it is inaccurate to argue that Article 31 of the VCLT places an obligation on courts to reject originalism.

Indeed, Article 31 of the VCLT has not represented an obstacle for either the ECHR or the IACHR to follow an originalist approach to interpretation in some few cases. For example, in *Johnston and Others v. Ireland*²⁹, the ECHR refused to read a right to divorce into Article 12 of the Convention, which recognized a right to marry in clear-cut terms. Even more: the ECHR expressly refused to endorse an evolutionary approach arguing that “the Court cannot, by means of evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein

²⁶ E.g.: A. Mowbray, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, 5 Human Rights Law Review, 2005, 57, 71; F. Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention*, in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, 63, 69-70.

²⁷ P. van Dijk, F. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 1998, 72.

²⁸ M. Waibel, *Demystifying the Art of Interpretation*, 22 The European Journal of International Law, 2011, 571, 573.

²⁹ *Johnston and Others v. Ireland*, App. 9697/82 (Eur. Ct. H.R. Dec. 18, 1986), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “9697/82”; then follow case “Johnston and Others v. Ireland”).

at the outset”.³⁰ Adopting this originalist approach, the ECHR later refused to read a right to assisted suicide into the Convention.³¹ Additionally, there have been some cases in which the ECHR has interpreted the text of the Convention in the light of the intention of the Contracting Parties, preventing Article 3 from prohibiting the death penalty³² and refusing to expand the territorial jurisdiction of the Court.³³ Correspondingly, the IACHR followed an originalist approach when dismissing a petition asserting the existence of an unenumerated right to truth in the text of the American Convention.³⁴ That Court also rejected on similar grounds a petition made by the Inter-American Commission on Human Rights to condemn Colombia under the rules of the Geneva Conventions.³⁵ As such, both the ECHR and the IACHR have shown themselves willing to look at treaties through an originalist lens, Article 31 presenting no impediment.

What *normative* reasons might have induced regional courts of human rights to refuse an originalist interpretive method to human rights conventions? Let us consider three of them.

A first reason suggests that “a failure by the [ECHR] to maintain a dynamic and evolving approach would risk rendering it a bar to reform or improvement”.³⁶ This proposal tacitly assumes that originalism forbids adopting human rights conventions to new social or political environments. This is a myth. An originalist approach to interpretation does not deprive the Contracting States of their power to amend human rights conventions when they observe changes in social, cultural, and political practices. Originalism only limits the ability of courts to do so. Indeed, the Contracting States have expanded the scope of human rights protections by establishing new treaties and enacting new protocols that complement the basic protections provided by both the European and the American conventions on human rights.³⁷

³⁰ *Id.* at ¶ 53.

³¹ *Pretty v. The United Kingdom*, App. 2346/02 (Eur. Ct. H.R. Jul. 29, 2002), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “2346/02”; then follow case “Pretty v. The United Kingdom”), ¶ 74.

³² *Soering v. The United Kingdom*, App. 14038/88 (Eur. Ct. H.R. Jul. 7, 1989), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “14038/88”; then follow case “Soering v. The United Kingdom”), ¶ 103.

³³ *Bankovic and Others v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, App. 52207/99 (Eur. Ct. H.R. Dec. 12, 2001), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “52207/99”; then follow case “Bankovic and Others v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom”), ¶¶ 64–65.

³⁴ *Castillo-Paéz v. Perú*, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 34, ¶ 86 (Nov. 3, 1997). In respect of the right to truth, the IACHR changed its view on this issue later. See, for example: *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 154 (Sept. 26, 2006).

³⁵ *Las Palmeras v. Colombia*, Preliminary Objections, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 67, ¶ 33 (Febr. 4, 2000). For further implications of this decision, see: Gonzalo Candia, *El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 24 *Dikaion* 225, 247–248 (2015).

³⁶ Wildhaber, *supra* note 15, at 86. See also: George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Court of Human Rights* 69 (2007).

³⁷ Regarding new European instruments, see for example: Council of Europe, Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, March 20, 1953, E.T.S 9 and Council of Europe, Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human

A second reason assumes that originalism would demand regional human rights courts to inquire what the framers of conventions would have thought about the dispute in question at the time of agreeing to the text of a treaty. This is tantamount to myth number one described by Professor Sollum in his paper. Originalism focuses not on the mental states of the framers who drafted those conventions almost fifty years ago, but on what the text of the conventions says. Of course, originalism logically considers what the framers did or said, but only with the purpose of achieving a better understanding of the public meaning of the text at the moment when it was written. Text and not authorial intentions control the decision of any case in an originalist world. In this respect, originalism is consistent with the demands placed by Article 32 of the VCLT. Effectively, the rule in question considers the intentions of the framers only as a supplementary means of interpretation, directed to discovering the ordinary meaning of the text. This focus derives the idea that it is the final text of the treaty, not the intentions of the framers, that expresses the object of States' agreement. Therefore, if regional courts of human rights become more originalist in their reading of treaties, they will not infringe upon the prescriptions of Article 32 of the VCLT.

A third reason proposed to reject originalism in human rights treaty interpretation amounts to myth number two brought forward by Professor Sollum in his paper. Under this view, originalism makes human rights conventions useless because originalists cannot apply them to new circumstances. Again, this assumption represents a myth. Let us consider, for example, the attitude adopted by both the ECHR and the IACHR to cases concerning a new kind of slavery: human trafficking. In this regard, the fact that human trafficking was a new reality did not prevent either the ECHR or the IACHR from applying the European and American conventions on human rights to this new type of cases. In doing so, courts did not adopt a living approach; they only made an effort to comprehend what were the factual elements that defined any form of slavery. Consequently, the ECHR understood in *Rantsev v. Cyprus and Russia*³⁸ that Article 4 of the European Convention, which prohibited slavery and forced labor, also proscribed the practice of human trafficking.³⁹ Similarly, the IACHR recently considered human trafficking as a contemporary type of slavery, condemning the state in the case *Trabajadores da Fazenda (Hacienda) Brasil Verde v. Brasil*.⁴⁰

There is a final myth that has a particular Latin American flavor. Some authors suggest that Article 29 of the American Convention compels the Court to adopt a purposive-evolving reading of it. Article 29 reads as follows:

“No provision of this Convention shall be interpreted as:

Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty, Apr. 28, 1983, E.T.S 114. In respect of new human rights instruments in the Americas, see note No. 44.

³⁸ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, App. 25965/04 (Eur. Ct. H.R. Jan. 7, 2010), available at www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (follow “HUDOC Database” hyperlink; then search “Application Number” for “25965/04”; then follow case “Rantsev v. Cyprus and Russia”).

³⁹ *Id.* at ¶ 281.

⁴⁰ *Trabajadores da Fazenda (Hacienda) Brasil Verde v. Brasil*, Preliminary Exceptions, Merits, Judgment and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 318, ¶¶ 276-277 (Oct., 20, 2016).

- a. Permitting any State Party, group, or person to suppress the enjoyment or exercise of the rights and freedoms recognized in this Convention or to restrict them to a greater extent than is provided for herein (...)
- c. Precluding other rights or guarantees that are inherent in the human personality or derived from representative democracy as a form of government (...)

According to certain commentators this provision would impose on the IACHR the duty to dismiss any “interpretation [of the Convention] (...) according to the ordinary meaning of its words (...) or any traditional canon of interpretation, instead directly serving the teleology of the instrument”.⁴¹ Others have further proposed that this rule empowers the IACHR to introduce new rights into the text of the American Convention.⁴² Nonetheless, Article 29 of the American Convention requires no such thing.

First, let us consider Article 29 (a). The American Convention does not protect human rights in just any manner. On the contrary, the Convention provides safeguards to rights and freedoms in a way that is consistent with a number of legal and political choices that Contracting States made when they drafted and ratified the treaty. The text of the Convention precisely expresses those choices. Therefore, when this instrument is judicially applied according to its textual requirements, interpreters can neither “restrict [rights and freedoms] to a greater extent than is provided for herein” nor “suppress” them. On the contrary, an originalist understanding of the American Convention implements rights and freedoms in consonance with the legal and political choices embodied by the instrument. Consequently, an originalist reading of the Convention, far from infringing it, it advances the enforcement of this instrument.

In this respect, what seems truly problematic under Article 29 (a) is an interpretation of the American Convention that, seeking to advance the object and purpose of the treaty, maximizes an individual right without due consideration for other treaty guarantees whose scope will be threatened by this unduly expansive reading. In fact, such a purposive interpretation maximizes one right at the cost of ignoring other rights and freedoms that may be “restrict[ed] (...) to a greater extent than is provided for herein”, or, even worse, “suppress[ed]” by this approach. In both cases, a clear violation of Article 29 (a) follows. Furthermore, any purposive interpretation of rights made under Article 29 (a) runs the risk of failing to properly elucidate the object and purpose of the American Convention as a whole. The fact is that “most treaties have no single, undiluted object and purpose but a variety of differing and possibly conflicting objects and purposes”.⁴³ Then, judges should be cautious when extending individual rights oriented only by a vague generalization of the object and purpose of the Convention. Such vagueness

⁴¹ L. Lixinski, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, 21 *The European Journal of International Law*, 2010, 585, 588.

⁴² E.g: H. Gros-Espiell, *Los Derechos Humanos No Enunciados o No Enumerados en el Constitucionalismo Americano y en el Artículo 29. c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 4 *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2000, 145, 171; L. Burgorgue-Larsen, *El Contexto, las Técnicas y las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, 12 *Estudios Constitucionales*, 2014, 105, 125.

⁴³ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1984, 130.

may facilitate an interpretation of those rights based in their own ideologies rather than the treaty as such, which it is their duty to enforce.⁴⁴

Second, consider Article 29 (c). This provision must be read in the context of the whole American Convention. Subsection (c) does not empower the IACHR to add new rights into the Convention through a living interpretation of the treaty. On the contrary, this provision has two specific purposes.⁴⁵ First, it rules out any reading of the Convention that would limit the power of Contracting States to protect new and different rights within their own domestic legislation. In this regard, Article 29 (c) serves the same purpose as the Tenth Amendment in the context of American Constitutional Law. Second, Article 29 (c) supports the power that Contracting States have under Articles 76 and 77 to expand the list of rights protected by the American Convention. In this regard, according to Article 77, the Contracting States can “gradually includ[e] other rights and freedoms within (...) [the] system of protection”. In fact, this is what the Contracting States have effectively done by subsequently ratifying a series of new protocols and treaties that have enlarged human rights protections in the Americas during the last years.⁴⁶

In conclusion: when regional courts of human rights refuse an originalist approach to interpretation, they do so under mistaken assumptions about what originalism is and requires, as well as its practical relation to the treaties they are charged with applying.

4. Conclusion

Regional courts of human rights usually conceptualize human rights conventions as living instruments and, therefore, incompatible with originalism as a theory of interpretation. In doing so, those courts tend to rely on the VCLT rules of interpretation. Nonetheless, those rules can support either a living or an originalist approach to interpretation. As a result, other normative reasons to favor living interpretation over originalism are required. Most of those proposed reasons, however, reveal a generalized misunderstanding about what originalism amounts to. Consequently, it is necessary to open a new debate concerning interpretation in the field of international human rights law, a debate that properly considers a fresh and demystified version of originalism.

⁴⁴ I. Buffard, K. Zemanek, *The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma?*, 3 *Austrian Review of International & European Law*, 1998, 311, 341-342.

⁴⁵ G. Candia, *Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho*, 42 *Revista Chilena de Derecho*, 2015, 873, 893-895.

⁴⁶ E.g: Organization of American States, Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights “Protocol of San Salvador”, Nov. 17, 1988, O.A.S.T.S. No. 69, 28 *I.L.M* 156 (1989); Organization of American States, Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty, Aug. 6, 1990, O.A.S.T.S. No. 73; Organization of American States, Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, Sept. 12, 1985, O.A.S.T.S. No. 67; Organization of American States, Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women “Convention of Belem do Para”, Sept. 6, 1994, 33 *ILM* 1534 (1994).

Originalism in Australia

di Jeffrey Goldsworthy

Abstract: *L'originalismo in Australia* – The idea that originalism is a uniquely modern and American approach to constitutional interpretation is false. The traditional approach of common law courts to the interpretation of statutes was originalist, and it has been applied by the High Court of Australia to the interpretation of the Australian Constitution. This article describes that traditional approach and its operation in Australia, its renovation by the High Court in 1988, some complications to which it gives rise, and also explains the High Court's reluctance to acknowledge that it is, indeed, originalist.

Keywords: Australia, Originalism, Constitutional Interpretation.

It is sometimes suggested that originalism is a peculiarly modern and American approach to the interpretation of a written constitution. That is the opposite of the truth; the only aspect of originalism that is distinctively modern and American is the name “originalism”. The traditional approach of common law courts to the interpretation of statutes was originalist, and it was applied to written constitutions in the United States in the 19th Century, Canada also in the 19th and for most of the 20th Century, and Australia throughout the 20th Century and until today. Grant Huscroft and I have recently shown this to be true of Canada and Australia; here I will set out the Australian experience.¹

The Australian Constitution was drafted and endorsed by colonial lawyers and politicians, before being formally enacted by a statute of the United Kingdom Parliament: the *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900 (UK).² When courts started to interpret it, they were naturally guided by traditional British principles of statutory interpretation that would now be called originalist. British courts were firmly wedded to the core thesis of originalism: that until they are formally amended, statutory provisions continue to mean what they meant when they were enacted.³ That principle had been endorsed in Sir Edward Coke's

¹ J. Goldsworthy, G. Huscroft, *Originalism in Canada and Australia: Why the Divergence?*, in R. Albert, D. Cameron (eds), *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, New York, forthcoming. The remainder of this article is adapted from that book chapter.

² The Australian Constitution was also approved by voters in referenda prior to its enactment.

³ See generally D.J. Hurst, *The Problem of the Elderly Statute*, 3 *Legal Studies*, 1983, 21.

Institutes in the early Seventeenth Century.⁴ In 1883, Maxwell stated that “the language of a statute, as of every other writing, is to be construed in the sense which it bore at the period when it was passed.”⁵ This was presumably because otherwise, Parliament’s statutes would be, in effect, vulnerable to amendment by extra-parliamentary means.⁶

A second thesis embraced by most versions of originalism is that the meaning of a law depends partly on the intentions of those who made it. For centuries, the common law had recognized that the object of all interpretation “is to determine what intention is conveyed either expressly or by implication by the language used,” or in other words, “to give effect to the intention of the [law-maker] as that intention is to be gathered from the language employed having regard to the context in connection with which it is employed.”⁷ Tindall C.J. said in 1844 that this was “the *only rule*” for the construction of statutes.⁸

Occasionally, textualist judges insisted that “we are not...concerned with what Parliament intended, but simply with what it has said in the statute.”⁹ That was one reason why British courts traditionally refused to consult legislative history.¹⁰ But it would be wrong to infer that they did not take seriously the principle that interpreters should seek the law-making intentions that statutes convey, expressly or by implication.¹¹ They distinguished between whatever intentions individual legislators may have expressed, and the intention manifested by the words of the statute given readily available contextual knowledge of its purpose.¹² As Lord Blackburn explained in 1877:

In all cases the object is to see what is the intention expressed by the words used. But, from the imperfection of language, it is impossible to know what that intention is without inquiring further, and seeing what the circumstances were with reference to which the words were used, and what was the object, appearing from those circumstances, which the person using them had in view, for the meaning of words varies according to the circumstances with respect to which they were used.¹³

⁴ “[T]hose ancient acts and graunts must be construed and taken as the Law was holding at that time when they were made”: 2 Co Inst 2.

⁵ P.B. Maxwell, *On the Interpretation of Statutes* (2nd ed), London, 1883, 75; also 366.

⁶ Condemned at *id.*, 6–7.

⁷ P.B. Maxwell, *On the Interpretation of Statutes* (2nd ed), London, 1875, 1; *Attorney-General v. Carlton Bank*, 2 Q.B. 158, 164 (1899) (Lord Russell). For other early authorities see J. Goldsworthy, *Originalism in Constitutional Interpretation*, 25 Federal Law Review, 1997, 1–50.

⁸ *Sussex Peerage Case*, 8 E.R. 1034, 1057 (1844) (Tindall C.J.).

⁹ *R v. Hertford College*, 3 Q.B.D. 693, 707; 47 L.J.Q.B. 649, 658 (1878).

¹⁰ There were additional reasons, including the need for the meanings of laws to be reasonably open to the public, or at least their legal advisers, the unreliability of extrinsic evidence, and the costs in terms of time and money of investigating it.

¹¹ This mistaken inference badly mars the arguments made in H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 Harvard Law Review, 1985, 885–90 at 895–6, 903–6, 948.

¹² For analysis of the “objective” nature of such a “manifested intention”, see R. Ekins, J. Goldsworthy, *The Reality and Indispensability of Legislative Intention*, 36 Sydney Law Review, 2014, 39, 46–51.

¹³ *River Wear Commissioners v. Adamson*, 2 A.C. 743, 763 (1877); see also his remarks in *Edinburgh Street Tramways v. Torbain*, 3 A.C. 58, 68 (1877).

The courts therefore took into account the legal and social circumstances when the law was made, and what it was intended to achieve, when these were, at least when the law was made, commonly known.¹⁴ These principles can be found in Maxwell's 1875 treatise on statutory interpretation.¹⁵ In 1904 they were accurately summarized by O'Connor J of the Australian High Court:

[O]ur duty in interpreting a Statute is to declare and administer the law according to the intention expressed in the Statute itself. In this respect the Constitution differs in no way from any Statute ... The intention of the enactment is to be gathered from its words. If the words are plain, effect must be given to them; if they are doubtful, the intention of the legislature is to be gathered from the other provisions of the Statute aided by a consideration of surrounding circumstances. In all cases in order to discover the intention you may have recourse to contemporaneous circumstances - to the history of the law ... [and] historical facts surrounding the bringing [of] the law into existence.¹⁶

Agreement on these general principles did not prevent disagreement about their implementation, between judges of a textualist bent and those of a more purposive inclination. The former were attracted to the approach of the Judicial Committee of the Privy Council, in Westminster, to the interpretation of the Canadian Constitution, while the latter were attracted to the American Supreme Court's supposedly broader, more purposive methodology.¹⁷ That disagreement split the Australian High Court for two decades, in cases concerning the legitimacy of implied intergovernmental immunities, which its first three judges – influenced by American case-law – discerned within the Constitution. When the Privy Council criticized the High Court's approach as an "expansion" of orthodox interpretive principles,¹⁸ it received a scathing rejoinder criticizing the quality of its interpretation of Canada's Constitution.¹⁹

But in 1920, the Privy Council's approach prevailed when a majority of the High Court overruled the doctrine of implied intergovernmental immunities, and strongly affirmed British rather than American interpretive principles. The majority judgment laid down a more textualist or legalist approach that has dominated constitutional interpretation in Australia ever since.²⁰

Yet even the Court's first three judges had insisted that ordinary principles of statutory interpretation, which they expounded with copious citations of British precedents, were applicable.²¹ One of them, O'Connor J., accurately summarized those principles in the passage previously cited.²² They had insisted that these

¹⁴ See, e.g., Maxwell (1875), *above* note 7, 20–1.

¹⁵ Maxwell (1875), *above* note 7, 1, 5–6, 18–23, 49.

¹⁶ *Tasmania v. Commonwealth*, 1 C.L.R. 329, 358–60 (1904).

¹⁷ G. Craven, *Heresy as Orthodoxy: Were the Founders Progressivists?*, 31 Federal Law Review, 2003, 87, esp. 104, 107–8, 116–121, 108–9, 113–15, 117–18.

¹⁸ *Webb v. Outtrim* (1906) 4 CLR 356 (PC), 359–61.

¹⁹ *Commissioners of Taxation (NSW) v. Baxter* (1907) 4 CLR 1087, 1110; see also 1111.

²⁰ J. Goldsworthy, *Australia: Commitment to Legalism*, in J. Goldsworthy, *Interpreting Constitutions, a Comparative Study*, 2006, 106, 119–20.

²¹ *Tasmania v. Commonwealth* (1904) 1 CLR 329, 338–39 (Griffith CJ).

²² *Id.*, 359 per O'Connor J., cited *above* at n. 16.

principles required the special nature of a constitutional statute to be taken into account.²³ It was special in two main respects. First, it was not a detailed code, like a Tax Act, so some powers and rights were conferred by implication rather than expressly.²⁴ Secondly, it was intended to establish an abiding system of government able to cope with unpredictable future developments, so legislative powers should be construed broadly.²⁵ But neither consideration was thought to warrant a departure from more fundamental interpretive principles.

Those principles were often acknowledged to require that, until a statute is amended, its words continue to mean what they meant when they were first enacted.²⁶ As Barton J explained, “[t]o attempt to give [the words] a larger meaning is to attempt to alter the Constitution,” which could be legitimately achieved only by referendum.²⁷ Orthodoxy also held the Constitution’s meaning to depend on the context in which it was drafted and enacted, including pre-existing laws and general historical facts. The judges often referred to the intention of the legislature, but also to what was in “the minds of the framers” and of “the people” who had approved the Constitution before its enactment.²⁸ They studied earlier drafts of the Constitution to infer reasons for its final wording.²⁹ They also examined the meanings of words in prior colonial legislation, on the ground that they would have been “in the minds of” the framers.³⁰

Although the Court held that the original meaning of a provision was fixed, it accepted that a provision could apply to novel objects not envisaged by the founders.³¹ The Court borrowed, from John Stuart Mill, the terms “connotation” and “denotation” to designate, respectively, the meaning of a word, and the objects to which it refers. The distinction helps explain many of its decisions. For example, in 1900 people born in Britain were not subject to Parliament’s power with respect to “aliens,” but due to Australia’s later transition to independence, their status changed. The meaning of “aliens” did not change, but its application necessarily changed when the facts changed.³²

The role of historical considerations after 1920 should not be exaggerated. In many cases they played little role. Until 1988, the Court was willing to infer the founders’ intentions and purposes only from a very limited range of material. It often preferred not to gloss the ordinary or natural meaning of the text, especially

²³ E.g. *Attorney-General (NSW) v. Brewery Employees Union of NSW* (1908) 6 C.L.R. 469, 612.

²⁴ *Tasmania v. Commonwealth* (1904) 1 CLR 329, 338 (Griffith CJ).

²⁵ *Jumbunna Coal Mine, No Liability v. Victorian Coal Miners’ Association* (1908) 6 C.L.R. 309, 343, 356.

²⁶ *Attorney-General (NSW) v. Brewery Employees Union of NSW* (1908) 6 C.L.R. 469, 501, 521; see also *R v. Barger* (1908) 6 C.L.R. 41, 68, 116.

²⁷ *Brewery Employees Union*, above n. 26, 521.

²⁸ *Tasmania v. Commonwealth*, above n 24, 343–44 (Griffith CJ), 348 and 351–52 (Barton J), 360 (O’Connor J.). See also *Deakin v. Webb* (1904) 1 C.L.R. 585, 630–31 (O’Connor J.).

²⁹ *Tasmania v. Commonwealth*, above note 24, at 333.

³⁰ *Brewery Employees Union*, above note 26, at 522 (Barton J).

³¹ Stated clearly in Sir G. Barwick, *Foreword* to P.H. Lane, *Lane’s Commentary on the Australian Constitution*, 1986, vii.

³² See J. Goldsworthy, *Original Meanings and Contemporary Understandings in Constitutional Interpretation*, in H.P. Lee, P. Gerangelos (eds), *Constitutional Advancement in a Frozen Continent*, 2009, 245, esp 250, 255–62, 265–66.

when interpreting Commonwealth powers.³³ Sometimes the attribution of a purpose to a provision was little more than dogmatic assertion.³⁴ Nevertheless, as Professor Lane observed in 1979, “the High Court has frequently grubbed around the historical roots of a constitutional term in order to unearth its content.”³⁵

The prohibition on the use of most legislative history in interpreting the Constitution led to some interpretive errors with unfortunate consequences. For example, unwilling to admit historical evidence of the intended meaning of s 92’s elliptical guarantee of “absolute” freedom of interstate trade and commerce, the Court “embarked on an abstract exercise of giving an almost context-free meaning to the words of the section.”³⁶ This turned s 92 into a partial guarantee of *laissez-faire*, rather than the more limited prohibition of state protectionism intended by the founders. Consequently, it became the most litigated provision of the Constitution, an obstacle to the democratic regulation of business by all political parties, a source of bitter political controversy, and the subject of continual judicial disagreement, instability and uncertainty.

In 1988 the Court in *Cole v. Whitfield* restored the section’s historically intended meaning.³⁷ To do so, it reversed its long-standing refusal to consult the published Convention Debates and other historical evidence. But it also insisted that such material could not be used “for the purpose of substituting for the meaning of the words used the scope and effect – if such could be established – which the founding fathers subjectively intended the section to have.” It could only be used to identify “the contemporary meaning of language used, the subject to which that language was directed and the nature and objectives of the movement toward federation from which the compact of the Constitution finally emerged.”³⁸ This is tantamount to the adoption of an “original public meaning”, as opposed to an “original intentions”, version of originalism.³⁹ In other words, it is very similar to the position advocated by contemporary American originalists such as Larry Solum.

This decision led to a substantial increase in judicial enquiries into the original meanings of constitutional provisions.⁴⁰ These are relatively easy to undertake in Australia because of the quantity and quality of historical records of the founders’ deliberations.⁴¹ Overall, the High Court has been more rather than less originalist since 1988, although this has provoked dissent.

³³ P.H. Lane, *The Australian Federal System* (2nd ed), 1979, 1113–14.

³⁴ L. Zines *The High Court and the Constitution* (4th ed), 1997, 450–51.

³⁵ Lane, *The Australian Federal System*, above 33, 1110.

³⁶ M. Coper, *Interstate Trade and Commerce, Freedom of*, in T. Blackshield, M. Coper, G. Williams (eds), *The Oxford Companion to the High Court of Australia*, 2001, 356.

³⁷ *Cole v. Whitfield* 165 C.L.R. 360 (1988).

³⁸ *Id.* at 385.

³⁹ Accord, H. Irving, *Constitutional Interpretation, the High Court, and the Discipline of History*, 41 *Federal Law Review*, 2013, 95, 109; L.K. Weis, *What Comparativism Tells Us About Originalism*, 11 *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 843.

⁴⁰ For data, see *id.* at 113–14.

⁴¹ Especially the Debates of various Constitutional Conventions in the 1890s, now available online at: www.apf.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Records_of_the_Australasian_Federal_Conventions_of_the_1890s.

In 1994, Deane and Toohey JJ began to refer to the Constitution as a “living instrument” or “living force” that should not be constrained by the dead hands of the founders.⁴² From his appointment to the Court two years later, Kirby J mounted a sustained campaign against the principle that the contemporary meaning of the Constitution is the same as its original meaning.⁴³ Instead, “the *Constitution* is to be read according to contemporary understandings of its meaning, to meet, so far as the text allows, the governmental needs of the Australian people.”⁴⁴ But a majority of the Court rejected Kirby J’s arguments. Gleeson C.J. said:

It is in the nature of law that rules laid down in the past, whether the past be recent or distant, bind conduct in the future. It is in the nature of a written, federal Constitution that a division of governmental power . . . agreed upon in the past, binds future governments. . . . [T]he role of a court is to understand and apply the meaning of the terms, not to alter the agreement.⁴⁵

McHugh J insisted that the function of the judiciary was not to “amend or modernise the *Constitution*,” but

to give effect to the intention of the makers of the Constitution as evinced by the terms in which they expressed that intention. That necessarily means that decisions, taken almost a century ago by people long dead, bind the people of Australia today even in cases where most people agree that those decisions are out of touch with the present needs of Australian society.⁴⁶

It was often observed that the proper method for keeping Constitution up-to-date was amendment by referendum.⁴⁷

Although the High Court seems committed to a version of public meaning originalism, it is wary of theories and, in a unanimous judgment, emphatically eschewed any “single all-embracing theory of constitutional interpretation.”⁴⁸ It added that:

Debates cast in terms like “originalism” or “original intent” (evidently intended to stand in opposition to “contemporary meaning”) with their echoes of very different debates in other jurisdictions are not to the point and serve only to obscure much more than they illuminate.⁴⁹

⁴² Goldsworthy, *Australia: Commitment to Legalism*, above note 20, 150–52.

⁴³ *Id.* See also The Hon Justice M. Kirby, *Constitutional Interpretation and Original Intent: A Form of Ancestor Worship?*, 24 Melbourne University Law Review, 2000, 1.

⁴⁴ *Eastman v. R.*, 203 CLR 1, 80 (2000) [242].

⁴⁵ *Singh v. Commonwealth*, 222 CLR 322, 330 (2004) [6]; see also *id.*, [295] (Callinan J.).

⁴⁶ *Re Wakim, e parte McNally* (1999) 198 CLR 511, 549–50 [35]–[39].

⁴⁷ E.g., *SGH Ltd v. Federal Commissioner of Taxation*, 210 CLR 51 (2002), 75 (Gummow J.).

⁴⁸ *Commonwealth v. ACT*, 250 CLR 441, 455 (2013) [14].

⁴⁹ *Id.*

In an earlier case, Gummow J observed that constitutional issues “are too complex and diverse” to be resolved by any one theory, and “are not determined simply by linguistic considerations which pertained a century ago.”⁵⁰

There are probably various reasons for this caution, one being a misunderstanding of what the term “originalism” means. Australian lawyers tend to associate the term with the approach of politically conservative American judges such as the late Antonin Scalia, with whom they prefer not to be associated.

A second reason involves difficulties in applying the established principle that while the meaning of the Constitution’s words cannot change, their application can.⁵¹ Many words cannot be precisely defined by a list of criteria that are necessary and sufficient for their correct application.⁵² Moreover, unexpected developments can reveal that previous beliefs about essential criteria were mistaken (as when the discovery of black swans showed that swans need not be white). Therefore, when a word enacted in 1900 must be applied to later developments unanticipated by the founders, it may be impossible to know what criteria they themselves – had they envisaged those developments – would have regarded as essential to the word’s correct application.⁵³ The solution must lie in their apparent purpose in using the word. Thus, in deciding whether or not modern reforms to jury trials are consistent with the constitutional requirement of “trial ...by jury,” the Court recognized that although the requirement “is referable to that institution as understood at common law at the time of federation,” its “essential features are to be discerned with regard to the purpose which [it] was intended to serve.”⁵⁴

A third reason for caution concerns the right to vote – unsurprisingly, given that judges required to protect rights are especially reluctant to be governed by the moral beliefs of past generations. Australian judges have struggled to reconcile orthodox interpretive principles with their strong intuitive sense that if Parliament were to abolish the right of women to vote, it would violate the constitutional requirement that members of Parliament be “directly chosen by the people.”⁵⁵ The question is not determined by the biological meaning of the word “people”: after all, children are also people in that sense, but cannot vote. The difficulty is that, in 1900, the founders deliberately left it to Parliament to decide whether or not women would be permitted to vote (it decided in 1902 that they could). They must have believed that the term “the people” had a non-biological meaning that permitted a choice either way. But if it did, how in the absence of amendment could it no longer do so today?

Various solutions have been proposed, including the “evolving meaning” gambit.⁵⁶ But the best solution does not require rejecting originalism. When

⁵⁰ *SGH Ltd v. Federal Commissioner of Taxation* 210 CLR 51, 75 (2002) [42].

⁵¹ Text to nn 31-32 above.

⁵² Goldsworthy, above note 32, 257–62.

⁵³ *Id.* 259–60.

⁵⁴ *Ng v. R.*, 217 CLR 521, 526 (2003); see also *Brownlee v. R* 207 CLR 278, 298 (2001).

⁵⁵ *Commonwealth of Australia Constitution*, ss 7 and 24.

⁵⁶ *Roach v. Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162, 180 and 186 (Gummow, Kirby and Crennan JJ).

legislation gave women the right to vote in 1902, they became part of “the people” understood as those members of the community who are civically engaged and participate in public decision-making.⁵⁷ The original meaning of “the people,” thus understood, did not change, but its application did.⁵⁸ Moreover, legislation to reverse that development would now be inconsistent with these crucial social facts of membership and participation, which determine the current application of “the people.”

The complexities and subtleties of originalist approaches to constitutional interpretation can be seen in the way the High Court resolved the question of legislative power to authorize same-sex marriage. The national Parliament has power to make laws with respect to “marriage,” but in 19th Century ordinary usage that word surely meant a union of a man and a woman. If so, it might seem that Australian originalists would have to interpret the word today as excluding national power to authorize same-sex marriages. But the High Court identified a more abstract original meaning: the constitutional term “marriage,” even in 1900, was a “topic of juristic classification” that included “laws of a kind ‘generally considered, for comparative law and private international law, as being the subjects of a country’s marriage laws.’”⁵⁹ It was, in effect, a legal term of art that included legal relationships foreign to British common law, such as polygamy. This enabled Parliament to recognize such foreign relationships as marriages,⁶⁰ and to amend Australian law in accordance with changing mores – which is, after all, a principal purpose of conferring legislative power.⁶¹

It might be objected that the High Court’s attempt to show that its conclusion was consistent with original meaning was strained, barely concealing a desire to update the Constitution to accord with modern values. There are certainly other recent decisions at which that criticism could fairly be aimed.⁶² But in this case, the Court’s conclusion can be supported by an alternative form of originalist reasoning. If the Court was wrong about the original meaning of “marriage,” then the consequence of developments in social mores unanticipated by the founders would be to frustrate their purpose in enacting it. The purpose of granting power over “marriage” to the national Parliament was not to forbid same-sex marriages, and it could not have that effect on any interpretation. That is because if the constitutional term “marriage” were confined to heterosexual marriage, same-sex marriages could be authorized by State legislation. But that would defeat the founders’ purpose of enabling uniform national regulation of a vitally important legal relationship underpinning family life, child rearing and

⁵⁷ P. Emerton, *Political Freedoms and Entitlements in the Australian Constitution – An Example of Referential Intentions Yielding Unintended Legal Consequences*, 38 *Federal Law Review*, 2010, 169, 195–202.

⁵⁸ The meaning of “aliens”, discussed *above* at n 32.

⁵⁹ *Commonwealth v. ACT*, 250 CLR 441, 455 (2013), [14] and 458–59 [20] and [22], quoting Windeyer J in *Attorney-General (Vic) v. The Commonwealth (Marriage Act Case)* 107 CLR 529, 578 (1962).

⁶⁰ *Commonwealth v. ACT*, *above* n 59, 461–62 [32], [33] and [35].

⁶¹ *Id.* at 456–59 [16]–[21].

⁶² See J. Goldsworthy, *Kable, Kirk and Judicial Statesmanship*, 40 *Monash University Law Review*, 2014, 75.

social stability throughout the nation. A new legal relationship of the same kind as heterosexual marriage, sometimes involving custody of children, and its dissolution, would have to be governed by disparate State rather than uniform national laws.

That consequence would be prevented by a version of originalism that permits a word's original meaning to be incrementally extended to give effect to its original purpose. But that form of originalism would admittedly be open to abuse by pitching original purposes at a very high level of abstraction; it would therefore be difficult to confine, and is therefore controversial among originalists. It is no doubt partly due to such complications that the High Court has been wary of openly endorsing *any* particular theory of constitutional interpretation.

Bobbitt's Paradise: Canadian Constitutional Interpretation and Public Meaning Originalism

di Benjamin J. Oliphant

Abstract: *Bobbitt's Paradise: l'interpretazione costituzionale canadese e il Public Meaning Originalism* – In his testimony to Congress, Professor Solum has concisely set out the nature of, and justification for, his preferred method of constitutional interpretation: public meaning originalism. In this reply, the author discusses the extent to which Professor Solum's ideas have found some purchase in Canadian courts. Despite the Supreme Court of Canada's clear commitment to interpreting the constitution like a "living tree", and apparent unanimity on the proper interpretive approach, this consensus may be only skin-deep. While Canadian courts appear to agree that every possible interpretive source may be consulted, they have not provided guidance on when certain considerations (such as text and history) should outweigh others (such as pragmatic considerations and contemporary values). Instead, the courts often appear to pick and choose between various sources or methods of interpretation, in any given case, according to sensibility and conscience. Through a review of the insights contained in Professor Solum's testimony, the author proposes some areas for reflection, and attempts to encourage some principled disagreements on the issue of constitutional interpretation in Canada.

617

Keywords: Constitutional interpretation, Living constitutionalism, Living tree, Originalism.

1. Introduction

As a leading constitutional theorist and originalism's unofficial cartographer, Professor Solum has done as much as anyone to delineate, synthesize, and advance the family of theories that make up the modern originalist oeuvre. I am grateful for the opportunity to respond to his lucid articulation of the contours of and justification for public meaning originalism in his testimony to Congress. However, I am also confident that the other contributors are better equipped than I am to respond with some originality to his underlying ideas. Instead, I will discuss whether and how the ideas that Professor Solum describes translate into the context of Canadian constitutional law.

The fit is imperfect, to put it mildly. The Supreme Court of Canada has consistently endorsed the "living tree" metaphor, which represents a (rather undertheorized)¹ form of living constitutionalism.² The received wisdom has it that

¹ See especially the thoughtful discussion in K.A. Froc, *The Untapped Power of Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (PhD Thesis, Queen's University Faculty of Law, 2015) [unpublished] at 34–60.

some form of constitutional dynamism has always imbued Canadian interpretive practice, at least since Lord Sankey planted the “living tree” into our lexicon in the famous *Persons Case*.³ This commitment to ‘progressive’ interpretation is often taken to represent a wholesale rejection of originalism in Canada, in all its forms.⁴

That conclusion is too simple, for the reasons Professor Solum and others have explained. Like nearly every interpretive theory, public meaning originalism can accommodate at least *some* forms of legal change, and possibly a great deal within the “construction zone”. While there is no question that our Supreme Court is disturbed by the spectre of “frozen rights”, Professor Solum reminds us that originalism does not require that the applications of provisions “remain frozen in time”.⁵ And the very notion of a living tree implies that it has roots and a trunk,⁶ and that growth must be constrained within its “natural limits”.⁷ In short, our penchant for arboreal metaphors does not tell us much about the extent to which public meaning originalism is compatible with Canadian interpretive practice,⁸ so we will have to look more closely.

2. Some Canadian Complications

Before I get there, I should mention a few things that complicate the picture in the Canadian context. First, while structural constitutional review – primarily with respect to the division of powers between federal and provincial governments – has been occurring since 1867, our *Charter of Rights* is relatively new, having just celebrated its 35th anniversary. Whereas US courts are now being asked to excavate the original understanding of provisions passed centuries ago, our courts, at least in dealing with the *Charter*, rarely need a detailed forensic investigation to unearth the ‘original’ understanding of the words. We generally use the same ones

² As our most sophisticated defender of the idea, Professor Waluchow, has recently commented, it can be very difficult to distinguish between Canadian living-treeism and forms of modern originalism: see W. Waluchow, *The Living Tree* in Oliver, Macklem, Des Roches (eds), *Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, 2017 [Oliver et al, *Oxford Handbook*] at 905-906. Notably, Prof Waluchow tends to limit his defence of the living tree to the more abstract, morally-laden, textually-underspecified phrases in the *Charter*: see e.g. W.J. Waluchow, *Democracy and the Living Tree*, 1 Drake Law Review, 1001-1002. However, it is in precisely such circumstances that public meaning originalism may provide no decisive answers: see generally L.B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 Fordham Law Review, 2013, 453.

³ *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 at 136. See e.g. S. Beaulac, *Post-World War I/Quiet Revolution (1920-1970) – Through the Lenses of Legal Interpretations and International Law* in E. Mendes, (ed), *Celebrating 150 Years of Case Law by the Supreme Court of Canada*.

⁴ See generally B. Oliphant, L. Sirota, *Has the Supreme Court of Canada Rejected 'Originalism'?*, 42 Queen's Law Journal, 2016, 107, 111-121.

⁵ Solum, *Testimony*, 9.

⁶ For an incisive treatment, see V. Jackson, *Constitutions as 'Living Trees'? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, 75 Fordham Law Review, 2006, 921, 943-960 (noting that the living tree doctrine “implies constraints as well as evolution”). See also D. M. Brown, *Tradition and Change in Constitutional Interpretation: Do Living Trees Have Roots?*, 19:1 National Journal of Comparative Law, 2005, 33.

⁷ *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 SCR 145 at 156. Notably, esteemed originalist Steven Calabresi recently approved of the metaphor. See National Constitution Centre, “The life and legacy of Justice Antonin Scalia” (Feb 18, 2016) Podcast: *We the People*, at 34:55.

⁸ See B.W. Miller, *Beguiled By Metaphors: The 'Living Tree' and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, 22:2 Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 2009, 331.

today in the same way, and many of the still-leading *Charter* decisions stem from less than a decade after its passage. As a result, a commitment to the *original* public meaning of the *Charter* is not easily distinguished from an adherence to the text, context, and structure of the document itself.

The second complicating factor is that we do not have one written *Charter* in Canada, we have two: one in English, *et une autre en français*.⁹ Neither is treated as a ‘translation’ of the other. They are equally authoritative and equally law.¹⁰ I have not yet thought through how this fact would fit into an originalist model, but my instinct is that it would be considered a welcome complication. Our interpreters have not one but two sets of textual clues, which they must try to reconcile in a sensible manner; ambiguities and even vagueness that may bedevil interpreters can sometimes be resolved by addressing oneself to the other, co-equal, constitutional language.

Third, and perhaps most significantly for my purposes, one generally does not see Canadian judges consciously adhering to any particular interpretive methodology, beyond the obligatory and ritual nods to the “living tree” and other Canadian interpretive pieties.¹¹ It is more common for judges to pick and choose between interpretive approaches as appears to suit a particular case. For instance, a Justice may unequivocally reject originalism in one case,¹² while dissenting in another on the basis that the majority exceeded what was originally intended.¹³ Judges may endorse a particular interpretation because it was “within the contemplation of the framers of the *Charter*” in one sentence, and because the “*Charter*, as a living document, grows with society and speaks to the current situations and needs of Canadians” in the very next.¹⁴ And among the most conspicuously originalist judgments of the past few decades¹⁵ was written by the Canada’s most forceful judicial critic of originalism.¹⁶

⁹ This nearly exhausts my knowledge of Canada’s other official language, to my embarrassment.

¹⁰ See generally The Hon. M. Bastarache et al, *The Law of Bilingual Interpretation* (Toronto: LexisNexis, 2008), c. 3, part 1.

¹¹ See e.g. *R v. Comeau*, 2016 NBPC 3, discussed in more detail in Professor Sirota’s contribution to this symposium, where the court began by singing from the Canadian constitutional hymnal (‘living tree’, ‘purposive’, ‘large and liberal’, etc.) only to employ an analysis that was conspicuously originalist.

¹² *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 SCR 327 at 409, Iacobucci J., dissenting (“This Court has never adopted the practice more prevalent in the United States of basing constitutional interpretation on the original intentions of the framers of the Constitution”).

¹³ *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 SCR 929 at para 5, Iacobucci J., dissenting (describing the majority approach as one that “differs substantially from my own, which focuses on the intention of those who drafted the *Charter*.”)

¹⁴ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27 at para 78.

¹⁵ *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, Binnie J. (basing the judgment on the originally understood meaning of the word “Indian”, and noting that “this Court is not free to invent new obligations foreign to the original purpose of the provision at issue”, that the “analysis must be anchored in the historical context of the provision”, and that “[g]enerous’ rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse”).

¹⁶ See e.g. *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53 at para 89, Binnie J., dissenting (“Canadian courts have never accepted the sort of ‘originalism’ implicit in my colleague’s historical description of the thinking in 1867.”) See also Oliphant & Sirota, *supra* at 113 n 25, 119 n 60-61.

I do not mean to single out these excellent judges; they are not alone. Our Supreme Court, and as far as I can tell, each individual judge, is unabashedly pluralistic and eclectic. We do not have different judges offering rival interpretive approaches, but rather the same judges adopting different approaches from one case to the next. As a result, my attempt to briefly assess the extent to which originalism has some purchase in Canada is likely doomed from the outset. But since we are all here, I will try nonetheless.

3. Canadian Constitutional Interpretation in a Nutshell

In terms of interpretive practice, all of the common ‘modalities’ of constitutional argument – text, history, intention, purpose, structure, values, precedent, pragmatics, and much else – are regularly employed in Canada, as they are elsewhere. What is interesting, however, is that no obvious effort is made to structure their use or articulate a process by which one is preferred to the others, which is typically the role an interpretive theory would play. Instead, the courts will often agree on a medley of every potential interpretive source at once, sometimes articulated in a flurry, and normally without explaining how they all fit together or to what end.

By way of example, a majority of the Supreme Court recently noted, in the span of a few paragraphs, that the Constitution is not “an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time”; while it must be interpreted in a “large and liberal manner”, “purposively” and “remedially”, we must also focus on the “primacy of the written text”, the “design of our constitutional structure”, and stay “anchored in the historical context of the provision”.¹⁷ The dissenting judges did not disagree expressly with any of those principles, but instead produced an equally diverse recipe of its own, advocating “a broad and purposive reading” that “must clearly be rooted in the words of the provision in question” as “understood in their proper linguistic, philosophic and historical context”, with an effort to achieve “the intent of the makers of our Constitution”.¹⁸ Neither judgment so much as mentioned the words ‘living tree’ or ‘progressive’, despite considering a constitutional text enacted a century and a half ago.

At the same time, orthodoxy has it that the Canadian Constitution is a “living document”. It requires an “evolutionary interpretation” by which a “judicial ruling changes the existing law or creates new law”.¹⁹ Notwithstanding the importance of history, we are told that “the meaning of the words used may be adapted to modern-day realities”²⁰ and in order to “reflect advances in human understanding”.²¹ Notwithstanding our insistence on the primacy of the text, we have judicially enforceable unwritten constitutional principles,²² and have asserted

¹⁷ *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56 at paras 34–37.

¹⁸ *Ibid* at paras 216–220.

¹⁹ *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10 [*Hislop*] at paras 93–108.

²⁰ *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56 at para 10 [*EI Reference*].

²¹ *Hislop*, *supra* at para 114.

²² *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217 at paras 53–54.

that we must enforce principles that exist “beyond the words” of a particular *Charter* provision.²³ Notwithstanding the importance of constitutional structure, the courts must undertake a “constant adjustment process”²⁴ with respect to the meaning of constitutional provisions that are “essentially dynamic”.²⁵

If anyone can divine a coherent interpretive philosophy out of these scattered bones I would be indebted. It seems to be everything and nothing at once. To be clear, my point is not that the propositions standing alone are indefensible, nor that they cannot all play a role in a coherent interpretive approach. My point is that the Court tends to state them all in a single breath, at a high level of abstraction, and then pick and choose between them as seems appropriate. We typically are not told why, in one case, we must stay clearly rooted in the written text and its historical confines, while in another case we must go beyond the text or adapt its meaning to speak to modern realities. We are, in short, a Bobbitian paradise, where the choice between interpretive sources in any given case appears guided by the dictates of conscience.²⁶

In light of the above, it would be easy enough to conclude, as most Canadian scholars have, that Lord Sankey banished originalism from our shores as St. Patrick did the snakes from Ireland, but I think that misses an important part of the picture. It is exactly our penchant for interpretive pluralism that we not infrequently come across strong notes of originalist reasoning throughout our history, both before and after the *Charter*.²⁷

One reason we find so many examples of originalist reasoning in the heartland of living constitutionalism is, I suspect, because public meaning originalism is nearly indistinguishable from the orthodox principles of statutory interpretation endorsed by the Privy Council and Canadian courts for centuries.²⁸ I am fond of Lord Reid’s helpful articulation:

We often say that we are looking for the intention of Parliament, but that is not quite accurate. We are seeking the meaning of the words which Parliament used. We are seeking not what Parliament meant but the true meaning of what they said. (...)

One must first read the words in the context of the Act read as a whole, but one is entitled to go beyond that. The general rule in construing any document is that one should put oneself “in the shoes” of the maker or makers and take into account relevant facts known to them when the document was made. The same must apply to Acts of Parliament subject to one qualification. An Act is addressed to all the lieges and it would seem wrong to take into account anything that was not public

²³ *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37 at para 19. And see Benjamin J Oliphant, “Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2015) 65:3 UTLJ 239 [Oliphant, “Purposivism”].

²⁴ *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 SCR 357 at para 11.

²⁵ *El Reference*, *supra* at para 9.

²⁶ P. Bobbitt, *Constitutional Interpretation*, 1991, 178-86.

²⁷ See generally L. Sirota, B. Oliphant, *Originalist Reasoning in Canadian Constitutional Jurisprudence*, 50:2 UBC Law Review, 2017, 505.

²⁸ See especially J. Goldsworthy, G. Huscroft, *Originalism in Canada and Australia: Why the Divergence?*, in R. Albert, D.R. Cameron (eds), *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*.

knowledge at the time. That may be common knowledge at the time or it may be some published information which Parliament can be presumed to have had in mind.²⁹

I think this passage nicely captures the basic premise of Professor Solum’s originalism – that interpretation is constrained by the meaning of words as understood at the date of passage – and we should not be surprised that these principles have infused Canadian interpretive practice to some extent, including with respect to the constitution.³⁰ Even leaving aside the long history where the application of the orthodox principles was unquestioned, one returns in particular to the seminal *Charter* decisions, where the Courts would generally downplay specific evidence of what was *meant*, but would rather closely scour the text and context of a particular provision to try to sort out what was *said*.

One telling example is the *Motor Vehicle Reference*, in which the Court held that the term “principles of fundamental justice” included substantive principles of justice, rather than just procedural ones.³¹ The Court famously refrained from relying on the framers’ intentions to the contrary, as expressed in the testimony of the drafters of the provision; however, so might originalists like Professor Solum, who notes that while those intentions might supply some evidence, the meaning of the text does not derive from what the framers thought it should mean.³²

I choose the *Motor Vehicle Reference* advisedly, as it is commonly taken to sound the death knell for originalism under the *Charter*, and has been the wellspring of an especially contentious and active body of case law.³³ Even our most highly (and deservedly) esteemed constitutional oracle, Professor Hogg, who is generally dismissive of ‘originalism’ and supportive of ‘progressive interpretation’, argues that the Court should not have so blithely rejected the clear intention of the framers in this particular instance.³⁴

I must confess that, like Lord Reid, I am not particularly drawn to this position, at least as a matter of interpretive obligation. In my view, constitutional drafters must speak clearly if they want to be heard clearly, both by the public’s representatives voting on the constitution and later by the courts interpreting it. While interpreters should not be quick to stretch or misread an idea clearly communicated, it is not obvious to me that they should prefer one reading of opaque language solely because that may be how certain drafters might prefer it to be read. If the drafters wanted to ensure procedural protections only, they could have very easily said so; they might have used the common term “natural justice”, or more radically, the word “procedural” at some point. They did not use terms

²⁹ *Black-Clawson International Ltd v. Papierwerke Waldhof-Aschaffmburg A-G* [1975] AC 591 at 613.

³⁰ On the links between Canadian statutory and constitutional interpretation, see Stéphane Beaulac, *Constitutional Interpretation: On Issues of Ontology and of Interlegality*, in Oliver et al, *Oxford Handbook*, *supra*.

³¹ *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 SCR 486. Discussed in more detail in Oliphant & Sirota, *supra* at 138-142.

³² Solum, *Testimony*, at 2.

³³ Section 7 has been aptly referred to as the *Charter’s* “problem child”. See J. Cameron, *From MVR to Chaoulli v. Quebec: The Road Not Taken and the Future of Section 7*, 34 *The South Carolina Law Review*, 105.

³⁴ See P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed (Toronto: Carswell, looseleaf) at §60.1 (e-g).

with clear meanings to express their purportedly clear intention, but rather obtained a consensus to enact the grandiose and pregnant phrase “principles of *fundamental justice*”.

While some may see the analysis in the *Motor Vehicle Reference* as a smoke screen, it strikes me as a genuine effort to get to the bottom of how a reasonably well informed member of the public, or perhaps a lawyer acquainted with the orthodox principles of statutory interpretation, would understand the terms in context.³⁵ Justice Binnie later explained that the decision was justified based on the “common meaning of words”, adding that “if someone handed a judge an apple and called it a banana the judge would still be required by his or her oath of office to fearlessly declare it to be an apple”.³⁶

I suspect that public meaning originalists would normally agree, and indeed, from the perspective of public meaning originalism, the Court’s reference to the “living tree” in *Motor Vehicle Reference* seems to be of the unobjectionable sort. It was used to disavow heavy reliance on drafters’ intentions or expected applications, not the original understanding of the words placed in context, which could not have evolved much from the day of passage of the *Charter* only a few years prior. That is, the Court did not hold that while the disputed phrase “principles of fundamental justice” *now* includes substantive protections, it might *later* mean only procedural protections or something else entirely; rather, it held that in determining which understanding was correct, evidence of the intentions of the drafters should not be given controlling weight in the balance, particularly where those ran contrary to what the Court considered to be the best (and necessarily still “original”) understanding of the text and structure of the *Charter* itself.

Overall, there is no shortage of decisions in Canada adopting forms of originalism,³⁷ and equally no shortage of decisions which reject its core precepts.³⁸ My concern is that we are never really told when or why one should give way to another, which risks turning constitutional interpretation into a glorified shell game. Each interpretive canon has a counter-canon,³⁹ and so interpreters at least appear to be entirely liberated. And without any theoretical grounding or apparent desire to find one, the litany of interpretive principles are employed to the extent they are considered suitable to the context (or, for cynics, convenient to reach a favoured result), and otherwise ignored.

What is interesting in this is not that the Court as a whole has been inconsistent, which is to be expected, but that one cannot easily identify any

³⁵ This is not to say that the Court was necessarily successful in its various textual and contextual inferences in that case, just that the types of arguments it used would be quite familiar to a public meaning originalist. See generally Oliphant, Sirota, *supra* at 138-141. Nor is it to say that, having concluded that the term “principles of fundamental justice” does not indicate procedural protections only, that the Court has been altogether successful in the course of constitutional ‘construction’. See e.g. the indictment set out in Cameron, “The Road Not Taken”, *supra*.

³⁶ This is attributed to the author of the principal judgment in the *Motor Vehicle Reference*, Justice Lamer. See Binnie, “Original Intent”, *supra* at 351.

³⁷ Perhaps the most notable example in the context of the *Charter* has been the steadfast exclusion of property rights, which has been defended exclusively on originalist grounds: see Sirota, Oliphant, *supra* at 552-553.

³⁸ Sometimes in the same judgment: compare *Hislop*, *supra* at paras 94-95, and at paras 72-73.

³⁹ Sirota, Oliphant, *supra* at 564-565.

interpretive fault lines between judges. I wonder to what extent that is an indication of an analytically stable consensus, as opposed to an indication that everyone can agree when nothing meaningful enough to provoke controversy is being said.⁴⁰

4. Professor Solum's Lessons

Whether or not one ultimately adopts Professor Solum's preferred interpretive approach, a consideration of the ideas set out in his testimony might go some ways towards confining the vast degree of interpretive discretion in Canada, if we were so inclined. I want to highlight three lessons in particular.

First, we might benefit, at least in some contexts, from an attempt to distinguish between 'interpretation' and 'construction'; between growth and dynamism *within* the original understanding of the words as opposed to shifting *between* different meanings; between attributing a meaning to words and creating doctrine to put that meaning into effect.

This point might be illustrated by discussing the dominant interpretive approach in the context of the *Charter*: "purposivism". The 'purposive approach' as originally articulated required interpreters to turn their minds to "the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*".⁴¹ This contains all of the interpretive tools that an originalist might advise using, by prescribing interpretations that, while not overly narrow or technical,⁴² are nonetheless grounded in the written word "placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts".⁴³

However, because we have always conflated the tasks of interpretation and construction, the purposive approach has been a coat of many colours in practice. The courts frequently will use 'purposes' derived from textual, contextual, structural and historical markers to resolve narrow textual ambiguities (i.e. 'interpretation') or to develop doctrine within vague text (i.e. 'construction'), both of which a public meaning originalist could accept. But 'purposivism' is also used to stretch and enlarge the meaning of the text so as to better achieve its purpose, and sometimes, to enforce stand-alone, judicially-identified purposes. This leaves the courts with an enormous amount of power to add or subtract to the Constitution as seems necessary to achieve broad political goals or advance moral values, any

⁴⁰ I should issue a disclaimer here: it is of course easy for me, as someone who bears no burden of power or responsibility to the population, to grouse from the sidelines, and demand unbending commitment to principle, come what may. I do not intend to stop grouching because of that, but I do recognize how difficult the task of constitutional interpretation is, and how much more difficult that task would be when your answers matter in the real world.

⁴¹ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at 344 [*Big M Drug Mart*].

⁴² As many originalists would advise. See e.g. A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, 1997, 23 ("A text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means") and J. Goldsworthy, *Interpreting the Constitution in its Second Century*,²⁴ Melbourne Law Review, 2000, 677, 687-689 (criticizing interpretive 'literalism' as "narrow, formalistic and obstructive").

⁴³ *Big M Drug Mart*, *supra* at 344.

number of which can be found latent in any modern Constitution.⁴⁴ And because we do not consciously distinguish between the tasks of attributing meaning to words and subsequently applying those meanings in concrete cases, “purposivism” can function as a distracting buzzword, which tends to paper-over the more nuanced interpretive debates that, I suggest, we should be having.

Second, the coherence of Canadian interpretive practice has suffered from the false dichotomy so common in political debates, if no longer in sophisticated legal ones, between utter constitutional rigidity and unbounded flexibility. All forms of constitutional change – for instance, the need to accommodate constitutional provisions to new technology – are taken as a refutation of originalism *tout court*.⁴⁵ We sometimes believe that we must either have a constitution that can apply to modern circumstances or one that requires horse-drawn carriages to have the right of way on public roads.⁴⁶ As Professor Cameron has argued:

the ‘living tree’ doctrine has over the years provided a rationale for granting the Constitution as liberal an interpretation as possible. Otherwise, as the Court suggested in *Secession Reference*, the text would place the Constitution in a straightjacket. And there is little to choose between a living tree and a straightjacket.⁴⁷

Until we can break free of this mythical dichotomy, which Professor Solum helpfully challenges,⁴⁸ I do not expect we will make it far in bringing some coherence or consistency to the task of constitutional interpretation in Canada, should we want it.

The final lesson I want to highlight is an implicit one: that originalists like Professor Solum have carefully described what they believe the object of the interpretive inquiry is and should be. They have explained why, in their view, the original public meaning is the proper focus of attention, what its limits are, and how each of the modalities ‘fit’ into the overall project.⁴⁹ Our difficulty in Canada is that we do not seem sure what we are looking for, and therefore cannot say whether or to what extent a particular interpretive data point will help us find it. It is often a practice disconnected from an objective.⁵⁰ For those who think that

⁴⁴ See generally Oliphant, “Purposivism”, *supra*.

⁴⁵ See e.g. *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79 at para 23.

⁴⁶ I did not make this example up. See S. Fine, “Retired Canadian jurists respectfully dissent from Scalia’s approach, style” *Globe and Mail* (February 15, 2016) (“Horses used to have the right of way on the road,” John Major, a retired Canadian Supreme Court judge, said, using some sarcasm of his own, to explain why he never accepted Justice Scalia’s originalism. “There came a time when courts thought maybe cars should have the right of way.”)

⁴⁷ J. Cameron, *The Written Word and the Constitution’s Vital Unstated Assumptions*, in Thibault, Pelletier, Perret (eds), *Essays in Honour of Gerald A Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism*, 2002, 112.

⁴⁸ Both briefly in his testimony, and in more detail elsewhere: see e.g. L.B. Solum, *Faith and Fidelity: Originalism and the Possibility of Constitutional Redemption*, 91 *Texas Law Review*, 2012, 147; L.B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*, 27 *Const. Comm.*, 2010, 95, 115-118.

⁴⁹ See e.g. K. Whittington, *On Pluralism within Originalism*, in Huscroft, Miller (eds), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, 2011.

⁵⁰ See the discussions in M. Berman, K. Toh, *Pluralistic Nonoriginalism and the Combinability Problem*, 91 *Texas Law Review*, 2013, 1739, and C. Green, *Constitutional Truthmakers*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2017.

originalists like Professor Solum are searching for the wrong thing, it may be helpful to propose an alternative target,⁵¹ so we can see where it leads us.

5. Conclusion

I do not anticipate a robust debate on these issues blossoming in Canada anytime soon. That occasion may have to await a less circumspect Supreme Court affixing large branches to the Constitution, or lopping them off, in a way that shifts us away from a relatively mild centrism within our political climate. In the meantime, I suspect that Professor Solum's insights, and the healthy debate that originalism has generated elsewhere, will pass us by. Most appear content with a discretionary cornucopia of abstract interpretive principles to be prioritized, expanded, narrowed, rejected, or ignored, in any given case, often without explanation on the plane of principle, provided that the courts use its discretion thoughtfully and conscientiously, as ours almost always do. Indeed, if the measure of interpretive wisdom is a sort of case-by-case sensibility – using the various modalities of argument as they appear suitable to a particular interpretive problem and in order to reach an attractive result – I think our Supreme Court tends to do rather well on that metric, at least a lot of the time. The hard question is whether we can, or should, expect more than that.

⁵¹ Or, perhaps, stop pretending there *is* a target, as we commonly do. See e.g. *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59 at para 42 (“In defining those constraints, the Court does not impermissibly venture into territory that is the exclusive turf of the legislature. Rather, the Court is ensuring that *the Constitution* is respected.” [emphasis added]).

Is Proportionality Analysis Consistent with Originalism?

di Michael B. Rappaport

Abstract: *L'analisi di proporzionalità è coerente con l'originalismo?* – While it is often thought that proportionality analysis (PA) and originalism are inconsistent with one another, this essay argues that the two approaches do not necessarily conflict. The reason is that originalism and PA are focused on different things. Originalism is an interpretive method that attempts to determine and apply the original meaning of a constitution. PA, by contrast, is a method mainly for analyzing rights under the fundamental law. If the original meaning of the constitution requires PA, then the two approaches will coincide. If the original meaning requires something other than PA, then the two will conflict. The real question, then, is not whether the two approaches conflict or coincide in general, but whether the original meaning of a particular constitution requires or permits PA. This essay develops these points. It starts by showing that originalism is not necessarily inconsistent with PA. It then explores the changes in originalism in recent years and some of the different types of originalism. It then explains how several constitutions throughout the world, which do not explicitly allow PA, might or might not, depending upon the details, be understood to require or permit PA.

627

Keywords: Constitutional interpretation; Originalism; Proportionality analysis.

1. Introduction

It is often thought that proportionality analysis (PA) and originalism are inconsistent with one another – and perhaps are even opposites. According to this view, originalism embraces a limited role for judges – one that restricts judges to following an original meaning that significantly constrains them. By contrast, PA is often thought to embrace an expansive role for judges, who will be operating more as partners, rather than agents, of the lawgiver in implementing the values of the polity. These apparent differences are reinforced by the different places these approaches apply: originalism is very influential in the United States and sometimes said not to exist in the rest of the world, whereas PA is probably the dominant approach in Europe and is followed in many other countries.

But this view of the relationship between originalism and PA is mistaken. PA and originalism do not necessarily conflict – sometimes they do conflict but sometimes they coincide. The reason is that originalism and PA are focused on different things. Originalism is an interpretive method that attempts to determine and apply the original meaning of a constitution. PA, by contrast, is a method mainly for analyzing rights under the fundamental law. If the original meaning of the constitution requires PA, then the two approaches will coincide. If the original meaning requires something other than PA, then the two will conflict.

The real question, then, is not whether the two approaches conflict or coincide in general, but whether the original meaning of a particular constitution requires or permits PA. We can distinguish several cases. In some cases, the original meaning of the constitution will clearly require PA, as when it explicitly provides for PA. Far from conflicting, in these cases originalism will mandate PA. In other situations, it will not be clear on the face of the law whether originalism requires or allows PA. Determining whether originalism requires or allows PA will necessitate a closer investigation into the constitution. Under some constitutions, originalism may require PA; under others, originalism may allow but not require PA; and under yet other others, originalism may forbid PA. The answer will also depend on the type of originalism that is being applied.

This essay develops these points. It begins with a discussion of originalism and PA, showing that originalism is not necessarily inconsistent with PA. It then explores the changes in originalism in recent years and some of the different types of originalism. It then explains how constitutional provisions that do not explicitly allow PA might or might not, depending upon the details, be understood to require or permit PA.

2. Originalism and Proportionality Analysis

Let us begin with originalism, which is the view that a constitution should be interpreted in accord with its original meaning. It is now generally recognized that originalism as an approach to constitutional interpretation has changed over the last several decades. During this period, originalism has remained consistently interested in finding and applying a constitution's original meaning. But it has changed in other ways. While the "old originalism" focused on the original intent of the lawgivers as the method for determining the original meaning, the newer versions have focused on other indicia, such as original public meaning and original methods. I will discuss these different approaches below.

Another important change involves the question of judicial constraint. The old originalism, through a variety of techniques, sought to ensure that judges were significantly constrained by a constitution's original meaning – that judges did not have discretion to inject their own policy views into constitutional decisions.

Newer versions of originalism, however, have abandoned this focus on judicial constraint. Under the newer versions, it is recognized that the key question is what the original meaning of a constitutional provision is. If the provision has a determinate meaning, then it will significantly constrain judges who adhere to originalism. If the meaning is more permissive – if it is less clear or confers more discretion – then it will impose less constraint on judges. But even if the original meaning is permissive, originalists recognize that this is the constitution's original meaning and that it should be enforced.

It is true that some originalists may not believe that permissive provisions are normatively desirable. But originalists hold that there is a key distinction between the constitution's original meaning and what is normatively desirable. Originalists generally believe that the original meaning of a constitution should be enforced, even if a judge believes it is undesirable, except under extraordinary

circumstances (such as that the constitution is so bad that it cannot command allegiance).

Now consider PA. PA involves a common analytic framework that is used to give content to human rights. While this framework may differ a little in different countries, one useful formulation taken from a recent book is the following:

1. Does the legislation (or other government action) establishing the right's limitation pursue a legitimate objective of sufficient importance to warrant limiting a right?
2. Are the means in service of the objective rationally connected (suitable) to the objective?
3. Are the means in service of the objective necessary, that is, minimally impairing of the limited right, taking into account alternative means of achieving the same objective?
4. Do the beneficial effects of the limitation on the right outweigh the deleterious effects of the limitation; in short, is there a fair balance between the public interest and the private right?¹

As applied by different courts, PA appears to confer significant discretion on judges. The discretion can exist at each of the different stages of the analysis.

While PA might be criticized by some as conferring excessive discretion on judges, that is not the key issue in determining whether it is consistent with originalism. Under the newer versions of originalism, the question is whether PA is either required or allowed under the original meaning of the constitution.

And the answer to this question is sometimes a clear yes. Consider the limitation clause of the South African Constitution, which, both its text and history suggest, adopts a version of proportionality analysis.² The text of 36(1) provides:

1. The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including -
 1. the nature of the right;
 2. the importance of the purpose of the limitation;
 3. the nature and extent of the limitation;
 4. the relation between the limitation and its purpose; and
 5. less restrictive means to achieve the purpose.

Another example of an explicit adoption of PA, based on both text and history, is the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which was adopted by the Treaty of Lisbon. The Charter included a limitation clause that specifically noted that limitations were governed by “the principle of proportionality.”³

¹ Proportionality and the Rule of Law 2 (Eds. Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Gregoire Webber 2014).

² Constitution of the Republic of South Africa Ch. 2, §36 (1996).

³ Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, ¶ 8, Dec. 13, 2007, 2007 O.J. (C 306) 1, 13. See also A. Stone Sweet, J.

While examples like these, in which originalism requires PA, are often overlooked, they clearly show that originalism and PA are not always incompatible. Still, once they are reflected upon, their result might seem obvious and trivial.

But the consistency of originalism and PA extends beyond explicit provisions. The most interesting cases involve constitutions that do not explicitly address the question of whether to apply PA or some other type of analysis. In these cases, could PA still be legitimate under originalism?

3. Types of Originalism

To address this question, it is necessary to discuss some of the different originalist approaches that have been developed in recent years. The discussion can be limited to three approaches: original intent, original public meaning, and original methods.⁴

The earliest of these approaches is original intent, which argues that the meaning of a constitutional provision is the one the lawgivers intend. While this was the dominant approach in the early years of the originalist revival in the United States in the 1960s and 1970s, it was soon supplanted by the original public meaning approach. Under this latter approach, the original meaning turns on how a reasonable and knowledgeable person at the time would have interpreted the language of a provision in context. This approach requires one to look to the language rules at the time, since a reasonable and knowledgeable person would follow those rules.

A third approach is that of original methods originalism. Under this view, the interpreter follows the interpretive rules that would have been deemed applicable to the constitution at the time of its enactment. For example, if the dominant way of interpreting a constitution at the time would have looked to the original intent, then original methods would require an original intent approach. Similarly, if the dominant way of interpreting a constitution would have looked to the contemporary meaning rather than the original meaning of the terms, then original methods would require that. Thus, original methods might require that a nonoriginalist interpretive method be followed depending on the interpretive rules at the time of the constitution's enactment.⁵

Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 73, 141.

⁴ For a discussion of the three approaches, see J.O. McGinnis, M.B. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, 2013.

⁵ By listing original methods originalism as a third form of originalism, I do not mean to suggest it is necessarily distinct from original public meaning. In my view, starting with an original public meaning approach leads to original methods, because a knowledgeable and reasonable reader would employ the applicable interpretive rules to the document. A similar point applies concerning original intent leading to original methods. But to keep the exposition simple in this short essay, I list original methods as a separate approach.

4. Situations in which a Constitution Does Not Explicitly Require Proportionality Analysis

With this understanding of the different types of originalism, we are now in a position to discuss whether and, if so, when originalism requires or allows PA for constitutional provisions that do not explicitly adopt it. There are several situations worth exploring.

A. Original Public Meaning

First, one can imagine a constitutional provision that does not explicitly adopt PA, but that includes PA as part of its meaning. One way that this could occur is if a provision is adopted that was previously understood in a law or a different legal system as requiring PA. One possible example involves the limitation provision of the New Zealand Bill of Rights Act (NZBORA). While this is a statute, rather than a constitutional provision, it is quasi-constitutional in that it purports to limit all branches of government, including the legislature.⁶ The statute states that it does not render ordinary legislation invalid, but it does require that such legislation be interpreted, if possible, in accord with the Act.⁷

The limitation clause in the Act is taken from the limitation clause of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.⁸ While it is not clear that an originalist would have interpreted the Canadian limitation clause to incorporate PA,⁹ by the time that the NZBORA was adopted, that language had been read to require PA. Thus, there is a strong case to be made that the NZBORA adopted the same PA that the Canadian courts had found under the Canadian limitation clause. After all, the NZBOA had used the same exact language that Canada had famously interpreted to require PA.

As with other interpretive claims in this essay, I am not making a definitive claim about the original meaning of the NZBORA. That would require a great deal of research and much longer discussion. My main point is that, based on some obvious features of the Act, it appears that the original public meaning of the NZBORA might adopt PA, even though it is not the explicit meaning of the law.

B. Original Methods

A second way that the meaning of a provision that does not explicitly adopt PA might still require such analysis involves the original methods approach. Under original methods, an interpreter follows the interpretive rules that were deemed applicable to the constitution at the time of its enactment. One can imagine a legal system in which rights provisions were traditionally protected by PA, even though those provisions did not textually suggest that PA should be applied. In that legal system, it would be assumed that rights provisions would be given content using

⁶ New Zealand Bill of Rights Act §3 (1990), available at www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html.

⁷ *Id.* §§ 4, 6.

⁸ Compare *id.* §5. with Canadian Charter of Rights and Freedoms §1 (1982) (both measures state that the rights are “subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”).

⁹ See *infra*.

PA. Interpreting rights provision using PA would then be an “original interpretive rule” that should be followed when giving meaning to a provision. The persons writing the provisions in such a legal system would presumably both intend and expect that it would be applied using PA.

One possible example of an original interpretive rule that could give content to rights using PA involves the German Basic Law. While the German Basic Law did not explicitly provide for PA, a type of PA had existed under German administrative law.¹⁰ If this earlier proportionality type analysis was sufficiently influential, it might have been thought to apply to the rights written in the German Basic Law. The strength of this inference would depend on a variety of factors, including whether there was an alternative approach available in the legal system for interpreting rights provisions.

Once again, I do not want to suggest that this argument shows that the original meaning of the German Basic Law requires PA. My point is that, if there was an original interpretive rule applying PA to human rights provisions in the German legal system, it might have justified PA under the Basic Law.¹¹

C. Delegation to the Judges

A third possible way that PA might be justified under originalism is if the applicable interpretive rules allow judges to select the doctrinal tests that will determine the content of provisions. Imagine that under a legal system, no particular interpretive method is applied to provisions to decide on the doctrinal test for giving content to a provision. Instead, the legal system, at the time of the constitution’s enactment, understands a provision that does not have a doctrinal test explicitly or implicitly attached to it as involving a delegation to the court to decide the best doctrine for implementing the provision.

This third approach differs from the previous two in a significant way. Under the previous two approaches, the original meaning requires PA. By contrast, under this approach, the judges get to choose what doctrine to follow and they choose PA. Thus, under the former approaches, the originalist would argue that the constitution requires PA. But under the third approach, the originalist would argue that the constitution does not require PA. The constitution authorizes the judges to make the decision and, if the judges choose PA, then the constitution requires that choice to be followed. But the constitution does not require PA and originalists (as well as others) might criticize the judge on normative grounds for choosing PA.

¹⁰ Sweet, Maxwell, *supra*, at 98-104.

¹¹ It might be argued that the approach to originalism in this article is problematic, because it permits a kind of originalism in which judges might end up following nonoriginalism. If the interpretive rules allowed judges discretion on how to interpret provisions, then that would be nonoriginalism, not originalism. But this objection is mistaken. Originalism is about following the original meaning. If the original meaning allows judicial discretion, that is what originalism requires. Certainly, if the constitution explicitly conferred judicial discretion, it would be clear that originalism required it. Similarly, if the original public meaning or the original methods implicitly require such discretion, the same result obtains – judges should have discretion.

Once again, it is not clear there is a real world example of this approach. But one possibility involves the living tree doctrine under Canadian Constitutional Law, which was first announced under the Constitution Act, 1867 and then applied to the Canadian Charter of Rights and Freedoms.¹² The living tree doctrine allows for progressive interpretation of constitutional provisions to take into account changes in modern life. Since the doctrine existed prior to the Charter of Rights and Freedoms, it might have been assumed to apply to the Charter. While the doctrine normally applies to constitutional interpretation of substantive matters, such as the meaning of “person,” one could imagine it being applied to doctrinal tests. Under this view, the living tree would allow judges to select a doctrinal test, such as PA, that made sense for human rights under the Canadian Charter. And if that were the case, then the Canadian Supreme Court was allowed to develop PA, even though they were not required to do so.

5. Situations in Which the Original Meaning Prohibits PA

While I have discussed several possible ways that originalism might require or permit PA, there are many situations in which it may not. If the fairly specific conditions I have identified for inferring PA under originalism do not hold, there is a very good chance that PA is prohibited. In fact, many of the situations I have used as examples where PA might be inferred, such as Germany and Canada, may turn out, upon closer examination, to be examples where originalism did not require or permit PA. Ultimately, to determine whether the original meaning implicitly proscribes PA, one would need to carefully study the original public meaning of a constitution and the interpretive rules that existed in a regime. The likely result of these studies would indicate that some of these regimes adopted PA in accord with originalism, while others adopted it in violation of originalism.

6. Conclusion

Ultimately, then, originalism and PA are not necessarily inconsistent. Originalism not only requires PA in cases in which the constitution explicitly adopts such analysis, but may also implicitly require or permit PA in a variety of cases. Without exploring the constitutional provisions and the legal system in detail, it is hard to know how many places where PA is employed are doing so consistently with originalism. But simply because a legal system employs PA does not necessarily mean it is not originalist.

Of course, it is also true that, just because a legal system employs PA consistently with originalism, does not mean that the legal system overall is originalist. For example, a textually explicit requirement to use PA might be perfectly consistent with originalism, but the judges that apply that provision might still not be originalists if in other cases they do not follow the original meaning or they would employ PA even if it were not the original meaning. Thus, one might still conclude that the European Court of Justice is not originalist, even

¹² B.W. Miller, *Beguiled by Metaphors: The “Living Tree” and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, 22 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2009, 331.

though application of PA to the Charter of Human Rights is consistent with originalism. But the fact that the court employs PA, and such PA appears to give judges significant discretion, is not necessarily evidence that the court is nonoriginalist.

More v Roper: A Comment on Lawrence Solum's Defence of Originalism

di Léonid Sirota

Abstract: *More v Roper: a commento della difesa di Lawrence Solum's dell'originalismo*

– Constitutions can be seen either as defensive mechanisms for protecting liberty, as suggested by the metaphor of entrenchment, or as weapons to eliminate injustice, as suggested by the metaphor of striking down unconstitutional legislation. In his statement on originalism in support of then-Judge Gorsuch's appointment to the Supreme Court of the United States, Lawrence Solum eloquently defends the former, defensive view, and argues that originalist interpretation is more consonant with it than living constitutionalism. This comment supports Professor Solum's position by reference to some Canadian cases in which living constitutionalism could have been, has arguably been, or may well become a source of danger to the rights and liberties of citizens.

Keywords: Canada, Constitutional interpretation, Living constitutionalism, Originalism.

635

1. Two Views of Constitutions

Lawrence Solum's statement on the nomination of then-Judge Gorsuch to the Supreme Court¹ concisely but cogently addresses a number of critical responses to and even myths about originalism, and makes a powerful case for the legitimacy of this approach to constitutional interpretation. Although it speaks directly to the legal and political controversies in the United States, many of its arguments are relevant to other jurisdictions where courts are charged with interpreting constitutional texts and enforcing their provisions against the wishes of democratic majorities.

All such jurisdictions face common questions. One such question, on which I will focus in this comment, is whether the constitutional text, and the judicial power of enforcing this text, are defensive mechanisms protecting citizens from government encroachments on their rights, or weapons with which to eliminate injustice. The metaphor of constitutional "entrenchment" seems to reflect the former view; that of "striking down" unconstitutional legislation, the latter. This choice is not merely semantic. One's vision of the constitutional text will influence one's vision of the judicial role in enforcing this text.

¹ L.B. Solum, *Statement of Lawrence B. Solum: Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, March 22, 2017.

As Professor Solum shows, originalism takes the defensive approach. Originalist interpretation starts from the proposition that the (public) meaning of the constitutional text is fixed at the moment of its framing. The judiciary cannot depart from this meaning: it “does not and should not have the power to amend the text on a case-by-case basis”.² Although it is a “myth” that a fixed constitutional text cannot be applied to new factual circumstances,³ the adaptations must not have the effect of changing the text. It is important that judges be bound by the text, because when they are not, the rights that the text protects are imperiled.

Of course, to the extent that “[o]riginalist judges do not believe that they have the power to impose their own values on the nation”,⁴ such judges forego opportunities to make the nation more just. While originalist judges need not be restrained, in the sense of forbearing from declaring laws unconstitutional, they cannot remedy the failures of the constitutional text to acknowledge some rights that may well be worth protecting, or re-allocate authority among government institutions to bring its distribution into conformity with ideals of efficiency, subsidiarity, etc. But originalists think that these forgone opportunities are costs worth incurring to secure “the rule of constitutional law and not the rule of the men and women”⁵ charged with declaring this law in court decisions.

Originalists are likely to share Professor Solum’s conviction “that giving judges the power to override the Constitution and impose their own vision of constitutional law is dangerous for everyone”.⁶ The example of “the Reconstruction period when the living constitutionalists of that era undermined important provisions of the Fourteenth Amendment”⁷ guaranteeing the rights American citizens, including the former slaves, vis-à-vis the States, is perhaps especially compelling to Americans, but it is a warning to the citizens of every polity that values freedom and equality. Originalists are like Robert Bolt’s Thomas More, worried that they could not “stand upright in the winds that would blow” if the laws were cut down in the pursuit of some great moral cause.⁸

If originalists are More, living constitutionalists are William Roper, the enthusiast who would “cut down every law in England” “to get after the Devil”.⁹ They seek justice rather than safety, and make constitutional law into a weapon to achieve it. They believe that amendment procedures, to which originalists point as the means for changing insufficiently just, or simply outdated, constitutional text¹⁰ are too cumbersome to be adequate to the task of achieving the law they wish to see enacted. The example of the “the Warren Court [which] sometimes issued opinions that decided constitutional questions without any reference to the

² *Ibid*, at 2.

³ *Ibid*, at 3.

⁴ *Ibid*, at 2.

⁵ *Ibid*, at 7.

⁶ *Ibid*, at 5.

⁷ *Ibid*.

⁸ Robert Bolt, *A Man for All Seasons* (Bloomsbury, London, 1995) at 42.

⁹ *Ibid* at 41.

¹⁰ See Solum, *supra* note 1, at 10.

constitutional text” is a positive one for them, as these decisions brought the law closer to their ideals.¹¹

I do not mean to be disparaging. Wanting to get at the devil is a commendable sentiment.¹² *Today's* living constitutionalists are no defenders of Jim Crow laws. I may strongly disagree with some of the substantive views about justice that many of them hold, but that should be of no relevance to our debate about constitutional interpretation. As Professor Solum rightly notes, “[o]riginalism can and should be endorsed by both ... progressives and conservatives”,¹³ as well as by those who subscribe to neither of these positions. Questions of justice are by their nature imbued with a certain urgency, and it is understandable that those with strong views on such questions are willing to entertain resolute measures to give them effect.

Nevertheless, it is not only fair, but necessary to ask whether such measures—for example, allowing the courts to amend the meaning of constitutional texts—are justified, even by the high-minded objectives that their promoters pursue. Or are originalists right to worry that resorting to them will expose us to dangers of such magnitude that any potential gains will not be worth it, that the winds that will blow across the land once the binding nature of the constitution's original meaning is cut down will be too strong for us to stand? In my view, they are.

2. The Price of Living Constitutionalism

I will make the argument for the proposition that the defensive, Morian view of constitutional texts as ramparts for rights, is preferable, and therefore for originalism, by referring to some Canadian examples of the perils of living constitutionalism. I assume that similar arguments could be made in the context of other legal systems; Professor Solum suggests what it would look like in the United States, asking the left-leaning members of his audience to consider whether they would “prefer a conservative Justice who does not believe that she or he is bound by the constitutional text” to one who believes that she or he is so bound.¹⁴ But the Canadian case may be worth considering not only because it has the great virtue (to me!) of being the one with which I am most familiar, but also because of the firm conviction of (virtually all) Canadian judges and (most) commentators that living constitutionalism is the path to justice, and originalism to perdition.¹⁵

¹¹ *Ibid*, at 5.

¹² The late Justice Scalia, for one, seems to have shared it, even if he would not let it influence his judging: see J. Senior, *In Conversation: Antonin Scalia*, New York Magazine, October 6, 2013, online: <<http://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10>> (explaining his belief in the Devil).

¹³ Solum, *supra* note 1, at 5.

¹⁴ *Ibid*, at 5.

¹⁵ See B.J. Oliphant, L. Sirota, *Has the Supreme Court of Canada Rejected 'Originalism'?*, 42 Queen's Law Journal, 2016, 107, 111-21 (reviewing judicial, extra-judicial, and academic rejections of originalism in Canada); see also S. Beaulac, *Post-World War I/Quiet Revolution (1920-1970) – Through the Lenses of Legal Interpretation and International Law*, in E. Mendes (ed), *Canada's Constitutional Democracy: The 150th Anniversary Celebration*, 21 (describing those willing

The claim about the riskiness of the living constitutionalist view can be made in parallel with that about its limited usefulness. In the American context, Professor Solum notes that originalism does not require overturning *Brown v Board of Education*.¹⁶ Similarly, weaponizing constitutional interpretation is unnecessary in Canada. To be sure, *some* decisions of the Supreme Court of Canada cannot be justified on any originalist view, such as the one where a majority of the Court proposed to “give ... constitutional benediction” to the right to strike.¹⁷ But most important Canadian decisions that are usually said to have rejected originalism explicitly or implicitly, including the so-called *Persons Case*,¹⁸ which is arguably the Canadian equivalent of *Brown* as the litmus test of the legitimacy of interpretive theories, are consistent with originalism.¹⁹

However, Benjamin Oliphant and I having developed this argument at considerable length elsewhere,²⁰ I not dwell on it. Rather, I want to focus on some instances in which living constitutionalism in Canada could have been, has arguably been, or may well become a source of danger to the rights and liberties of citizens. The conceit of living constitutionalists is that the present and the future will bring about greater justice, and greater respect for rights, than existed in the past, so that we are always better off if judges are at liberty to discard the constitutional meanings of yesteryear in favour of those of the present, which presumably can eventually be discarded as they too come to be retrograde in their turn. Yet there is, sadly, no guarantee that this must be so.

Let me begin with a case that is typically thought of as enforcing an “implied bill of rights” found by the Supreme Court of Canada between the lines of the *Constitution Act, 1867*,²¹ but which did in fact involve the drawing of boundaries between its provisions: *Switzman v Elbling*,²² which invalidated Québec’s so-called “Padlock Act”. The statute sought to outlaw “communistic propaganda”, and authorized the provincial Attorney-General to close down any building used to advocate for communism or bolshevism. The decision was a landmark victory for civil liberties, and is probably best remembered for Justice Rand’s heartfelt defence of the freedom of thought and expression, which he declared “little less vital to man’s mind and spirit than breathing is to his physical existence”.²³ However, the

to entertain the legitimate presence of originalist reasoning in Canada, including fellow contributor to this symposium Benjamin Oliphant and me, as “revisionists”).

¹⁶ 347 US 483 (1954).

¹⁷ *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 SCR 245 at para 3.

¹⁸ *Edwards v. Canada (AG)*, [1930] AC 124 (PC(UK)).

¹⁹ See especially B.W. Miller, *Origin Myth: The Persons Case, the Living Tree, and the New Originalism* in G. Huscroft, B.W. Miller (eds), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, 2011, 120; it is also worth recalling that, not long after giving the opinion of the Judicial Committee of the Privy Council in the *Persons Case*, Lord Sankey also delivered that in the *Aeronautics Reference*, [1932] AC 54, where he stated, at 70, that “[t]he process of [constitutional] interpretation as the years go on ought not to be allowed to dim or to whittle down the provisions of the *original contract* upon which the federation was founded” (emphasis mine).

²⁰ Oliphant, Sirota, *supra* note 15.

²¹ (UK), 30 & 31 Vict, c 3, reprinted in RSC 1985, Appendix II, No 5.

²² [1957] SCR 285 [Switzman].

²³ *Ibid*, at 306.

legal issue, 25 years prior to the entrenchment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,²⁴ was one of division of powers. Did the province have the constitutional authority to enact the Padlock Act as a law relative to “property and civil rights”,²⁵ or was it legislation in relation to criminal law, which could only be enacted by (the federal) Parliament?²⁶

In holding that proscription of communist propaganda was indeed criminal law in substance, the majority took an approach that was at least consistent with originalism. It looked at the interaction between the relevant “heads” of federal and provincial powers, taking the need for them to be read together into account;²⁷ at the hybrid criminal-and-civil nature of public nuisance at common law, which allowed provinces to legislate to prevent nuisances but not other crimes;²⁸ and at the long-standing meaning of the phrases “civil rights”, which referred to rights individuals held against other individuals,²⁹ and “criminal law”, which for its part covered public evils, including in the realm of ideas.³⁰

Justice Taschereau's dissenting opinion, by contrast, sought to extend previously recognized provincial powers to prevent nuisances or to impose civil consequences on persons convicted of (federally created) criminal offences to a further power to sanction “those who preach and write doctrines of a nature to support treason, violation of official secrets, sedition, etc.”.³¹ In Justice Taschereau's view, it was essential that provinces have the ability to do so in light of “experience [that] teaches us ... that Canadians, less than 10 years ago, despite the oaths of allegiance that they had sworn, did not hesitate in the name of communism to infringe official secrets and to imperil the safety of the state.”³² A living constitutionalist approach, focused on what he perceived as the pressing current needs of the state and the community, thus led Justice Taschereau to adopt a position that was much less protective of civil liberties than that of his more originalist colleagues.

But there is more to be said about Justice Taschereau's appeal to the needs of the present and the experience of recent past. This “experience” to which he refers was acquired through the work of the Royal Commission that investigated the infiltration of the Canadian government by suspected Soviet agents in the wake of the defection of Igor Gouzenko, a cypher clerk in the Soviet embassy in Ottawa. This Commission, of which Justices Taschereau and Kellock were co-presidents, and in which the then-future Justices Fauteux and Cartwright were involved as counsel, was subsequently described by a future Chief Justice of Canada as a

²⁴ Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11 [*Canadian Charter*].

²⁵ *Constitution Act, 1867*, s 92(13).

²⁶ *Ibid*, s 91(27).

²⁷ See *Switzman*, *supra* note 22, at 302-03 (Rand J)

²⁸ *Ibid*, at 304 (Rand J)

²⁹ *Ibid*, at 305 (Rand J), 308 (Kellock J), 328 (Abbott J).

³⁰ *Ibid*, at 307 (Rand J), 311 (Nolan J), 316-17 (Cartwright J), 320 (Fauteux J), 326-27 (Abbott J).

³¹ *Ibid*, at 299 (translation mine).

³² *Ibid*.

“shameful” episode in Canadian legal history,³³ due to its high-handed inquisitorial methods and violations of the suspects’ due process rights.³⁴ It is, in other words, an example of laws being cut down to get after a suspected Devil, and of fell winds sweeping the land as a result. Justice Taschereau’s living constitutionalist judgment would have cut down such higher law as there was to let these winds blow unobstructed.

This is a reminder that while we may fervently hope that the values and desires of society will become more rights-conscious and justice-focused over time, these hopes will not always be fulfilled. Indeed, even if we assume that the post-1945 Red Scare was an especially inglorious episode in the history of public rights-consciousness, it was hardly the only occasion on which the present needs have been deemed to outweigh historic rights. Let me give just a few additional examples.

The first two concern equality rights. The *Canadian Charter’s* general equality guarantee provides that “[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on” an open-ended list of specified grounds.³⁵ Beginning in *Andrews v Law Society of British Columbia*,³⁶ the Supreme Court has consistently interpreted this as a prohibition on discrimination only—in effect reading out of the constitutional text the guarantee of equality before the law insofar as it might call into question the justifiability of distinctions not based on “enumerated” or “analogous grounds”. The then-Justice Binnie, a leading proponent of living constitutionalism in Canada (and Justice Scalia’s sometime sparring partner on this issue), candidly described as *Andrews* as having “decided that section 15 should go back to being a prohibition against discrimination”³⁷—even though, when the Canadian Charter was being drafted, “[i]t was the legislators—not the judges—who decided to add the introductory language giving ‘everyone’ the right to equal benefit and protection of the law”.³⁸ The legislators, according to Justice Binnie, had been imprudent in framing section 15, but the judges, in their wisdom, made sure that the scope of its protection be narrower than that which an originalist court would have enforced.

In addition to the general equality protection, the *Canadian Charter* includes a specific provision to the effect that “[n]otwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons”.³⁹ Kerri Froc has argued that courts have unduly restricted if not

³³ B. Laskin, *Canada’s Bill of Rights: A Dilemma for the Courts?*, 111(2) *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, 519, 523.

³⁴ See M.H. Fyfe, *Some Legal Aspects of the Report of the Royal Commission on Espionage*, 24 *Canadian Bar Review*, 1946, 777-779.

³⁵ *Canadian Charter*, s 15.

³⁶ [1989] 1 SCR 143, 56 DLR (4th) 1 [*Andrews*].

³⁷ I. Binnie, *Judging The Judges: ‘May They Boldly Go Where Ivan Rand Went Before’*, 26 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2013, 5-14 (emphasis mine). This passage is part of a section subtitled “The ‘Reading Down’ of the Charter”; however, without developing this claim here, I would suggest that it is very doubtful that Justice Binnie’s other examples actually involve judicial “reading down” of constitutional text, carefully interpreted.

³⁸ *Ibid*, at 13.

³⁹ *Canadian Charter*, s 28.

altogether abandoned this guarantee, failing to attach any real importance to the message of gender-consciousness that its framers sought to imprint on the Canadian Charter.⁴⁰ If Professor Froc is right about this,⁴¹ then the fate of this provision too illustrates how living constitutionalism, or at least a lack of fidelity to the constitutional text's original meaning, can result in the under-protection of rights relative to what would have been available under originalism.

My final example of possible retrogression in the scope the *Canadian Charter's* rights due to living constitutionalism concerns the protections afforded to "[a]ny person charged with an offence": the right to be tried within a reasonable time; the protection against self-incrimination; the presumption of innocence; the prohibition on retroactive criminal laws; and others.⁴² But what does it mean to be "charged with an offence"? In other words, who exactly benefits from these guarantees? The Supreme Court of Canada has held that a person facing disciplinary or administrative sanctions is not "charged with an offence", and thus does not benefit from Charter protections, unless he or she is exposed to "true penal consequences" if found guilty.⁴³ (According to this line of cases, neither the loss of a license needed to practice one's profession nor even a six-figure fine is a "true penal consequence".)

An important reason for this, as Steven Penney has recently argued, "is the Court's admitted fear that doing so would frustrate governments' ability to regulate economic activity in the public interest".⁴⁴ To the extent that this has indeed been the Court's motivation, it is a living constitutionalist one, the scope of constitutional protections being determined by the putative needs of today's society. Yet its consequences are dire, as Professor Penney explains: "[l]egislatures have increasingly relied on administrative and civil enforcement regimes to address forms of wrongdoing previously left to the criminal law. In many instances, the sanctions accompanying these regimes are harsh, the targets are ordinary people, and the rules protecting adjudicative fairness are weak."⁴⁵ The distinction between offences that carry "true penal consequences" and attract the protections of the *Canadian Charter* for those accused of having committed them, and those that do not "is ill-suited to manage this phenomenon."⁴⁶ Living constitutionalism has served to give effect, not to expanding understandings of rights or a clearer vision

⁴⁰ K.A. Froc, *Is Originalism Bad for Women? The Curious Case of Canada's Equal Rights Amendment*, 19 *Review of Constitutional Studies*, 2015, 237.

⁴¹ One might query whether Professor Froc's interpretive approach does not unduly privilege the intentions of section 28's promoters in ascertaining its public meaning; however, this is not the place for that debate.

⁴² *Canadian Charter*, s 11.

⁴³ *R v. Wigglesworth*, [1987] 2 SCR 541, 45 DLR (4th) 235; *Martineau v. MNR*, 2004 SCC 81, [2004] 3 SCR 737; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 SCR 3; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 SCR 250.

⁴⁴ S. Penney, 'Chartering' in the Shadow of *Lochner*: *Guindon*, *Goodwin* and the Criminal-Administrative Distinction at the Supreme Court of Canada, 76 *South Carolina Law Review*, 2016, 307-08; I have critiqued Professor Penney's article, notably its embrace of consequentialist living constitutionalism in L. Sirota, *A Pile of Problems* (February 6, 2017) *Double Aspect* (blog), online: < <https://doubleaspect.blog/2017/02/06/a-pile-of-problems/> >.

⁴⁵ Penney, *ibid*, at 309.

⁴⁶ *Ibid*.

of justice, but to the encroachment of an administrative state impatient of traditional notions of due process.

Now, admittedly it is not clear whether originalism would have provided better protection for due process than living constitutionalism has in this instance. The Supreme Court has invoked textual as well as policy arguments for a narrow interpretation of the phrase “charged with an offence”.⁴⁷ I am not aware of studies of this phrase’s original meaning, and cannot undertake one here. It is worth noting, however, that in the well-known case of *R v Sault Ste. Marie*,⁴⁸ Justice Dickson, as he then was, while acknowledging that regulatory or “public welfare” infractions “might well be regarded as a branch of administrative law to which traditional principles of criminal law have but limited application”,⁴⁹ repeatedly described them as “offences” and spoke of persons being “charged” with them. *Sault Ste. Marie* was decided only a few years before the entrenchment of the *Canadian Charter*, whose framers would doubtless have been aware of it. But be that as it may, what can be said with confidence is that an originalist approach to the *Canadian Charter* would yield no less protection to due process rights than a living constitutionalist one.

I close this survey of the perils of living constitutionalism by considering an issue which is due to be addressed by the Supreme Court of Canada in the coming months: interprovincial free trade. New Brunswick’s Provincial Court struck down a prohibition on the importation of beer into the province in *R v Comeau*,⁵⁰ on the basis that it was contrary to section 121 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that “[a]ll Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall ... be admitted free into each of the other Provinces”. This decision that calls into question the constitutionality of other non-tariff barriers to interprovincial trade erected by provincial legislatures, which the Supreme Court’s decision in *Gold Seal Ltd v Alberta*⁵¹ upheld almost a century ago. Among such barriers are “those aiming at price control through supply management”, notably in agriculture, which “will be more difficult or impossible to implement without discriminating against trade from outside the province”,⁵² as the *Comeau* court recognized.⁵³

Malcolm Lavoie describes *Comeau* as a “markedly originalist” decision;⁵⁴ Mr Oliphant as one that is “thoroughly” so.⁵⁵ As Professor Lavoie notes, it is arguable that the current values of Canadian society are much more tolerant of economic regulation, including interprovincial trade barriers, than those that were prevalent

⁴⁷ Wigglesworth, *supra* note 43, at 554–56.

⁴⁸ [1978] 2 SCR 1299.

⁴⁹ *Ibid.*, at 1303.

⁵⁰ 2016 NBPC 3, 398 DLR (4th) 123, leave to appeal to SCC granted 37398 (4 May 2017).

⁵¹ (1921) 62 SCR 424, 62 DLR 62.

⁵² M. Lavoie, “*R. v. Comeau* and Section 121 of the *Constitution Act, 1867*: Freeing the Beer and Fortifying the Economic Union”, 40(1) *Dalhousie Law Journal*, 2017, 189–204.

⁵³ *Comeau*, *supra* note 50, at para 152.

⁵⁴ Lavoie, *supra* note 52, at 192.

⁵⁵ B. Oliphant, *Originalism, Beer, and Interprovincial Trade Barriers* (6 May 2016) Policy Options, online: <<http://policyoptions.irpp.org/2016/05/06/originalism-beer-interprovincial-trade-barriers/>>.

when the *Constitution Act, 1867* was enacted,⁵⁶ a period which the judge in *Comeau* characterised as “the high-water mark in the belief in free enterprise”.⁵⁷ (Mr Oliphant, by contrast, suggests that “the interpretation of obscure sections bearing on trade barriers is not an area liable to considerable moral evolution over the years. One presumes Canadians have liked booze, and have not liked being charged for travelling across borders with it, rather consistently over the years.”⁵⁸ For what it is worth, I suspect that both he and Professor Lavoie are right at their respective levels of generality—exposing the inherent indeterminacy of living constitutionalist analysis.) As Mr Oliphant and I have said elsewhere, when it decides the appeal from the Provincial Court’s decision in *Comeau*, “[t]he Supreme Court could be faced with a stark interpretive choice between a very strong originalist case ... and arguments based (perhaps paradoxically) both on *stare decisis* and what may be perceived as the needs, or at least the expectations, of current society”.⁵⁹ Indeed, the Crown is explicitly appealing to “progressive interpretation” and dismissing the value of “textual certainty” in its submissions to the Supreme Court.⁶⁰

It would be unfortunate if the Court were to agree. This is not only because “textual certainty” is more valuable than the Crown cares to acknowledge, though it is; nor only because Canadians do indeed like their booze, though they do, albeit in lesser quantities than they did when the *Constitution Act, 1867* was framed.⁶¹ Sanctioning the ability of the provinces to impose barriers to internal trade is also exceedingly costly, not only in terms of the liberty of individuals and businesses to work throughout the country or to trade with partners of their choosing, but also in purely financial terms. A report by the Canadian Senate’s Standing Committee on Banking, Trade and Commerce concluded that “internal trade barriers reduce Canada’s gross domestic product by between \$50 billion and \$130 billion”.⁶² At least some of this cost, moreover, is perversely distributed. Agricultural supply management, according to a recent study, “is regressive: the poorest households incur a burden relative to income that is approximately five times larger than that

⁵⁶ Lavoie, *supra* note 52, at 204–05.

⁵⁷ *Comeau*, *supra* note 50, at para 89.

⁵⁸ Oliphant, *supra* note 55.

⁵⁹ L. Sirota, B. Oliphant, *Originalist Reasoning in Canadian Constitutional Jurisprudence*, 50:2 UBC Law Review, 2017, 505, 575–76.

⁶⁰ Supreme Court of Canada file no 37398, “Appellant’s Factum”, online: <http://scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/37398/FM010_Appellant_Her-Majesty-the-Queen.pdf> at paras 25–27.

⁶¹ See M.J. Fish, *The Effect of Alcohol on the Canadian Constitution ... Seriously*, 57(1) McGill Law Journal, 2011, 189, 194–97 (describing the role of alcohol in “19th-century Canada”, where “there was a lot drinking going on ...—and not much else”: *ibid*, at 194).

⁶² Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, “Tear Down These Walls: Dismantling Canada’s Internal Trade Barriers”, June 2016, online:

<[https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/BANC/Reports/2016-06-13_BANC_FifthReport_SS-2_tradebarriers\(FINAL\)_E.pdf](https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/BANC/Reports/2016-06-13_BANC_FifthReport_SS-2_tradebarriers(FINAL)_E.pdf)>; see also R.K. Bemrose, W. Mark Brown, J. Tweedle, *Going the Distance: Estimating the Effect of Provincial Borders on Trade when Geography Matters*, Statistics Canada Analytical Studies Branch Research Paper Series, September 2017, online: www.statcan.gc.ca/pub/11f0019m/11f0019m2017394-eng.pdf (estimating provincial “border effects” on trade within Canada to be equivalent to a tariff of 6.9%, in contrast to the situation in the United States, where, measured using the same methodology, the effect of State lines is nil).

of the richest households. Further ... low-income households (in the bottom two quintiles) with children pay between \$466 and \$592 per year for dairy and poultry products as a result of [supply management].”⁶³ Although not all of these costs would be removed merely by enforcing section 121 of the *Constitution Act, 1867* in accordance with its original meaning set out in *Comeau*, these figures remind us that living constitutionalism can come at a price, not only to abstract ideals such as the Rule of Law, but also to individuals and families, including, and even especially, to the most vulnerable.

3. How to Argue about Originalism

I have argued that, although it is often thought to be useful or indeed essential to upholding rights and achieving justice, living constitutionalism can also produce the opposite effect. A living constitutionalist court would quite possibly have trampled over the federal division of powers and the freedom of expression in *Switzman*. Living constitutionalism may be to blame for the courts’ failure to protect people facing often very serious—but not “truly penal”—consequences in administrative or disciplinary proceedings. Living constitutionalism could cost tens if not hundreds of billions of dollars to Canada, and hundreds every year to its poorest families, if the Supreme Court reverses the Provincial Court’s decision in *Comeau*.

Relying on the constitutional text’s original meaning as a hedge against the winds of unwelcome change rather than cutting it down in an attempt to the social evils *du jour* is thus the prudent thing to do. But my argument will, I expect, strike some—perhaps originalists first and foremost⁶⁴—as wrongheaded. The proper way to interpret constitutional texts should not be determined by whether we like the outcomes the possible methodologies yield, they will argue. If it is, then we will not settle on any particular methodology as the one to follow consistently, and courts will be free to pick and choose the one that suits them in any particular case. As Mr Oliphant’s contribution to this symposium shows, this is arguably what is happening in Canada.

I do not disagree with this. Like Professor Solum,⁶⁵ I too think that the best argument in favour of originalism is that it is the interpretative approach that is most consistent with the Rule of Law. As James Madison recognized, “if [the sense in which the Constitution was accepted and ratified by the nation] be not the guide in expounding it, there can be no security for a consistent and stable, more than for a faithful exercise of its powers”⁶⁶—and consistency and stability in the application of the law are of course staples of the Rule of Law literature. I also agree with Professor Solum that there is a democratic argument, as well as one based on the

⁶³ R. Caldwell, C. Lawley, Di Xiang, *Milked and Feathered: The Regressive Welfare Effects of Canada’s Supply Management Regime*, 41(1) Canadian public policy, 2015, 1-2.

⁶⁴ But not all originalists: see e.g. Frow, *supra* note 40 (defending the choice of originalism to interpret at least some provisions of the *Canadian Charter* in part on explicitly results-oriented grounds).

⁶⁵ Solum, *supra* note 1, at 6-8.

⁶⁶ J. Madison, *Letter to H Lee*, 25 June 1824, in *Letters and Other Writings of James Madison Fourth President of the United States*, vol. 3, 1884, 441-42.

Rule of Law, to be made in favour of originalism.⁶⁷ As Lord Sankey pointed out in the *Aeronautics Reference*, it is not “legitimate that any judicial construction [of the constitutional text] should impose a new and different contract upon” the parties to the Canadian federation.⁶⁸

By contrast, whether originalism yields outcomes that suit my (or anyone else's) policy preferences more often than alternative methodologies should not matter for deciding whether it is the proper way of interpreting constitutional texts. If it is the case that both the Rule of Law and democracy require constitutional interpreters to be originalists, then they ought to be originalists. If originalist interpretation yields constitutional rules that are less than just or desirable, then the solution is not for judges to arrogate to themselves the function of the *pouvoir constituant*,⁶⁹ but for the true *pouvoir constituant* to amend the constitution.

Nevertheless, the argument that living constitutionalism will lead to greater justice, while originalism will prevent the moral improvement of society from being reflected in its law is frequently enough made that it deserves a response on its own terms. The response that Professor Solum suggests, and which I have endeavoured to develop (in the Canadian context), is that there are a non-negligible number of cases in which living constitutionalism will lead courts to less rights-protecting or just results than would originalism. By itself, this claim does not amount to a convincing argument for originalism, but it does, in my view, neutralize what is perhaps the most compelling argument in favour of living constitutionalism. As Bolt's Thomas More knew, we ought to “give the Devil benefit of law, for [our] own safety's sake”⁷⁰ – even if this makes getting at him that much more difficult.

⁶⁷ Solum, *supra* note 1, at 8–9.

⁶⁸ *Aeronautics Reference*, *supra* note 19, at 70.

⁶⁹ See J. Waldron, *Judicial Review and Judicial Supremacy*, New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper no. 14–57, online: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2510550 at 40–41 (decrying living constitutionalism as fostering “judicial supremacy” in ways in which the application of stable rules enacted by the framers of the constitution does not).

⁷⁰ Bolt, *supra* note 8, at 42.

Originalism: A Uniquely American Preoccupation?

di Yvonne Tew

Abstract: *Originalismo: una preoccupazione unicamente americana?* – Is originalism a uniquely American preoccupation? The short answer is no. The longer answer is that originalist arguments take on distinct variations that reflect a nations’ particular cultural, historical, and political conditions. This paper explores the use of originalist arguments in contexts outside the United States, drawing on India, Malaysia and Singapore as illustrations. The comparative perspective it offers underscores that whether originalism thrives, and the form it takes, is culturally dependent and context specific.

Keywords: Comparative originalism; Constitutional history; India; Malaysia; Singapore.

1. Introduction

The key focus on the role of originalism in constitutional interpretation in Justice Gorsuch’s confirmation hearings highlights a curious feature of constitutional discourse in the United States: Americans are preoccupied with originalism. Discussion about originalism continues to rage in American scholarly, judicial, and even popular discourse. Much of the debate on originalism—as Professor Lawrence Solum’s statement on Justice Gorsuch’s hearings illustrates—has been chiefly focused on the experience of originalism in the United States.

This piece is oriented differently. My aim is to offer a comparative perspective on the use of originalist arguments in contexts outside the United States. Conventional accounts have tended to assume that originalist arguments have little salience outside the United States.¹ Recently, however, a growing amount of attention has been paid to the use of originalism elsewhere in the world.²

¹See, e.g., G. Huscroft, B.W. Miller, *Introduction*, in G. Huscroft, B.W. Miller (eds), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, 2011, 10 [hereinafter *Challenge of Originalism*] (“Originalist theory has little purchase outside of the United States and it is under pressure within the United States...”); J. Lepore, *The Commandments*, *New Yorker*, Jan. 17, 2011, 70 (“Originalism, which has no purchase anywhere but here [in the United States]...”); J.M. Balkin, *Nine Perspectives on Living Originalism*, 2012 *University of Illinois Law Review*, 2012, 815, 838. (“American ideas of originalism are not widely adopted outside the United States...”); K. Lane Scheppele, *Jack Balkin is an American*, 25 *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2013, 23 (“Inquiring this closely into a constitution’s original meaning is done almost nowhere else in the world...”); J.M. Balkin, *Why Are Americans Originalist?*, in D. Schiff, R. Nobles, *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell* (eds), 2014 (“Originalism is mostly unknown outside of the United States.”).

² See, e.g., Y. Tew, *Originalism at Home and Abroad*, 52 *The Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, 781; J. Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 *Texas Law Review*, 2009, 1-5; D.

I consider how courts and constitutional actors in different legal systems use originalist arguments in constitutional interpretation. The ways in which courts use constitutional history—and their reasons for doing so—take on distinct variations reflecting the cultural, historical, and political conditions of particular nations. This comparative perspective underscores that whether originalism thrives, and the form that it takes, is culturally dependent and context specific.

In the discussion below, I draw on India, Malaysia, and Singapore as illustrations. All three are post-colonial Asian states that achieved independence from the British in the period following the Second World War. They all possess common-law systems based on British legal traditions, judiciaries with the power of judicial review, and written constitutions of approximately similar age. These three examples from South Asia and Southeast Asia highlights the distinctive origins and forms of originalist arguments in the world beyond the United States.

2. The Comparative Origins of Originalism

India

India's constitutional history is an integral part of the nation's narrative of independence. The making of the Indian Constitution is linked to the country's emergence from British colonial rule; indeed, "the Constitution marks a decisive and sharp break with the past and was a central element in the formation of Indian polity."³ In light of India's powerful constitutional moment, it is unsurprising that appeals to constitutional history and the founding of the Constitution resonate in Indian constitutional practice. Although the Indian Supreme Court has generally had an "eclectic" ⁴ approach to constitutional interpretation, it has availed itself of constitutional history. In such cases, references to the framers of the Indian Constitution are made to support arguments about the overarching purposes and aims of India's Constitution.

Take the Supreme Court's 2015 decision in the *NJAC Case* as an example.⁵ In 2014, Parliament sought to replace the "collegium" system of judicial appointments, in which the Chief Justice and other senior justices play a primary role, with an appointments process led by a National Judicial Appointments Commission. By a four to one majority, the Indian Supreme Court struck down a constitutional amendment and statute enacted to change the judicial appointments process, invoking the "basic structure" doctrine for only the fourth time in its history.

Fontana, *Comparative Originalism*, 88 *Texas Law Review*, 2010, 189-197; L.K. Weis, *What Comparativism Tells Us About Originalism*, 11 *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 842; O.O. Varol, *The Origins and Limits of Originalism: A Comparative Study*, 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, 1239.

³ S. Choudhry, *Living Originalism in India? "Our Law" and Comparative Constitutional Law*, 25 *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2013, 1, 3.

⁴ C. Chandrachud, *Constitutional Interpretation*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (eds), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, 2016, 73.

⁵ *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India*, (2015) 5 RAJ 350 [hereinafter *NJAC Case*].

In response to the Attorney-General's argument that the Supreme Court's earlier judgments on judicial appointments had been "diagonally opposite" to the "intent and resolve of the Constituent Assembly,"⁶ the Court repeatedly referred to the drafting debates to support its conclusion that judicial primacy in the appointment process is integral to judicial independence. Justice Kehar, a Judge of the Supreme Court and now the Chief Justice, drew on the statements of framer B.R. Ambedkar to assert that the framers' "true intent" behind the judicial appointments clause was that the President appoint judges after "consultation" with the Chief Justice.⁷ His counterpart on the Supreme Court, Justice Lokur, also employed historical arguments extensively, referring to various sources from the constitution-making period, such as the Constituent Assembly debates⁸ and memoranda submitted to the drafting committee.⁹

Although the Indian Supreme Court's reasoning in the *NJAC Case* have been critiqued on a variety of grounds,¹⁰ the interpretive moves made by the majority are originalist in orientation, grounded in appeals to the framers' intent and the aims behind the Constitution's creation. Constitutional interpretation in India may be pluralistic, but historical arguments undeniably have salience when invoked—precisely because of their resonance with the broader ideals of India's constitutional founding.

Malaysia

Originalist arguments are frequently employed in heated debates over the place of religion in the Malaysian Constitution. Divisions in Malaysian politics and adjudication arise over whether the identity of the modern Malaysian state is secular or Islamic. The Malayan Constitution, later the basis for the Federal Constitution of Malaysia, came into force when Malaya gained independence from the British on August 31, 1957. Article 3(1) of the Federal Constitution declares that: "Islam is the religion of the Federation; but other religions may be practised in peace and harmony."

Strikingly, secularists and Islamists on either side of the debate have relied on the original understanding of Article 3(1) to advocate their position. Historical arguments have featured prominently in contemporary debates about the scope of Article 3(1). Growing Islamist political discourse in Malaysia over the past three decades has challenged the established understanding that the inclusion of Article 3(1) clause during the constitution-making process was not meant to undermine the Constitution's secular foundation.¹¹

⁶ *NJAC Case*, 5 RAJ 17, 73, 124.

⁷ *NJAC Case*, 5 RAJ 350; see Constitution of India, art. 124.

⁸ *NJAC Case*, 5 RAJ 34-53.

⁹ See *id.* 31, 36, 38, 43, 45-50.

¹⁰ See, e.g., Sengupta 2011, 126; Chintan Chandrachud: Debating the NJAC Judgment of the Supreme Court of India: Three Dimensions, UK Constitutional Law Association (2015), ukconstitutionallaw.org/2015/11/03/chintan-chandrachud-debating-the-njac-judgment-of-the-supreme-court-of-india-three-dimensions.

¹¹ See, e.g., Report of the Federation of Malaysia Constitutional Commission (London: Her Majesty's Stationery Office, 1957), 11. See generally J.M. Fernando, *The Position of Islam in the Constitution of Malaysia*, 37 *Journal of Southeast Asian Studies*, 2006, 249.

Supporters of an Islamic state have employed historicist rhetoric to argue for an elevated position for Islam in the constitutional order. In *Meor Atiqulrahman*,¹² for example, the Malaysian High Court constructed a historical account of the constitutional bargain to argue that the framers had intended to secure Islam's dominant position as a result of the social contract struck at the founding.¹³ And in *Lina Joy*, the High Court asserted that allowing Muslims to convert out of Islam “would result in absurdities not intended by the framers”¹⁴

Those who view the Constitution's basis as secular have sought recourse to the historical context and original understanding of Article 3(1). Consider the 1988 decision of *Che Omar bin Che Soh v. Public Prosecutor*,¹⁵ where the Supreme Court, in expounding on the position of Article 3(1), stated: “The question here is this: Was this the meaning intended by the framers of the Constitution?”¹⁶ Using a historical lens, the Court concluded that Malaya's history of British colonialism and drafting history showed that Islam's role was confined only to “rituals and ceremonies.”¹⁷ Two years later, the Supreme Court likewise focused on the framers' intent to affirm the Constitution's secular foundations.¹⁸ In similar vein, the judge who dissented with the Federal Court majority decision in the *Lina Joy* case asserted that the courts had a duty to uphold an individual's religious freedom, viewing this interpretation of the Constitution's protection of religious freedom as faithful to the framers' intent: “Sworn to uphold the Federal Constitution, it is my task to ensure that it is upheld at all times by giving effect to what I think the founding fathers of this great nation had in mind when they framed this sacred document.”¹⁹

What is striking about the originalist discourse in Malaysia, is that it is focused on the intent of the framers and the history surrounding the constitution-making process, rather than the original public meaning of the constitutional text described by Professor Lawrence Solum. Unlike public meaning originalism, historical arguments in Malaysia have not centered on distilling the original textual meaning of the constitutional provision in question, but rather on determining the actual intentions of the framers. Extrinsic historical evidence is viewed favorably as an interpretive aid to help determine what individual framers intended.²⁰

Another feature of originalism in Malaysia is that it is not typically associated with judicial restraint. In American debates over originalism, its proponents have

¹² *Meor Atiqulrahman bin Ishak v. Fatimah bte Sihi*, (2000) 5 Malayan L.J. 375 (High Court, Seremban).

¹³ *Id.* at 385; *see also id.* at 384.

¹⁴ *Lina Joy v. Majlis Agama Islam Wilayah & Anor*, (2004) 2 Malayan L.J. 119, [18]. *See* Fed. Const. (Malay.), art. 11(1) (“Every person has the right to profess and practice his religion...”).

¹⁵ *Che Omar Bin Che Soh v Public Prosecutor* (1988) 2 Malayan L.J. 55.

¹⁶ *Id.* at 56.

¹⁷ *Id.* at 56-57.

¹⁸ *Teoh Eng Huat v Kadhi Pasir Mas (Susie Teoh)* (1990) 2 Malayan L.J. 300, 301. (“Although normally...we base our interpretative function on the printed letters of the legislation alone, in the instant case, we took the liberty...to ascertain for ourselves what purpose the founding fathers of our Constitution had in mind when our constitutional laws were drafted.”)

¹⁹ *Lina Joy v. Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan*, (2007) 4 Malayan L. J. 585 [23].

²⁰ *See, e.g., Zambry bin Abd Kadir v Mohammad Nizar bin Jamaluddin* (2009) 5 Malayan L.J. 464, 534 (CA).

defended its capacity to restrain judges from interfering with the outputs of the democratic process,²¹ as well as to constrain judges from imposing their own subjective views in constitutional decision-making.²² The Malaysian experience, however, shows the *inverse* phenomenon: historicist originalism has been employed to judicially expand constitutional provisions and to invalidate the outputs of legislative majorities. Secularists and Islamists in Malaysia respectively mobilize originalist arguments to support judicial expansion of constitutional religious liberty rights or the scope of Islam's constitutional position. Likewise, looking beyond Malaysia to another context in which originalist arguments have taken this orientation, the Turkish Constitutional Court has been viewed as judicially activist *and* originalist for its pro-secularism decisions to invalidate legislation allowing headscarves in higher educational institutions.²³ In neither of these countries is the language of originalism associated either with judicial deference to legislative majorities or the constraining of judicial discretion. Quite the opposite.

Singapore

Unlike Malaya's Constitution, which was conceived amidst the political excitement on the road to independence, Singapore's constitutional origins emerged more pragmatically. After achieving independence from Britain, Singapore joined the Malayan Federation in 1963. Two years later, Singapore separated from the Federation to become its own sovereign state in August 1965. Instead of drafting a new Constitution for the newly independent state, the Singapore Government cobbled together a working constitution from a composite of several documents.²⁴

Given Singapore's lack of a momentous constitutional founding moment, it is not surprising that originalism has not tended to feature prominently in its judiciary's approach to constitutional interpretation. Not, at least, until 2010, when the Singapore Court of Appeal's issued a decidedly originalist decision in the high-profile case of *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*.²⁵ Nineteen-year-old appellant Yong, who had been convicted of drug trafficking, brought a challenge to the constitutionality of the mandatory death penalty.²⁶ The Singapore Court unanimously rejected Yong's argument that the mandatory death penalty constituted an inhuman punishment that violated the right to life guaranteed by

²¹ See, e.g., R.H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Indiana Law Journal, 1971, 1, 11 (asserting that "where the Constitution does not speak," the "correct answer" to the question "[A]re we all...at the mercy of legislative majorities?...must be 'yes'").

²² See, e.g., A. Scalia, *Originalism the Lesser Evil*, The University of Cincinnati Law Review, 1989, 849, 863–64 ("[T]he main danger in judicial interpretation...is that the judges will mistake their own predilections for the law...Nonoriginalism...plays precisely to this weakness...Originalism does not...for it establishes a historical criterion that is conceptually quite separate from the preferences of the judge himself").

²³ See O.O. Varol, *The Origins and Limits of Originalism: A Comparative Study*, 44 Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2011, 1239.

²⁴ The Singapore Constitution was eventually consolidated in 1980.

²⁵ *Yong Vui Kong v Public Prosecutor* [2010] 3 Sing. L. Rep. 489.

²⁶ See Misuse of Drugs Act (Cap 185, 2001 Rev Ed) (mandating the death penalty for trafficking fifteen grams or more of heroin).

Article 9(1) of the Singapore Constitution.²⁷ The Court's decision appears self-consciously originalist, focused on the constitutional text and intent of the framers. The Court rejected the idea that the Singapore Constitution contained an implied prohibition against inhuman punishment, reasoning that the constitutional history at the time of drafting indicated that the framers had deliberately declined to include such a prohibition.²⁸ The Court of Appeal's originalist reasoning has a textualist orientation: it relies heavily on the lack of any explicit textual provision prohibiting inhuman punishment in the Constitution as evidence of the framers' original understanding.²⁹

The originalist approach employed by the Singapore Court of Appeal—in contrast to the historical invocations used in the Malaysian context—is marked by legalism, and focused on text and precedent. The Court in *Yong* adopted a narrow textualist approach to the original understanding of the constitutional text in service of judicial deference to the legislature.³⁰ Given the pragmatic origins of Singapore's Constitution, the manner in which the Singapore Court employs historical arguments is unsurprising. Constitutional interpretation in Singapore tends to be heavily formalist—and its originalist jurisprudence is no exception.

3. Conclusion

The story this piece tells about the experiences of these three Asian jurisdictions—from India in South Asia to the neighboring states of Malaysia and Singapore in Southeast Asia—suggests that the answer to the question of whether originalism thrives outside the United States is more complicated than conventional accounts suggest. But this may be the wrong question to ask. The more interesting question is *why* originalism has salience in different comparative contexts. Looking beyond the United States suggests that a country's attraction to originalist arguments has less to do with purely conceptual or normative justifications, and much more to do with the nation's particular political, cultural, and historical traditions.

Originalist arguments have popular appeal in Malaysia and India—as they do in the United States—because they have been tied successfully to a constitutional narrative about the nation's founding that resonates deeply with the people. In Singapore, on the other hand, originalist interpretation has a legalistic and prudential orientation because of the less glorified role its constitution occupies as a result of its pragmatic origins. The comparative perspective gained from looking beyond the United States highlights how originalism is a deeply contextual approach shaped by the constitutional ethos of the culture from which it emerges.

²⁷ Constitution of the Republic of Singapore (1985 Rev Ed, 1999 Reprint), art. 9(1) (“No person shall be deprived of his life or personal liberty save in accordance with law”).

²⁸ *Yong Vui Kong v Public Prosecutor* [2010] 3 Sing. L. Rep. 489 at [60]–[75].

²⁹ *Id.* at [61].

³⁰ *Id.* at [49], [52].

It's a Wonderful Originalism! Lawrence Solum and the Thesis of Immaculate Recovery

di Frederick Mark Gedicks

Abstract: It's a Wonderful Originalism! *Lawrence Solum e la tesi dell'Immaculate Recovery* – This essay criticizes the “thesis of immaculate recovery” implied by Lawrence Solum’s account of originalism, which presupposes that constitutional meaning exists in the past as an object that can be recovered wholly untouched by concerns of the present. Using a classic American film to illustrate its points, the essay argues that the meaning produced by originalist method is neither immaculate nor even a recovery, and that present concerns are not obstacles to understanding the past, but the very ground of that understanding.

Keywords: Gadamer, Heidegger, Hermeneutics, It's a Wonderful Life, Originalism.

1. – In Lawrence Solum’s telling, constitutional interpretation is a matter of judicial integrity and correct method. A judge should conscientiously investigate the Constitution’s original public meaning fixed in the past, and then apply it to the case before her. Professor Solum is confident that judges can do this, so long as evidence is plentiful and they “subordinate their own political and ideological preferences to the law.”¹

Solum’s argument implies what I will call the Thesis of Immaculate Recovery. It holds that (i) original public meaning is an object existing in the past independent of the present, and (ii) the conscientious interpreter can recover original public meaning in the pristine state of this existence, unsullied by any present preference, prejudice, or influence of the interpreter or her life and times. Neither originalist method nor Solum’s unsparing criticism of nonoriginalist judges is justified unless Immaculate Recovery is possible.

Alas, it is not. Original public meaning does not lie around the past like a rock, waiting only to be picked up and carried into the present. Immaculate Recovery of past meaning is neither immaculate nor a recovery. The meaning originalists purport to recover does not exist until they look for it, because it is partially constituted by present concerns. These concerns, moreover, are not a “corruption” of the past, but the very means by which we understand it.²

¹ Statement of Lawrence Solum, *Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to Be an Associate Justice of the Supreme Court*.

² This argument is based on Heideggerian ontology and Gadamer’s adaptation of it to textual interpretation, though extended discussion and citation are not practical here. *See generally* M. Heidegger, *Being and Time*, trans. J. Macquarrie, E. Robinson, (New York: Harper & Row, 1962) (1927), especially 31-41; H.G. Gadamer, *Truth and Method*, rev. trans. J. Weinsheimer,

The problem of Immaculate Recovery is not epistemological. It is not that the process of recovery is fraught with difficulty and sometimes fails.³ Rather, there is nothing in the past to recover that is not created and marked by the present. The problem is ontological, not epistemological.

I will illustrate this argument with a classic American film, *It's a Wonderful Life*. I use the storyline to show the implausibility of Immaculate Recovery, and the film's ubiquitous sexism to show that contemporary commitments to gender equality are not obstacles to understanding the film, but precisely the means of doing so. I conclude with some observations about the dubious distinction between virtuous originalists and irresponsibly corrupted others which grounds Solum's argument.

2. – *It's a Wonderful Life* is a 1946 comedy/drama produced and directed by Frank Capra, starring James Stewart, Donna Reed, Lionel Barrymore, and Henry Travers. Despite its sentimentality and sexism, the film is on every American critic's "best-movies" list and remains immensely popular in the United States. It tells the life story of the bright and talented George Bailey (Stewart), who is thwarted at every turn in his burning ambition to leave the provincial "Bedford Falls" of his youth for fame and fortune elsewhere. He settles down with a local girl, Mary Hatch (Reed), and raises a family. Instead of college, he is trapped into running his father's financially beleaguered "Bailey Building and Loan," which grants home mortgages to working class folks who cannot qualify anywhere else. In the course of the story the Building and Loan is left as the only humane institution standing in Bedford Falls after the wealthy and pitiless Henry Potter (Barrymore) absorbs everything else.

654

All this is played mostly for laughs until the plot reaches its dramatic climax. George's serially incompetent Uncle Billy, kept on at the Building and Loan as a family kindness, loses \$8,000 of its funds (between € 85,000 and € 90,000 in current euros). Unable to replace the missing money and facing bankruptcy and ruin, George brings himself to the edge of suicide, despairing at the meaninglessness of his pitiful life and wishing he had never been born.

The conceit of the film is a bevy of guardian angels keeping close watch over George and his troubles. They send Clarence, a kindly though befuddled junior angel (Travers), to "earn his wings" by saving George from the mortal sin he is about to commit. Clarence does so by half-granting George's wish, giving him a tour of Bedford Falls as if George had never been born. (George is physically present during this tour and interacts with the inhabitants, but as a stranger rather than their family, friend, or neighbor.) The town in these visions—called "Pottersville" because in George's absence Potter has taken over everything in town—is bereft of all the good George would have done and all the people he would have saved had he lived. So horribly grim is the world without him in it that George begs to return to his real life in Bedford Falls, a wish Clarence readily grants. The film ends happily, with all the people George touched pitching in to make good the Building and Loan's shortfall, and Clarence earning his wings. Surrounded by family and friends, George realizes that despite all, his is a wonderful life.

D.G. Marshall 2nd rev. ed. (New York: Bloomsbury Academic, 2013) (1960), especially chaps. 3 & 4.

³ E.g., L. Solum, *Originalist Methodology*, 84:1 University of Chicago Law Review, 2017, 269, 278.

3. – The Pottersville world-without-George is a strikingly depressing contrast to his actual world of Bedford Falls. George himself cannot make sense of Pottersville: scores of friends and family are in prison, or insane, or trapped in grinding poverty because George was not there to help them to overcome their situations. His children don't exist because he was not there to father them with Mary, who instead never married (and to whom George is a total stranger). By removing George from the scene, Clarence has not provided an "objective" rendering of George's life in Bedford Falls, but the entirely different world of Pottersville.

Since Descartes, objectivity is reflexively understood as the absence of subjectivity, as if the "objective" world were Pottersville—a movie one could watch with all one's own scenes edited out. But like George, we can only know the world in which we actually live. There is never a point of pure transparency from which the "objective" world is visible to us "as it really is." The only world that exists is the one in which at every moment we are already entangled in relationships with other people and things. Any other world is unintelligible, Robert Solomon observed,⁴ and George learned. It is precisely the utter incomprehensibility of the world of Pottersville that drives George back into the real world of Bedford Falls whence he came—the only world he can know because it is the only world in which he exists.

3.1. – The denouement of *It's a Wonderful Life* exposes the impossibility of Immaculate Recovery. If George can only find the meaning of his life in the world in which he actually lives, then he must examine his life himself—he must interpret *himself*. There is no objective George-life meaning which George can recover as a fact, resting in the past unaffected by who George is and where and when he lives. Whatever meaning he recovers is historical and temporal, his present understanding of his past as that past has affected his life down to the moment when he stands on the edge of suicide.

Though the meaning of his life is not objective, George is not free to make anything he wishes of it. George finds himself in a world with particular possibilities rather than others.⁵ His interpretive possibilities are constrained by the "facticity" of the situation into which he has "fallen" or been "thrown"—the entangling relationships and physical and cultural priors of Bedford Falls with which he is already involved at every moment.⁶ He enjoyed a middle-class upbringing (not an impoverished one); he is a white male (not the African American woman who is his family's maid); he lives in a small town (not an urban center); his childhood hearing loss disqualified him from military service (so he could never have become the war hero his younger brother was); he and Mary have children and build a life together (which eventually make leaving Bedford Falls impossible); and so on.

There remain plenty of interpretive possibilities within the constraints of George's situation. He does not "discover" the meaning of his life as a fact, as if it were there all along before he tried to find it. Rather, this meaning is constantly made both for him and by him in the choices he makes from among the possibilities

⁴ *Continental Philosophy since 1750: The Rise and Fall of the Self*, 1988, 162.

⁵ I owe this formulation of the point to Jim Faulconer.

⁶ Heidegger, *Being and Time* 188-93, 235-39.

he has. Every day George must confront both what his past has made him and what he still might choose to be.⁷

This circularity of interpretation constrains others, too. There is no Mary without George; the meaning of her life is partially defined by the meaning of his. Mary's examination of George's life would thus also be an examination of her own. Nor can someone wholly unconnected with George and Mary and their intertwined lives interpret them objectively—say, one of us in the present. In the more than 70 years since *It's a Wonderful Life* was released it has become embedded in a tradition which necessarily shapes how even an apparently disconnected person in the present can approach its meaning. It is almost universally acclaimed, a classic, Capra's (and Stewart's) favorite film and possibly Capra's best; it captures all the crises and courage of the "greatest generation" which survived the flu epidemic after World War I, suffered the hardship of the Depression, and then endured even more in the war against fascism; it is a powerfully nostalgic representation of a simpler and more faithful America. All of this predetermines how one can engage the film, whether to praise or to criticize.

We in the present cannot see the film and George's life as either pure Cartesian objects or pure Cartesian subjects, because we are already involved with the tradition of the past that surrounds the film and shapes our present understanding of it. Only the angels can watch the movie "as it really is."⁸

3.2. – In the physical and biological sciences, the object of investigation is an "object" in a meaningful way. Science has its own hermeneutic challenges,⁹ but whatever the being of a rock, it is surely not human being. But "human sciences" like law, humanities, and the social sciences investigate human action; they are humanity investigating itself. Thus the metaphor of circularity, the "hermeneutic circle."¹⁰ The various parts or kinds of human action take their meaning from their relationship to the whole of humanity, but the meaning of the whole is constituted by the meaning of its parts. In textual interpretation, the problem is insuperable, as Charles Taylor pointed out:

What we are trying to establish is a certain reading of text or expressions, and what we appeal to as our grounds for this reading can only be other readings. The circle can also be put in terms of part-whole relations: we are trying to establish a reading for the whole text, and for this we appeal to readings of its partial expressions; and yet because we are dealing with meaning, with making sense, where expressions only make sense or not in relation to others, the readings of partial expressions depend on those of others, and ultimately of the whole.¹¹

To understand the past is to understand ourselves, embedded in prior relationships and traditions that link past and present before we engage in any act of interpretation. We can only understand the past, therefore, from a certain,

⁷ Cf. Richard Polt, *Heidegger: An Introduction*, 1999, 66-67.

⁸ Cf. H. Putnam, *Reason, Truth and History*, 1981, 49-50 (criticizing metaphysical realism's "God's eye point of view").

⁹ E.g., T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962.

¹⁰ Solum has elsewhere relied on Gadamer's account of the hermeneutic circle to refute an idiosyncratic argument against original semantic meaning and the fixation thesis. *Semantic Originalism*, Illinois Public Law & Legal Theory Research Papers Series, No. 07-24 (unpub. ms. Nov. 22, 2008), 106, papers.ssrn.com/abstract_id=1120244. He does not consider the broader, negative implications of the circle for originalism.

¹¹ *Interpretation and the Sciences of Man*, 25:1 Review of Metaphysics, 1971, 6.

present point of view that is constituted both by the people we are and the past we have inherited. There is neither past without the present, nor present without the past.

4. – Heidegger expressed the hermeneutic circle in terms of ontology. We understand all meaningful human action in terms of both who we are and whom we might become.¹² Gadamer transformed the circle from an apparent negative—loss of objectivity—to the positive condition of understanding: our prejudices and preconceptions are precisely the means by which we understand any text from the past.¹³ Prejudices are not obstacles to understanding the past but the very ground of this understanding.

This is evident in the portrayal of Mary in *It's a Wonderful Life*. The film reflects (what we today call) the sexist assumptions of seven decades past. Mary's success in life rests on her marriage to some successful man; her mother is dismayed when Mary rejects a wealthy, politically connected suitor to drop out of college and marry the broke and impractical George. But marriage fulfills all of Mary's dreams—mother, homemaker, helpmeet; at one point she declares only half-jokingly that she married George to “keep from becoming an old maid” (which is precisely what she is in Pottersville: a fearful spinster librarian who faints in horror at the insistence of George, a complete stranger, that together they had children, and thus sex.) Mary is the nurturing, virtuous, domestic, mother devoted to home, husband, and children, naturally unsuited for life in the real world of aggression, competition, and conflict—the world of men.

The 1946 reviews did not note these stereotypes,¹⁴ not even reviews in the urban liberal press.¹⁵ Mary's character apparently so captured the tenor of the times that its sexism was invisible, the unconsciously accepted picture of how women naturally are, assumed even by cultural elites. The gender stereotypes are recognizable to us because we live in a radically different world in which gender roles are matters of choice rather than destinies of Nature. It is precisely gender equality that brings into being Mary's portrayal as stereotypical and unnatural. Without this contemporary “prejudice,” the film's portrayal of Mary would pass as an unremarkable reflection of Nature, as it did in 1946.

A double irony is that gender equality also gives meaning to the several moments when Mary acts against type. It is Mary, not George, who offers their honeymoon savings to rescue the Building and Loan during the Depression. (Potter compliments George for this, but Mary volunteered the capital.) It is Mary, not George, who buys the dilapidated mansion they fix up as their home. And it is Mary—and certainly not George, who by now is off wallowing in self-pity—who raises the missing \$8,000 to rescue George and the Building and Loan from ruin.

¹² *Being and Time* 194–95.

¹³ *Truth and Method* 282–96.

¹⁴ E.g., B. Briller, *Review: It's a Wonderful Life*, *Variety* 1946, variety.com/1946/film/reviews/it-s-a-wonderful-life-1200414860/; “It's a Wonderful Life,” *The Hollywood Reporter* (Dec. 19, 1946), www.hollywoodreporter.com/news/a-wonderful-life-1946-movie-754681.

¹⁵ E.g., J. Agee, *Films*, *The Nation* 163:26 (Dec. 28, 1946), 766; “Current Cinema: Angel of Whimsey,” *The New Yorker* (Dec. 21, 1946), 87. *The New Yorker* did manage to work in a reference to female sexual frigidity. *Idem.* 88.

In fact, Mary seems to be the only one besides Potter who initiates profitable financial transactions.¹⁶

By “objectively” removing commitment to gender equality and every other contemporary prejudice, Immaculate Recovery (were it possible) would remove the very way we understand *It’s a Wonderful Life*, extinguishing both its gender stereotyping and its recognizably proto-feminist moments.

4.1. – But don’t take my word for it—Professor Solum himself provides compelling evidence. He declares that originalism would not require abandonment of *Brown v. Board of Education* (1954), an assertion nearly as unsupported as it is irrelevant.¹⁷ A Supreme Court with originalist integrity would reverse many of its prior decisions; why pick *Brown* off the pile to save, and on such flimsy grounds?

No theory of constitutional interpretation is viable in the United States unless it accounts for *Brown*. As Robert Bork lamented, even the great Professor Wechsler was attacked for his suggestion that *Brown* lacked a neutral doctrinal justification.¹⁸ *Brown* is worshipped by liberals and conservatives alike; questioning its holding guarantees a one-way ticket to oblivion. If originalism permits a return to the Jim Crow regime of “separate-but-equal” laws, then there will be very few originalists.

Solum takes the pro-active step of insulating originalism from fatal, *Brown*-based criticisms. But the canonization of *Brown* occurred long after the enactment of the 14th Amendment, which makes it methodologically beside the point. *Brown* instead generates a *present* concern: how to defend originalism in the face of a “prejudice” for full racial equality that no reasonable person today would dispute, but most people in 1868 probably did.

The original public meaning of the 14th Amendment is unavoidably bound up with the contemporary imperative that any theory of constitutional interpretation account for *Brown*. Even so committed an originalist as Professor Solum betrays the problematics of Immaculate Recovery.

5. – Just as the contemporary commitment to gender equality creates the understanding of gender-stereotyping in *It’s a Wonderful Life* that few possessed in 1946, the contemporary commitment to racial equality symbolized by *Brown* demands an original understanding of the 14th Amendment that includes an historically implausible warrant for desegregating public schools. The semantic expressions that compose both film and decision have remained literally unchanged

¹⁶ Cf. R. Beuka, *Imagining the Postwar Small Town: Gender and the Politics of Landscape in It’s a Wonderful Life*, 51:3/4 *Journal of Film and Video*, 1999-2000, 41.

¹⁷ Solum relies on a revisionist argument by M. McConnell, *The Originalist Case for Brown v. Board of Education*, 19:2 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1995, 457, itself a shortened version of M.W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, 81:4 *University of Virginia Law Review*, 1995, 947. Legal historians praised McConnell’s work for the new light it shed on school segregation during Reconstruction, but rejected his claim that the original meaning of the 14th Amendment precluded racially segregated public schools. E.g., M.J. Klarman, *A Response to Professor McConnell*, 81:7 *Virginia Law Review*, 1995, 1881; E.M. Maltz, *Originalism and the Desegregation Decisions—A Response to Professor McConnell*, 13:1 *Constitutional Commentary*, 1996, 223.

¹⁸ *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, 1990, 78-79 (discussing H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73:1 *Harvard Law Review*, 1959, 1, 31-35).

through the intervening decades; there has been no “linguistic drift.” Nevertheless, each now means something different than it did in the past.

It's a Wonderful Life and *Brown v. Board of Education* have passed down to the present encased in traditions which affect how we understand our present concerns, at the same time that our present concerns affect how we understand the past that generated these traditions. The task of interpretation is to connect this present with this past, to “fuse their horizons,” to use Gadamer’s metaphor.¹⁹ We cannot abandon the present for the past as originalism presupposes, because the present is already baked into the past. Nor can we cut loose the present from the past like those ubiquitous bogeys, the “living constitutionalists,” because the present is always already affected by the past. This inquiry is neither normative (“How *should* we interpret the constitution?”) nor epistemological (“How *can* we interpret the constitution?”), but ontological (“What *is* interpretation of the Constitution?”). Constitutional interpretation circles among past and present; it necessarily combines, *cannot do other than combine*, the effect of the past through history and tradition on our present concerns, and the shaping exerted by those same present concerns on our search for the past.

Why does this matter? The rhetorical power of originalism is its claim that originalists are applying objective method, while nonoriginalists are tainted by subjectivity. But “fixity,” “constraint,” and the other “objectivities” in which originalist wrap their theory are no less touched by interpretive subjectivity. Like all human inquiries into proper action in particular situations, interpretation is a matter of judgment not subject to governance by rule or method, as Aristotle concluded long ago,²⁰ and even some originalists concede.²¹ Any interpretive approach is compounded of both objectivity and subjectivity, past and present.

Constitutional interpretation is neither Immaculate Recovery of past and pristine objective meaning, nor ignorance or distortion of it. It is rather a negotiation of past and present in which both make their claims and are reconciled, at least for a time.

¹⁹ *Truth and Method* 313-17.

²⁰ *Nicomachean Ethics* vi.1-13 1138b18- 45a11, trans. W.D. Ross, rev. J.O Urmson, in *The Complete Works of Aristotle*, vol. 2, ed. J. Barnes, 1984, 1797-808. See also Gadamer, *Truth and Method* 322-33 (discussing the relevance of the *Ethics* to interpretation).

²¹ E.g., K. Whittington, *The New Originalism*, 2:2 *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2004, 599, 611.

Politics all the way down: originalism as rhetoric

di David Kenny

Abstract: *Politica, fino in fondo: l'originalismo come retorica* – This paper argues that, contrary to Professor Solum's statement, originalism is an interpretive technique that is political, and cannot be adopted or applied in isolation from political considerations. However, the paper suggests "political" judging is not totally unrestrained, and is not as dangerous as Solum fears; all judging is restrained by the common conventions and suppositions of the legal community. The paper concludes with the suggestion that originalism is a rhetoric, one that attempts - despite its claims to transcend politics - to persuade people to adopt one judicial politics over others.

Keywords: Originalism; Living constitutionalism; Rhetoric; Anti-formalism; Judicial politics.

1. Introduction

In Lawrence Solum's telling, constitutional interpretation is a matter of judicial integrity and correct method. A judge should conscientiously investigate the Constitution's original public meaning fixed in the past, and then apply it to the case before her. Professor Solum is confident that judges can do this, so long as evidence is plentiful and they "subordinate their own political and ideological preferences to the law."¹

Professor Solum's statement is an exceptionally clear and cogent case for originalism. But I think Solum underestimates the pervasiveness of politics in judging and overestimates its dangers, and I would argue against adopting this account of judging in legal academia.² I take the term "political" to mean a stance that is angled, partisan, partial, biased – leaning towards one particular ideology or vision of what society should be. It is not based on neutral, procedural, or universal standards, but on contested and contestable views of the world.³ Solum argues that living constitutionalism is a political standard, while originalism is neutral and apolitical. I wish to argue that, contrary to Solum's wishes, originalism is political too; that political judging is not as bad as Solum thinks; and that theories of

¹ Statement of Lawrence Solum, *Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to Be an Associate Justice of the Supreme Court*.

² In this forum, I am treating Solum's account as an academic argument. An interesting question is whether – notwithstanding academic misgivings – it is useful to persuade the US Senate to be less partisan.

³ See D. Kenny, *Merit, Diversity, and Interpretive Communities: The (Non-Party) Politics Of Judicial Appointments And Constitutional Adjudication* in Cahillane et al. (eds.) *Politics, Judges, and the Irish Constitution*, 2017 137; S. Fish, *The Trouble with Principle*, 1999, 94.

judging are just rhetorical techniques used to advance different sorts of judicial politics. I will argue this with a variation on Solum's structure. While debunking myths about originalism, Solum is perpetuating the foundational myths of originalism. When we delve into these, they show originalism to contain the very politics it claims to avoid.

2. The Myths of Originalism

2.1. Myth Number One: originalism can be applied apolitically

That originalism can excise the politics from interpretation and judging is premised on the notion that meaning can be derived by an interpreter from text and history without ideology or political bias. But for this to be true, the original intention of text and the meaning of history would have to be self-declaring, with no room for interpretation or dispute, and we know this is not the case.

Originalists have to answer many questions before meaning can be found: where exactly we look for intention, and how we unpack it hard cases? Which sources of history are valid and venerated and which are disparaged and ignored? How do we draw inferences from incomplete and contested information? What new viewpoints on historical meaning might we be willing to consider about what principles the Constitution originally embraced, or what those principles mean today?

Solum does not answer these questions in his statement, and if he did, we would see that people could reasonably disagree with his answers. History is not fixed: sources disagree, falling in and out of fashion, and as they do, our understanding of history changes. New understandings are suggested, new evidence is found (or previously discarded evidence is reconsidered), and minds change. History is always in the process of being contested. As Stanley Fish puts it: "To say that one must always consult history does not prevent – but provokes – disagreement about exactly what history is, or about whether or not this piece of information counts as history".⁴

This contest about historical meaning is not politically neutral, because it will always be infected by contemporary influences that are themselves a product of your experience: assumptions, beliefs, and biases about all sorts of politically contested or contestable matters. Your beliefs about government, about history, about truth will lead you to prefer some sources over others; see some views as credible and some as absurd; see some parts of history as clear and settled and others as murky and disputable. But your experience is not neutral; your experience forms (perhaps it *is*) your politics, because it shapes your vision of the world in which some ends are good and others fraught with death, in which some actions of government are natural and right and some are mistaken and wrong. That experience gives you a sense of what to *expect* from history, will render some historical interpretations absurd or unthinkable, when – to a person of another experience – they might be plausible or obviously true. We know this because all

⁴ S. Fish, *Fish v Fiss*, 36 Stanford Law Review, 1984, 1325, 1327.

sorts of meanings can be plausibly wrung from history by dedicated, well-meaning people, who – without (conscious) bias – ask a question about historical meaning and reach opposite conclusions.⁵

The choice to be originalist in principle does not give you answers, which are a product of how originalism is fleshed out in the reading of history.⁶ And the reading of history is not insulated from politics, but a product of it. To put it another way, originalism is not a complete methodology of interpretation, because “the past can appear to us only in an interpreted form, in the form of a constructed intention that can always be constructed *again* in light of whatever evidence from whatever source seems relevant”.⁷

If it ever seems otherwise, this is a result of temporary agreement between originalists on a particular question of historical meaning for a particular purpose.⁸ This agreement is conversational objectivity;⁹ something appears objective because the participants in the current discussion agree on it, but new discussants or new circumstances reveal differences and create disputes, and the appearance of objectivity disappears. Indeed, conversational objectivity occurs when opponents of originalists for the most part reject its premise and do not engage in historical dispute, preferring to argue differently. If – as Solum wants – we all became originalists, he would not find markedly more agreement between us, but new and bitter disagreements about historical meaning and sources, as we contest our politics on the playing field of history.

2.2. Myth Number Two: the choice to be originalist is apolitical

Solum’s belief is that at least the *choice* to be an originalist can be made without politics. But this too is a myth.

We are not born originalists. We are *persuaded* to become originalists, and this is done in the context of our experiences: of life, of the law, of politics, of history. There are two important consequences that flow from this. First, we cannot step behind a veil of ignorance when choosing what interpretative tools we will use in our legal lives. Anyone choosing to be an originalist does not do so in a vacuum, with only the question: how should I interpret constitutions? Answering this question demands a huge amount of prior knowledge: about constitutions, courts, politics, rights, power, history. Without this knowledge, the question would be nonsensical. But this knowledge cannot be imparted or acquired neutrally; it demands answers to contested political and historical questions about the purpose and role of the state, the nature of constitutions and constitutionalism, the proper role of judges etc. The choice of interpretive tool is biased by all sorts of preconceived

⁵ The meaning of the Second Amendment is a clear and ongoing example of this. See P. Brookes, *The Rhetoric of Constitutional Narrative: A Response to Elaine Scarry*, 2 *Yale Journal of Law and Humanities*, 1990, 129. There are many others.

⁶ S. Fish, *There’s No Such Thing as Free Speech and It’s a Good Thing Too*, 1994, 185.

⁷ Fish (no. 6) 183.

⁸ The prevailing disciplinary rules of history, law or legal history may also stabilise some debates for a time, but they are not apolitical: they have political origins, they have to be interpreted, and they change over time. See generally Fish (n 4).

⁹ See R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 1990, 31.

views about what courts can and should do; the proper role of each branch of government; the meaning of history. Your consideration of the legitimacy and desirability of a method of interpretation is coloured by your experiences and your politics.

Secondly, you cannot choose to be an originalist without a sense of what this will mean for your views on the law and your actions as a judge. You will consider an interpretative technique while considering (or being told) that it will make you more likely to favour some results and disfavour others.¹⁰ You will know if it will lead you towards results that will be, by your lights, acceptable or necessary, or wrong and intolerable. If being an originalist would lead you to results that your experience told you to be wrong, then you would not be persuaded by originalism. The choice to be an originalist will always be made in the shadow – impossible to ignore – of the kind of world we see around us, and how originalism would preserve or change it.¹¹ That is, any attempt to persuade someone to be an originalist will be made in a context where the consequences of this will – consciously or subconsciously – have a persuasive effect.

Becoming an originalist – just like practicing originalism – is not insulated from politics; it is a product of your politics, your views on how the world should be that constitute your deepest beliefs and aspirations.

2.3. Myth Number Three: judicial restraint is neutral and apolitical

The third myth that Solum perpetuates is that judicial restraint is neutral and apolitical when compared with a judicial tendency to intervene. This could be true only if the *status quo* was without political consequence, and if you could draw an apolitical line between when to be restrained and when to act, and neither of these things is so.

First, to be restrained is to maintain things as they are, to decide that things will be acceptable if left well-enough alone. But maintaining the *status quo* is not apolitical. The *status quo* is the product of the political choices of the past, and in the American judicial system, a judge is usually only presented with a case where reasonable people think there is cause to dispute that politics. Siding with the *status quo* then, is just picking one politics, which won a persuasive battle some time ago, over another. There will always be inertia, a sense that doing nothing is the default, but this hides that the choice not to act when you could is a political choice. There is politics in doing nothing.

Secondly, restraint can only be sensible when combined with other, more obviously political, views. Restraint means judges should “do as little as possible”,

¹⁰ Here, you are either being persuaded to that certain results go hand-in-hand with originalism, or originalism as seen by you is suggesting a set of results based on your view of history, politics and judging.

¹¹ Any belief to the contrary is the critical self-consciousness fallacy. We all like to think that we are open to following a path of inquiry to any conclusion on, say, original intention of the Constitution, but this is not the case. Open-mindedness is formed by and limited by – not outside of and beyond – our biases. See D. Kenny, *Conventions in Judicial Decisionmaking: Epistemology and the Limits of Critical Self Consciousness*, 38 *The Dublin University Law Journal*, 2015, 432.

but as little as possible to achieve *what?* To decide cases, but not in any which way. It must mean: “do as little as possible to decide cases correctly, justly etc”, and in these terms we find the politics that restraint is said to exclude.¹² Restraint inevitably runs out, and this point where intervention becomes necessary is determined by your beliefs about the Constitution’s underwriting principles – what conduct or circumstances the Constitution will and will not tolerate. It is your politics – your contestable views on what is needed for a good society – that draws the line. A sense of restraint comes from the same repository of internal values, experiences, suppositions that any instinct toward activism comes from; differences in experiences and beliefs that set these positions apart.

But Solum is most worried about a much more extreme politics: the politics that motivates unrestrained judges, who pursue their primary political goals, even when these are outside the widest bounds of the judicial process. However, there is no such person; every judge is constrained and restrained by the community conventions and suppositions of judging.

2.4. Myth Number Four: there is such a thing as an unconstrained judge

Solum continually juxtaposes the originalist judge to the unconstrained judge, who believes it is acceptable to ignore constitutional text and history and impose their own values. But this villain is not real. All judge are constrained by their enterprise-specific politics of judging, their views on the proper role of the judiciary that are a product of their experiences in the legal community.

Solum wants a judge have a different view of what she should do as a judge than what she would do were she, say, a legislator or a president – that is, if she were in some other way at large, free to act on issues without the usual limitations and restraints of the judiciary. You should have different goals for judging – respect for the rule of law, maintenance of the constitutional order – and these should not be subordinated to achieving your primary political aims, be they progressive change or limiting of the scope of government. You should have a distinct sense of what judging is for, and this should be different from one’s general political aspirations.

But has there ever been a judge that thought that she should directly implement her primary political goals through judging? Has there ever been a judge who did not think that she was upholding the rule of law and maintaining the constitutional order, but instead executing primary political aspirations in the teeth of these values? I highly doubt it, because that would be a judge that had no distinctive view of judging as opposed to any other activity, and would have no internalised sense of the legal and political community’s view of judging.¹³

Judges have spent a professional lifetime as lawyers in law firms, government, academia. They have undergone significant legal training and immersed themselves in our systems of government, our traditions, our values, and our community’s vision of judging. From this, they will have a sense of what judges should and should not do, where the judicial powers ends and other political

¹² See Kenny (no. 3).

¹³ This is what Fish calls an Interpretive Community; see Fish (no. 4).

branches take over. Judges are always already restrained by a deep-seated sense of their enterprise which they derive from being enmeshed in a community.

This means that even the living constitutionalist Solum fears does not think that anything goes. She will only do what she thinks the Constitution allows judges to do, and that will not be everything she might want to do politically. A judge might politically desire outcome A, but her *judicial* politics – the politics that she has acquired about what judging should be – will suggest that it should not be achieved by judicial means for reasons of legitimacy, efficacy, institutional limitations etc. Judges subordinate their primary politics to their judicial politics while they are judging, and their judicial politics will include a sense of restraint. The details of this judicial politics will be, in part, a product of their broader politics, and so the sense of restraint varies (it is political), but these are variations within certain community-defined boundaries. Judges are always constrained by the perceived limits of the judicial enterprise.

The only way a judge would not have these limits is if she saw no difference between judges and legislators, presidents, or dictators. This view could only be held by someone who fundamentally rejected the premises and precepts of our legal and political system. Would this person go to law school and spend her life hiding her true feelings in order to be made a judge? Could she keep up this ruse well enough to be appointed to the US Supreme Court? If she did, what would she accomplish?¹⁴ She would issue fringe dissents, calling for whatever radical political agenda she desired, and probably be impeached, so universal would be the sense that she was simply not acting judicially as we understand the term. I would suggest to such a person that there are better ways to advance her revolutionary agenda than through appointment to the bench.

All judges have what Solum says he desires: a distinct sense of what should or should not be advanced in the courts.¹⁵ The problem is that this comes from an enterprise-specific *politics*, and Solum wants something more: a judge restrained by apolitical, historical meaning, not community understandings, conventions about judging that can and do change over time and vary with politics. But there is no such restraint; there is only political restraint.

A sense of historical restraint felt by an originalist judge is just the same as the sense of restraint felt by the living constitutionalist: both come from a sense of the purpose of the enterprise of judging that they acquired from the practices, standards and conventions of legal community, and open to change in just the same way over time. The difference lies in their politics, which has led them to embrace views that are on different political wings of their community, and provokes disagreement on what restraint should mean. Solum's quarrel is not, as he would have it, that one group is apolitical and the other political; it is that former has an enterprise-specific politics that matches his preferred vision of judging, while the latter has one that does not.

¹⁴ She could only have success if she managed to persuade her judicial colleagues and the legal and political community more broadly that her approach was right. This would be the legal and political community changing its view of judging. This is always possible in principle, but it does not generally come from one extremist judge; it happens very gradually over time, driven by myriad factors.

¹⁵ See Fish (no. 4) 1336.

This internalised sense of restraint does not depend for its efficacy on your belief about where it comes from. If you could somehow convince Judge Gorsuch that originalism was not coherent, he probably¹⁶ would not change his mind about what judges can and can't do, because his restraints do not follow from his theory. They come but from his experience of the law and the legal community, which convince him of the need for certain judicial limits, and these experiences would not have changed. That is, his originalism is an articulation of restraints already internalised; it is not generative of restraints, and its absence would not be destructive of them.

3. Conclusion: Originalism as rhetoric

What, then, is originalism?⁹ Since originalism claims to say only “look to history”, and history is politically interpreted, originalism should be empty and devoid of consequence. But it is not, because originalism, as current practiced, actually says look to *a particular vision of history*, and judge accordingly. This is a judicial politics, one that favours restrained, (small “c”) conservative judging, and uses apolitical original intent as its rhetorical strategy. Originalism is not a theory of judging, but a narrative about the origins of this judicial politics, designed to persuade people of various things: to think about law and judging in a certain way; to embrace only certain judicial outcomes; to appoint only judges who proclaim that thinking.¹⁷

Solum's statement is another salvo in a (very) long political fight to persuade people – students, lawyers, judges, academics, Senators – to embrace one judicial politics over another. Originalism attempts this by promising redemption from politics, which these days is a great rhetorical strategy if you can make it work. But there is no redemption; the world will never be populated by judges committed to apolitical theories of interpretation, reaching apolitical results, bound by objective restraints that grip them like a vice. Nor, however, do we need redemption, because the world will also never be populated by judges who are free and unrestrained, implementing their primary politics with complete disregard for the conventions and boundaries of the legal system. Judging is political, but politics in judging just isn't that bad.

I am not trying to persuade you here to embrace any particular judicial politics, but to embrace the *inevitability* of judicial politics over the myth that we can transcend it.¹⁸ Solum dearly wants a way to ground us, to “take politics and ideology out of law”. But try as we might to escape politics, we can't. In human affairs, it's politics all the way down.

¹⁶ It would be more accurate to say not necessarily changed; if we changed Judge Gorsuch's mind on an issue so close to his judicial mindset, we might, in the process, persuade him to see other things differently too. But there is nothing certain or inevitable about this; one's belief in the theory of originalism is not what determines one's restraints. See Fish (no. 6) 186.

¹⁷ See Fish (no. 6) 192. To be clear, this does not at all suggest that originalists act in bad faith; and I would make this same argument about other theories of judging as well.

¹⁸ The arguments I advance are not novel; they have been made before by Stanley Fish and others. But the case they were arguing against is still made, so counterarguments must be made again in new ways.

Originalism: Less to the Picture than Meets the Eye?

di Thomas B. Colby

Abstract: *Originalismo: meno di quanto possa sembrare in apparenza?* – Originalism is thriving in America today. And yet there is, in an important sense, less to the picture than meets the eye. Even if originalist judges were always to employ originalism with the highest degree of consistency and rigor—which they do not do—they would still not be constrained from imposing their own values on the nation. Simply put, today’s sophisticated originalism is not particularly constraining at all. The very changes that academics have made to the theory of originalism in recent years in order to shore it up against criticism and make it more intellectually sophisticated and defensible, also rob the theory of what used to be its very *raison d’être*—its claim to be able to constrain judges and prevent them from imposing their own values on the nation. Originalism does not avoid the problem of judges allowing their personal views to affect their constitutional decisions, thereby undermining democratic self-rule. It simply cloaks that process in false (even if well-meaning) claims of historical providence

Keywords: Originalism; Constitutional law; Constitutional interpretation; Constitutional theory; Supreme Court of the United States.

669

Not much more than a year ago, at least one prominent American legal scholar was predicting that originalism’s time had come and gone.¹ The thinking was this: Following the death of Justice Scalia—originalism’s uniquely vocal, articulate, and recognizable champion—there was only one remaining self-proclaimed originalist on the Supreme Court. Either President Obama or future-President Hillary Clinton would almost certainly replace Justice Scalia with a non-originalist. Even in the then-seemingly unlikely event that a Republican were to win the 2016 presidential election, he or she, like the last Republican president, George W. Bush, would probably not expend political capital trying to appoint an originalist justice. Indeed, the Republican frontrunner, Donald J. Trump, seemed so hostile to all that originalists hold dear that he prompted a long list of prominent originalists to issue a public statement of opposition to him, entitled, “Originalists Against Trump.”² With only one idiosyncratic originalist Justice left on the high bench, lawyers would no longer bother making serious originalist arguments to the Supreme Court, and originalism would gradually fade away.

What a difference a year makes! Originalism is thriving today. Donald Trump defied the conventional wisdom, won the election, and then, to the surprise and delight of his originalist critics, chose to replace Justice Scalia with Justice

¹ See E. Posner, *Why Originalism will Fade*, Feb. 18, 2016, available at www.ericposner.com/why-originalism-will-fade.

² See www.originalistsagainstrump.wordpress.com/2016-statement.

Gorsuch—another self-professed originalist.³ With three aging non-originalist Supreme Courts Justices perhaps on the brink of retirement, the Senate in Republican hands, and a President apparently inclined to appoint originalists to the high court, originalism suddenly seems poised to dominate the constitutional landscape for a generation or more.

Much of the credit for originalism’s long-term resurgence belongs to Professor Lawrence B. Solum. Professor Solum is perhaps the most significant and most careful of a large group of serious legal academics who have been honing an increasingly sophisticated form of originalism in the law reviews over the course of the last decade or more. His testimony before the Senate Judiciary Committee at the Gorsuch confirmation hearings⁴ does more than just provide a helpful summary of the state of originalist theory. It also embodies originalism’s real-world triumph—from the pages of the law reviews, to the halls of Congress, to the Supreme Court bench.

Those critics who continue to dismiss originalism out of hand⁵ are making a huge mistake—both politically and intellectually. Politically, originalism is not fading; it is only getting stronger. Declaring it to be unworthy of serious attention will not make it go away. (Critics learned that lesson the hard way with Donald Trump.⁶) Intellectually, the claim that originalism is unworthy of consideration is simply wrong. Academic originalism has become a robust theory (or, more accurately, family of theories) that deserves to be taken seriously—thanks, in no small part, to the work of Professor Solum.

And yet there is, in an important sense, less to the picture than meets the eye. Professor Solum’s characteristically modest and careful testimony makes originalism look thoughtful, organized, structured, and rigorous. Which it is, when practiced and hewn by its most able academic champions. But no actual judge—including Justices Scalia and Gorsuch—has in practice approached originalism with anywhere near that level of academic sophistication. There are, broadly speaking, two originalisms in America: the academic one that Professor Solum ably

³ See N.M. Gorsuch, *2016 Sumner Canary Memorial Lecture: Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, 66 *The Case Western Reserve Law Review*, 2016, 905-06 (declaring that “judges should...strive (if humanly and so imperfectly) to apply the law as it is, focusing backward, not forward, and looking to text, structure, and history to decide what a reasonable reader at the time of the events in question would have understood the law to be”); transcripts.cnn.com/TRANSCRIPTS/1703/22/cnr.03.html (remarks of Judge Gorsuch at his confirmation hearing) (describing “originalism” as “what [a] good judge always strives to do,” and declaring that a judge’s job is to ascertain “the original meaning of [the Constitution’s] words”).

⁴ See Statement of Lawrence B. Solum, Carmack Waterhouse Professor of Law, Georgetown University Law Center, Hearings on the Nomination of the Honorable Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States.

⁵ See M.C. Dorf, *Book Review*, 125 *Harvard Law Review*, 2012, 2027 (noting that “critics have argued that no version of originalism can be taken seriously”); J. Greene, *Selling Originalism*, 97 *The Georgetown Law Journal*, 2009, 657, 658 (“A substantial number of legal academics regard [originalism] as hogwash.”).

⁶ See, e.g., M. Roza, *When the History of the 2016 Elections is Written, Trump Will Be an Afterthought*, www.qotd.io/read/when-the-history-of-the-2016-elections-is-written-trump-will-be-an-afterthought (“Should Donald Trump’s presidential candidacy be taken seriously? In terms of whether or not he can get elected: Absolutely not.”); M. Yglesias, *It’s Okay to Keep not Taking Donald Trump Seriously*, Vox, Aug. 5, 2015, available at www.vox.com/2015/8/5/9100215/donald-trump-going-to-win.

summarizes in his testimony,⁷ and the popular, crude one trumpeted by political commentators and politicians.⁸ Sadly, judges are more likely to be crude than erudite in this regard. Scholars have amply demonstrated that originalist judges are nowhere near as rigorous and consistent in their originalism as Professor Solum is in his.⁹ Professor Solum is surely correct that “[o]riginalist judges do not believe that they have the power to impose their own values on the nation.”¹⁰ And yet, when they invoke originalism crudely, selectively, and inconsistently, that is just what they end up doing—every bit as much as their non-originalist counterparts, but behind the sometimes seemingly smug veneer of professed superior neutrality.¹¹ In this vein, it is, for instance, difficult to square Professor Solum’s statement that an originalist court “should consider itself bound by the text” of the Constitution¹² with the many opinions written by the Supreme Court’s self-professed originalist Justices that rely entirely on unwritten supposed principles of constitutional structure to invalidate governmental actions, even

⁷ Even in the academy, as Peter Smith and I have written, it is a mistake to imagine originalism as monolithic and coherent. “A review of originalists’ work reveals originalism to be not a single, coherent, unified theory of constitutional interpretation, but rather a smorgasbord of distinct constitutional theories that share little in common except a misleading reliance on a single label...The more accurate picture is one of a collection of rapidly evolving theories, constantly reshaping themselves in profound ways in response to devastating critiques, and not infrequently splintering further into multiple, mutually exclusive iterations.” T.B. Colby, P.J. Smith, *Living Originalism*, 59 *Duke Law Journal*, 2009L 239, 244–45. Professor Solum has resisted this characterization by insisting that, “[w]hile Colby and Smith are correct to observe that there are significant differences among originalists, they are wrong to deny that originalism has a unifying core. That core is specified by the Fixation Thesis and the Constraint Principle.” L.B. Solum, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, 91 *Notre Dame Law Review*, 2015, 1, 9. That core is, however, a shallow one. All versions of originalism do, indeed, share a commitment to at least a weak version of the “fixation thesis” and the “constraint principle.” But that thin shared commitment still allows for a staggering amount of diversity within the originalist family of theories. See Colby, Smith, *supra*, 247–62; J. Greene, *Heller High Water? The Future of Originalism*, 3 *Harvard Law and Policy Review*, 2009, 325, 327 (noting “the little common ground among most originalists”).

⁸ See Greene, *supra* note 7, 326 (“Deciphering what one means by ‘originalism’ first requires deciding whether it refers to the views of politicians or constitutional lawyers, to academic theory or judicial practice”); J. Greene, N. Persily, S. Ansolabehere, *Profiling Originalism*, 111 *Columbia Law Review*, 2011, 356, 358 (noting that “it is not clear that frequent invocations of the founding fathers or original intent on cable news, on talk radio, or even at Supreme Court confirmation hearings has much at all to do with the serious work of historians and legal scholars”).

⁹ See, e.g., Colby, Smith, *supra* note 7, 291–305; P.J. Smith, *Originalism and Level of Generality*, 51 *Georgia Law Review*, 2017, 485. Some academic originalists have made this observation as well. See, e.g., V. Kesavan, M. Stokes Paulsen, *The Interpretive Force of the Constitution’s Secret Drafting History*, 91 *The Georgetown Law Journal*, 2003, 1113, 1140 (“But even though Justice Scalia remains the dominant figure in the shift to originalist textualism, his is not always the most refined or consistent version of the theory. In some ways, he is a leader whose followers have bettered the leader’s own work. Scholars and judges a half-generation younger than Scalia, who are in some respects his heirs, often appear to be employing more thoroughly and carefully honed versions of originalist textualism.”); M.D. Ramsey, *Beyond the Text: Justice Scalia’s Originalism in Practice*, 92 *Notre Dame Law Review*, 2017, 1945, 1964 (noting “four respects in which Justice Scalia’s originalist methodology appears underdeveloped from a practical perspective”).

¹⁰ Solum, *supra* note 4, at 2.

¹¹ For an example, see T.B. Colby, *A Constitutional Hierarchy of Religions? Justice Scalia, the Ten Commandments, and the Future of the Establishment Clause*, 110 *Northwestern University Law Review*, 2006, 1097, 1126–38.

¹² Solum, *supra* note 4, 2.

where the Justices openly admit that there is “no constitutional text speaking to th[e] precise question.”¹³

And there is a deeper feature of originalism that makes it less significant and less consequential than Professor Solum’s testimony implies. Even if judges were always to employ originalism with the highest degree of consistency and rigor, they would still not be constrained from imposing their own values on the nation. Simply put, today’s sophisticated originalism—Professor Solum’s originalism—is not particularly constraining at all.

Professor Solum lists as one of the “Myths about Originalism” that “Originalism Would Require that *Brown v. Board* be Overruled.”¹⁴ He is correct; that canard is likely a myth.¹⁵ But the *reason why* it is a myth is telling.

As I have written about at great length elsewhere,¹⁶ the very changes that academics like Professor Solum have made to the theory of originalism in recent years in order to shore it up against criticism and make it more intellectually sophisticated and defensible, also rob the theory of what used to be its very *raison d’être*—its claim to be able to constrain judges and prevent them from imposing their own values on the nation.

Originalism—or at least the originalism that fills the pages of law reviews—now allows judges to render decisions that run contrary to the original intent and expectations of the Framers and that are inconsistent with what the Framers thought or would have thought about the issue. It now reads the most important rights-granting clauses at broad levels of generality, thus affording judges substantial wiggle room in which to engage in constitutional construction.¹⁷

672

It is true that employing originalism would not require the Supreme Court to overrule *Brown v. Board of Education*. But neither would it *preclude* the Court from overruling *Brown*. Rather, today’s originalism would allow a judge to reach just about any result she wanted on the issue of segregation.¹⁸ An honest originalist judge could either defend *Brown*, or reject it.¹⁹ And the same is true for virtually

¹³ *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 905 (1997) (Scalia, J.). See generally J.F. Manning, *Federalism and the Generality Problem in Constitutional Interpretation*, 122 *Harvard Law Review*, 2009, 2003.

¹⁴ Solum, *supra* note 4, at 4 (citing *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)).

¹⁵ Solum’s claim that *Plessy v. Ferguson* “was a living constitutionalist decision,” *id.*, however, is harder to defend. Whether or not the result in *Plessy* was correct on originalist grounds—a subject of continued debate, compare M.W. McConnell, *The Originalist Justification for Brown: A Reply to Professor Klarman*, 81 *Virginia Law Review*, 1996, 1937, 1949, with J.F. Mitchell, *Textualism and the Fourteenth Amendment*, 69 *Stanford Law Review*, 2017, 1237, 1296—the opinion itself sounds much more in originalism than it does in living constitutionalism. The opinion relies heavily on “the established usages, customs, and traditions of the people,” and on the historical evidence of the original object and understanding of the Fourteenth Amendment. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 543–51 (1896).

¹⁶ See T.B. Colby, *The Sacrifice of the New Originalism*, 99 *The Georgetown Law Journal*, 2011, 713.

¹⁷ *Id.* 747 (footnotes omitted).

¹⁸ See R. Turner, *On Brown v. Board of Education and Discretionary Originalism*, 2015 *Utah Law Review*, 2015, 1143.

¹⁹ See J.M. Balkin, *Framework Originalism and the Living Constitution*, 103 *Northwestern University Law Review*, 2009, 549, 555, 600 (explaining that both *Plessy* and *Brown* are

every other highly contested issue of constitutional law today. Originalism could be invoked—and serious originalists have invoked it—both to permit affirmative action, and to preclude it.²⁰ It can be, and has been, employed both to justify abortion and same-sex marriage rights, and to reject them.²¹

Professor Solum insists that the notion “that the Supreme Court is simply not capable of discovering the original public meaning of the constitutional text” “is simply false,” because “lawyers, judges, and scholars can work together to unearth the evidence of original meaning in the hard cases.”²² I am afraid that this assertion is either unduly optimistic, or practically inconsequential. If Professor Solum means by this that we can all work together to uncover an original meaning that is narrow and determinate enough to resolve the hard cases, then I am highly skeptical. Serious originalists have been hard at work seeking to discover the Constitution’s original meaning for decades now, and each year only brings more disagreement. Some of our best minds have been coming up with an increasingly dizzying array of alleged original meanings of the most controversial constitutional provisions.²³

The fact that so many scholars, after years of historical research, have come up with so many different original meanings tells us that, in all likelihood, the original meaning is not as specific and constraining as each of them has sought to establish. That is to say, if there is a discoverable original meaning, it is so abstract and underdeterminate that judges can apply it to reach virtually any result that they want.²⁴

Perhaps other countries experimenting with originalism would get different results. Originalism could be constraining if employed to interpret a constitution whose language is specific and whose original, objective public meaning is narrow.²⁵ But the American Constitution is “exceptional [not only] in how few

consistent with the original meaning of the Fourteenth Amendment); R.E. Barnett, *Trumping Precedent with Original Meaning: Not as Radical as It Sounds*, 22 Constitutional Commentary, 2005, 257, 260, 265-66 (explaining that originalism now allows either answer to the segregation question).

²⁰ Compare M.B. Rappaport, *Originalism and the Colorblind Constitution*, 89 Notre Dame Law Review, 2013, 71, with J. Rubenfeld, *Affirmative Action*, 107 Yale Law Journal, 1997, 427.

²¹ See J.M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, 24 Constitutional Commentary, 2007, 291. (arguing that, contrary to the views of most originalists, the right to abortion is not inconsistent with originalism); L.B. Solum, *District of Columbia v. Heller and Originalism*, 103 Northwestern University Law Review, 2009, 923, 970-71 (acknowledging the possibility that abortion rights can be reconciled with originalism); Smith, *supra* note 9, 520-24 (explaining that, although most originalists have insisted that originalism precludes a right to gay marriage, an increasing number of originalist scholars have now defended gay marriage rights on originalist grounds).

²² Solum, *supra* note 4, at 11.

²³ For example, there have been numerous scholarly books and articles in recent years proposing wildly divergent original meanings of the Privileges and Immunities Clause of the Fourteenth Amendment. See B. Boyce, *The Magic Mirror of “Original Meaning”: Recent Approaches to the Fourteenth Amendment*, 66 Maine Law Review, 2013, 20.

²⁴ See Colby, *supra* note 16, 765 (arguing that “the existence of competing readings of the scope or mandate of constitutional provisions indicates that the original shared or objective ‘meaning’ of those provisions must have been extremely broad and thus capable of being cashed out through any number of principles yielding any number of doctrinal applications”).

²⁵ See *id.* at 756 (“I do not mean to suggest that a method of interpretation that seeks a text’s original public meaning is inherently unconstraining. Such a methodology could indeed prove quite determinative when applied to a wide variety of documents. It could even be meaningfully

enumerated rights it contains,” but also in that those rights are “by comparative standards exceptionally vague[] ones. Almost all other constitutions contain longer lists of more particular liberties and an equality provision setting out prohibited bases of discrimination.”²⁶

Here in the United States—where our primary constitutional rights guarantees are phrased in curt and lofty generalities like “equal protection of the laws,” “freedom of speech,” “due process of law,” and even “other rights”—today’s sophisticated originalism has little practical purchase. Justice Gorsuch’s insistence to the contrary notwithstanding, originalism, even though it “focus[es] backward, not forward, and look[s] to text, structure, and history to decide what a reasonable reader at the time of the events in question would have understood the law to be,” does not prevent American judges from deciding “cases based on their own moral convictions or the policy consequences they believe might serve society best.”²⁷ Originalism does not avoid the problem that so concerns Professor Solum of judges allowing their personal views to affect their constitutional decisions, thereby undermining democratic self-rule. It simply cloaks that process in false (even if well-meaning) claims of historical providence.

constraining as a method of constitutional interpretation, if we had a different constitution. But it is not so with ours.”).

²⁶ S. Gardbaum, *The Myth and Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 Michigan Law Review, 2008, 391, 399-400.

²⁷ Gorsuch, *supra* note 3, 906.

Originalism Is Not Enough

di Gideon Sapir

Abstract: L'originalismo non è sufficiente – The main argument Solum poses in favor of originalism is that adopting this interpretive method prevents judges from enforcing their personal values on the public. Although this paper shares Solum's fear of juristocracy, it argues that originalism is insufficient to address this danger, and particularly when applied outside the United States, for two main reasons. The first reason is that the effectiveness of the originalist method is reduced in these countries because their structures of constitutional proceeding differ from the United States' one. The second is that there is a growing tendency throughout the rest of the world to push interpretation to the sidelines, as the text is no longer viewed as the source of authority and legitimacy for judicial review. Whoever thinks a democratic state needs a constitution, and yet, seeks to prevent the court from taking over the constitution, cannot settle for adopting originalism as the sole shield.

Keywords: Originalism; Comparative constitutional interpretation; Comparative adjudication; Types of scrutiny.

675

1. Introduction

The main argument Solum poses in favor of originalism is that adopting this interpretive method prevents judges from enforcing their personal values on the public. I am in agreement with Solum's fear of juristocracy. However, in my opinion, the means by which he offers to address this danger are insufficient, particularly when applied beyond the borders of the United States, for the following two main reasons:

- a. The structure of the constitutional proceeding held in the United States differs from most other countries, so that the effectiveness of the originalist method in these countries is drastically reduced.
- b. There is a growing tendency throughout the rest of the world to no longer view the text as the source of authority and legitimacy for judicial review. This trend generally pushes interpretation to the sidelines, particularly the originalist interpretation.

2. The two-stage constitutional proceeding and its meaning

It is well known that there is a substantial difference between the United States and other countries when it comes to the structure of the constitutional proceeding. In the United States, the constitutional judicial review involves a single stage, whereas in other countries the review consists of two stages. The first stage reviews whether a law or governmental act violates a constitutional directive. The second stage

reviews whether the violation is justified under the given circumstances. The constitutional text may provide a clear answer in the first stage. However, aside from exceptional cases, the constitution does not provide, and doubtfully has the ability to provide, a decisive answer in the second stage. The second stage balances between constitutional directives and conflicting interests. The variety of potential collisions is unlimited, and a constitution, however detailed it may be, cannot provide judges with a detailed guide leading them to clear decisions in every single case. In the absence of a clear answer, the judge is left with much room (and perhaps even obligation) to use rigorous discretion.

Some claim the difference between the two systems is merely superficial, and that the American proceeding of constitutional review is also divided into two stages.¹ If this is indeed the case, then the abovementioned claim applies to the American context as well, so that the judge's values must play a part also in the United States, even when the originalist method of interpretation is applied.

If we wish to prevent judicial supremacy, we may choose to add another interpretive doctrine to originalism, which is referred to in the United States as "The Presumption of Constitutionality". The origins of this doctrine are found in the writings of Alexander Hamilton, which established that statutes should be invalidated only if they are "contrary to the manifest tenor of the Constitution".² However, it appears that the weight of this principle is also restricted, because there is no decisive way to determine whether a clear violation of the Constitution has indeed occurred. As a result, even if we were to restrict the court's involvement to cases in which the Constitution has been clearly violated, the court would still possess a great deal of judicial discretion.

This is not to say that originalism should be rejected as a preferred interpretive doctrine. First, one must determine whether a better alternative exists. Clearly, the Living Constitution method, which allows judges to deviate from the original meaning of the Constitution, is a far worse alternative. However, another approach has been recently developed within American discourse, known as 'popular constitutionalism'. Much alike the originalists, those who are in favor of this approach – such as Mark Tushnet³ and Larry Kramer⁴, also highly regard the constitutional text, which enjoyed broad consensus when it was drafted. But, unlike the originalists, the popular constitutionalists believe the people themselves, or the legislature, possess the authority to interpret the constitutional text (including possible deviation from its original meaning). This approach has its weaknesses, which I discuss elsewhere.⁵ However, in so far as seeking to avoid judicial supremacy, popular constitutionalism offers an interesting alternative. That being

¹ See, for example, S. Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. Rev. 789 (2007); J. Mathews, A. Stone Sweet, *All Things in Proportion: American Rights Review and the Problem of Balancing*, 60 Emory L.J. 797 (2011). But see M. Cohen-Eliya, Iddo Porat, *Proportionality And Constitutional Culture* (2013) 44-64 (even if balancing checks are held in the United States, their place is different and far less central than in Europe)

² Federalist No. 78, at 434 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961). For the classic paper that establishes this doctrine, see J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev. 129, 144 (1893) ("It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one – so clear that it is not open to rational question")

³ M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (1999)

⁴ L.D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004)

⁵ Gideon Sapir, *Popular Constitutionalism and Constitutional Dialogue*, R. Levy et al (eds), *Deliberative Constitutionalism* (forthcoming 2017, Cambridge U. Press)

said, we must note that this approach does not offer an interpretive alternative to current interpretive doctrines, but rather a constitutional model that differs from the present one. While in the current model the court is responsible for interpreting and enforcing the Constitution (using either originalist or living constitution methodology) then the model offered by popular constitutionalism shifts most of the responsibility from the court to the legislatures and public.

In conclusion, while the originalist approach may restrict the scope of the discretion that judges had enjoyed when left free to interpret the constitution as they wished, it still leaves broad room for it. This is as a result of the fact that the constitutional proceeding in most countries, possibly in the United States as well, includes more than a review of whether or not a certain constitutional directive is violated. It includes a second stage as well, which balances between conflicting values, to which the constitutional text (including the original intent of its framers) does not give a clear guidance. As a result, even the most ardent follower of originalism is left without a clear originalist answer to many constitutional dilemmas.

3. Discarding the text as the binding constitutional source

It appears that Solum and his allies are fighting a battle in a war that was settled long ago in Europe (and Israel). Most parties in the American debate, excluding few exceptions, agree that the constitutional text should serve as the basis for discussion. The debate revolves around the question of whether or not deviation from the original meaning of the text might be legitimate (or possibly desirable). Indeed, there are those who claim that America's academic and judicial preoccupation with constitutional interpretive theories is exaggerated. However, critics are not rejecting the notion that the role of constitutional law is to interpret the Constitution. They only claim that instead of occupying themselves with interpretive doctrines, American constitutional jurists should focus on the interpretation itself.⁶

The reality in Europe and Israel is different. Europe hardly concerns itself with constitutional interpretation. As Jamal Green accurately states, originalism is not characteristic of constitutional systems in Europe.⁷ However, truth be told, not only is originalism almost entirely absent from European constitutional discourse, but so is constitutional interpretation, as a whole.

Part of this phenomenon stems from a growing tendency to focus on the second stage of constitutional review – a process referred to by some as "a shift to the culture of justification"⁸ – where, as we have explained, interpretation plays a marginal role. However, the tendency to discard interpretive means is evident in the first stage of the constitutional process as well. It draws on a different and more fundamental trend, which rejects the text as the binding constitutional source. Courts are prepared to recognize the binding power of constitutional rights even when it is hard to attribute them to the constitutional text. In many cases they do not even bother to present an interpretive reasoning to validate their position.

⁶ See, for example, S.A. Solow, B. Friedman, *How to Talk about the Constitution*, 25 Yale J. L. Human. 69 (2013).

⁷ J. Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 Texas. L. Rev. 1, 63–66 (2009).

⁸ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (2013). For a similar view see M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, 4 L. & Ethics of Hum. Rts. 142, 143 (2010)

Moreover, courts are occasionally willing to acknowledge the existence of a constitutional right even in the total absence of a written source.⁹ Similarly, there are constitutional rulings that relate to "global constitutional law" as a binding source. This, among other things, refers to the existence of customary constitutional law, which is unrelated to a specific text.¹⁰

Rejecting the text as a binding constitutional source goes hand in hand with another interesting phenomenon: discarding the requirement for broad consent as a condition for establishing the legitimacy of the constitution and judicial review. For example, the German Basic-Law was drafted following the Second World War, while the allies were still in control of Germany. It was initiated by the allies and was subject to their approval¹¹, and yet, this fact did not undermine the validity and supremacy of the Constitution in the eyes of the German courts. Similarly, the notion of "a European constitution", which nearly materialized, did not require broad consent from the citizens of the European member states. Israel provides an interesting example here. The basic laws, from 1992, which were described by the Israeli Supreme Court as generating a "constitutional revolution", were adopted in a process that was far from representing broad national consent. However, this deficiency was not enough to undermine the supremacy of the basic laws in the eyes of the Supreme Court.¹² The American scholar, Jed Rubenfeld, was invited by the European Union to serve as a specialist in drafting Kosovo's constitution at the end of the Kosovo war. Rubenfeld reports that when inquired as to why the committee of specialists, in charge of drafting the Constitution, did not include a single member of the Kosovo people, he was answered that it would only complicate the drafting process and introduce irrelevant considerations.¹³

The relationship between these two trends is clear. So long as the legitimacy of judicial review rests on the constitutional text, it is important that the Constitution itself is adopted with broad national consent. Once constitutional principles are recognized independently of the text, then the way the constitutional text is adopted becomes insignificant.

4. Summary

The danger Solum warns us of is real, but the means by which he suggests we overcome that danger is far from satisfactory. Whoever thinks a democratic state needs a constitution, and yet, seeks to prevent the court from taking over the constitution, cannot settle for adopting originalism as the sole shield.

⁹In Israel, there are several such examples. For example, see HCJ 142/89 the Laor Movement v. Speaker of the Knesset, IsrSC 44(3) 529 (1990), paragraph 30 in Justice Barak's ruling ("in principle, a court of law in a democratic society can declare the invalidation of a law that contradicts the basic principles of the system; even if these basic principles are not anchored in a rigid constitution or protected basic-law... this does not harm judgment, as its role is to maintain the rule of law, including the rule of law among the legislator").

¹⁰ A. Stone Sweet, Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 Colum. J. Transnat'l L. 72 (2008).

¹¹ See D.P. Kommers, R.A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany* 8-9 (3rd. ed. 2009).

¹² For example, see G. Sapir, *The Israeli Constitution: From Evolution to Revolution*, ch. 2 (Forthcoming 2018, Oxford University Press)

¹³ J. Rubenfeld, *Commentary: Unilateralism and Constitutionalism*, 79 NYU L. Rev. 1971, 1992 (2004)

Note e commenti

La tutela nel licenziamento delle persone con disabilità: un caso d'applicazione del principio della parità di trattamento

di Paolo Addis

Title: The protection against dismissal for persons with disabilities: the application of the principle of equal treatment

Keywords: Disability; Equal treatment; Dismissal.

1. – La decisione qui in commento riguarda l'interpretazione da dare agli articoli 4 e 7 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La questione scaturisce da quanto occorso a Petra Milkova, impiegata presso l'Agenzia per la privatizzazione e per il controllo post-privatizzazione della Bulgaria. A seguito di un ridimensionamento dell'organico dell'ente in questione, vengono licenziati quaranta dei centocinque lavoratori; alla sig.ra Milkova viene comunicato che il suo posto di lavoro è stato soppresso e che il suo rapporto di lavoro cesserà alla fine del mese. La signora Milkova, sofferente di disturbi psichici che hanno determinato un'invalidità del 50%, però, si oppone al licenziamento, eccependone l'illegittimità, in quanto ha avuto luogo senza l'autorizzazione preventiva dell'ispettorato del lavoro, prevista dall'art. 333, ¶ 1, punto 3 del codice del lavoro bulgaro (*kodeks na truda*, entrato in vigore nel 1987). Il giudice adito respinge però il ricorso perché, a suo modo di vedere, la disciplina appena citata non si applica allo scioglimento del rapporto di lavoro dei pubblici impiegati; non ci sarebbe quindi nessuna violazione di legge. Il licenziamento della sig.ra Milkova sarebbe quindi legittimo. Ma a questo punto la sig.ra Milkova decide di ricorrere per cassazione dinanzi alla Corte suprema amministrativa (*Varhoven administrativen sad*), ribadendo i propri argomenti. La Corte suprema amministrativa ritiene che la differenza di trattamento fra pubblici impiegati e lavoratori subordinati, relativa all'applicazione del regime definito dall'art. 333, ¶ 1, punto 3, non sia fondata sulla condizione di disabilità, ma sulla diversa relazione professionale a cui è connessa la prestazione lavorativa. Il giudice bulgaro non è però in grado di escludere un'incompatibilità della normativa nazionale rispetto alla normativa europea. Alla tutela approntata per le persone con particolari disabilità sarebbero sottratti, in via di prassi, i pubblici impiegati, senza alcuna motivazione espressa; per i lavoratori subordinati (anche per quelli impiegati nel settore pubblico) detta tutela sarebbe invece rimasta invariata. Inoltre, a detta del giudice amministrativo balcanico, non è chiaro "in che misura le disposizioni adottate dalla Repubblica di Bulgaria, che costituiscono misure specifiche per la tutela di persone disabili, ma solo se lavoratori subordinati, anche quando essi appartengano al pubblico settore, possano rappresentare una «azione positiva», ai sensi dell'art. 7 della direttiva 2000/78". Il giudice bulgaro, nel rinviare la questione alla Corte di giustizia secondo quanto previsto dall'art. 267 TFUE, fatto riferimento al fatto che l'interpretazione della direttiva 2000/78 deve essere conforme alla Convenzione ONU, come affermato dalla

sentenza 18 marzo 2014, Z. (C-363/12, EU:C:2014:159), pone ai giudici del Lussemburgo quattro diversi interrogativi. Innanzitutto, il Varhoven administrativen sad si chiede se l'art. 5 della Convenzione ONU consenta agli Stati membri dell'UE di stabilire *ex lege* una specifica tutela preventiva, per i casi di licenziamento, solo a favore delle persone con disabilità che siano lavoratori subordinati, e non anche a favore delle persone con medesime disabilità che siano impiegati pubblici. In secondo luogo, il giudice del rinvio si chiede se questa tutela differenziata sia conforme a quanto previsto dalla direttiva 78/2000. La terza questione pregiudiziale riguarda la possibilità che l'art. 7 della direttiva consenta che la specifica tutela preventiva contro il licenziamento sia garantita solo ai lavoratori subordinati ma non anche ai pubblici impiegati. Infine, in caso di risposta alla prima e alla terza questione, si chiede alla Corte di giustizia se il rispetto delle norme internazionali e del diritto UE imponga l'applicazione della tutela preventiva garantita ai lavoratori subordinati anche ai pubblici impiegati con le stesse disabilità.

2. – Qual è la risposta della Corte di giustizia alle questioni sottoposte dalla Corte suprema amministrativa bulgara?

Per ciò che concerne la seconda questione, la Corte la dichiara irricevibile, dal momento che il giudice del rinvio si è limitato a fare riferimento in maniera generica all'art. 4 della direttiva 2000/78, senza però stabilire un nesso fra la disposizione appena menzionata e la normativa nazionale di cui al procedimento principale.

La prima e la terza questione sono invece affrontate congiuntamente. La Corte di giustizia, richiamato il fatto che la direttiva 2000/78 intende fornire una tutela generale, in ambito lavorativo, anche a favore delle persone con disabilità, richiama il fatto che il principio della parità di trattamento ivi sancito si applica in funzione tassativamente elencati al suo art. 1. Ciò premesso, il giudice del Lussemburgo deve quindi appurare se la situazione della sig.ra Milkova rientri o meno fra quelle alle quali è applicabile la direttiva 2000/78. In primo luogo, la Corte richiama la nozione di “handicap” rilevante al fine dell'applicazione della disciplina in questione: nel caso di specie, il disturbo psichico di cui soffre la sig.ra Milkova costituisce un “handicap” ai sensi della direttiva 2000/78. Di seguito, la Corte sottolinea che la direttiva si applica a tutti i lavoratori, in particolar modo per quel che concerne il licenziamento, sia nel settore privato che nel settore pubblico.

Però, come rilevato anche dalla Corte suprema amministrativa, sulla base del diritto nazionale, la differenza di trattamento già richiamata *supra* non sarebbe fondata sulla condizione di disabilità della sig.ra Milkova, ma sulla diversa qualificazione del rapporto di lavoro. La Corte di giustizia rileva quindi che la normativa nazionale non introduce alcuna discriminazione basata sulla disabilità, né in via diretta né in via indiretta, e che le discriminazioni fondate sul rapporto di lavoro in sé non rientrano nell'ambito della direttiva 2000/78, come chiarito dalla sentenza 7 luglio 2011, Agafitei e altri, C-310/10 (si vedano i punti 42, 43 e 44 della sentenza in commento). I giudici del Lussemburgo devono però affrontare un altro punto, relativo al fatto che la distinzione operata dalla legislazione bulgara può configurarsi come un'azione positiva ai sensi dell'art. 7, ¶ 2, della direttiva 2000/78. Quest'ultima disposizione autorizza il varo di misure che mirino a eliminare o a ridurre le disparità di fatto che colpiscono le persone con disabilità nella loro vita sociale e in particolare in ambito professionale, con lo scopo di consentire quindi una effettiva e piena parità di trattamento, come argomentato dalla stessa Corte di giustizia nel caso Coleman (cfr. sentenza 17 luglio 2008, Coleman C-303/06). La Corte valuta la disciplina nazionale rientrante nell'ambito coperto dall'art. 7 della direttiva 2000/78; e ciò sulla base dell'interpretazione della direttiva alla luce della Convenzione ONU. In particolare, vengono in rilievo, ermeneuticamente, gli artt. 27 e 5 della Convenzione. L'art. 27, ¶, lett. h), statuisce che “[Gli Stati Parti devono garantire e favorire l'esercizio del diritto al lavoro, anche a coloro i quali hanno subito una disabilità durante l'impiego, prendendo appropriate iniziative - anche attraverso misure legislative - in particolare al fine di:] favorire l'impiego di persone con disabilità nel settore privato attraverso politiche e misure adeguate che possono includere programmi di azione antidiscriminatoria, incentivi e altre misure”; l'art. 5, ¶ 1,

invece, afferma che “Gli Stati Parti riconoscono che tutte le persone sono uguali dinanzi alla legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio dalla legge.” Il ¶ 4 dello stesso articolo dispone che “Le misure specifiche che sono necessarie ad accelerare o conseguire *de facto* l’uguaglianza delle persone con disabilità non costituiscono una discriminazione ai sensi della presente Convenzione.”

La normativa nazionale relativa al trattamento di particolare favore per i lavoratori subordinati rientra nel raggio d’applicazione dell’art. 7, ¶2, della direttiva 2000/78 e in quanto tale persegue uno scopo coperto dal diritto dell’Unione europea; secondo una giurisprudenza consolidata, l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi fondamentali garantiti nell’ordinamento dell’Unione s’impone agli Stati membri solo quando essi agiscono nell’ambito di applicazione del diritto UE. Nonostante norme di favore come quelle del diritto bulgaro siano discrezionali, inoltre, ciò non vale né a collocarle all’esterno del perimetro d’azione del diritto eurounitario, né a far venire meno il rispetto dei principi generali del diritto dell’Unione; e fra di essi vanno annoverati anche il principio della parità di trattamento e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (cfr. punti 52, 53 e 54 della sentenza in commento). La Corte, dopo aver richiamato i tratti fondamentali del principio della parità di trattamento, come definito dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali, sottolinea che la comparabilità delle situazioni di fatto a cui deve essere applicato il principio della parità di trattamento deve essere fondata, appunto, su una mera compatibilità, non su un’identità e che tale verifica deve aver luogo in una prospettiva concreta, sulla base del diritto nazionale, e non in una prospettiva astratta e teorica. Nel caso di specie, occorre quindi valutare in concreto la situazione dei lavoratori con la medesima disabilità, a prescindere dal fatto che si tratti di lavoratori subordinati o pubblici impiegati. Nel caso di specie, la tutela preventiva stabilita dal diritto bulgaro a favore dei i lavoratori subordinati (il cui interesse risiede nella valutazione delle ripercussioni del licenziamento sulle condizioni personali della singola persona con disabilità) è connessa alla disabilità stessa e non alla natura del rapporto lavorativo. La distinzione posta in essere dal diritto nazionale non è quindi adeguata e giustificata rispetto al fine cui la normativa stessa tende (ovvero: un’adeguata tutela del diritto al lavoro delle persone con disabilità in caso di licenziamento). Il compito della concreta ponderazione della differenza di trattamento spetta quindi al giudice nazionale, nell’interpretazione della normativa nazionale e nella valutazione della sua oggettiva giustificazione alla luce del principio della parità di trattamento. In conclusione, l’art. 7, ¶ 2 della direttiva 2000/78, letto alla luce della Convenzione ONU e degli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE consente astrattamente un regime differenziato fra lavoratori subordinati e pubblici impiegati con disabilità; concretamente, spetterà al giudice del rinvio la valutazione circa un’eventuale violazione del principio della parità di trattamento; e tale analisi dovrà essere incentrata sul confronto fra le posizioni dei lavoratori subordinati e dei pubblici impiegati con la stessa disabilità, “tenuto conto in particolare dell’oggetto della tutela contro il licenziamento di cui al procedimento principale”.

I giudici del Lussemburgo si occupano quindi della quarta questione pregiudiziale, subordinata a una risposta negativa alla prima e alla terza questione. Nella loro risposta, il punto di partenza è la constatazione che, in forza di una costante giurisprudenza, qualora venga constatata una qualsiasi discriminazione contraria al diritto dell’UE, sino a quando non sia possibile eliminarla con misure adeguate, la salvaguardia del principio d’eguaglianza impone l’estensione del trattamento di maggior favore anche a coloro che ne erano prima esclusi (cfr. i punti 66 e 67 della sentenza qui in commento). Quindi, se il giudice del rinvio dovesse giungere a considerare la normativa in contrasto con l’art. 7 della direttiva 2000/78, si avrebbe un’estensione della legislazione di maggiore tutela di cui godono i lavoratori subordinati con disabilità anche ai pubblici impiegati nella stessa situazione.

3. – La Corte di giustizia si è occupata in numerosi frangenti della tutela e delle garanzie predisposte dal diritto dell’Unione a favore delle persone con disabilità, dovendo sovente ricostruire la nozione di “handicap” rilevante ai fini dell’applicazione della direttiva 2000/78 (da ultimo, cfr. il caso *Daouidi*; cfr., volendo, P. Addis, *La Corte di giustizia dell’Unione europea*

alle prese con una domanda ricorrente: che cos'è la disabilità?, in questa *Rivista*, 2/2017, 319-323 e la bibliografia ivi riportata). Come è noto, infatti, tale nozione non è delineata né dalla direttiva in questione né dalla più volte menzionata Carta dei diritti fondamentali, il cui art. 26 statuisce che “L’Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l’autonomia, l’inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.” (per un commento alla disposizione in questione si vedano D. Izzi, *Art. 26*, in R. Mastroianni e al. (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2016, 198 ss.; C.R. O’Brien, *Article 26. Integration of persons with Disabilities*, in S. Peers e al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, London, 2014, 709 ss.; M. Olivetti, *Articolo 26*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (cur.), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001, 202 ss.). Tuttavia, il perno della decisione della Corte, nel caso di specie, è costituito dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali: è su di essi che va a poggiare l’immediata estensione del trattamento di maggior favore a beneficio delle persone con disabilità prima rimastene escluse. Il punto è interessante; se l’art. 21 è stato giustamente definito come una ‘norma-perno’ del sistema di tutela antidiscriminatoria derivante dalla Carta dei diritti fondamentali e viene a costituire un ponte che unisce i diritti civili e sociali tutelati nella Carta medesima (in questo senso, cfr. C. Kilpatrick, *Article 21. Non-discrimination*, in S. Peers e al. (eds.), *The EU Charter*, cit., 586), è ben presente la possibilità di ulteriori, futuri sviluppi della giurisprudenza della Corte in questa medesima direzione, anche con riferimento a ambiti sino a ora relativamente poco esplorati, come quelli inerenti alle discriminazioni multiple e all’intersezionalità (cfr. C. Kilpatrick, *Article 21. Non-discrimination*, cit., 591 e 602-603).

4. – Va inoltre sottolineato l’ormai costante riferimento, da parte della Corte, alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, considerata lo strumento più utile e funzionale per un’adeguata applicazione del diritto dell’Unione in materia di tutela dei diritti delle persone con disabilità. Al di là della necessità, per la Corte, di un’interpretazione del diritto eurounitario ancor maggiormente aderente alla Convenzione, su cui ha richiamato l’attenzione un’autorevole dottrina (si veda L. Waddington, *Saying All the Right Things and Still Getting It Wrong. The Court of Justice’s Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, in 22 MJ 4 (2015), 576), la sentenza in questione è un’ulteriore conferma della rilevanza che la Convenzione ha ormai acquisito in sede giudiziale; circolarmente, anche grazie all’utilizzo della Convenzione delle Nazioni unite da parte della Corte di giustizia, essa è divenuta un ineludibile punto di riferimento per molti giudici nazionali, sia quando decidano di sottoporre la questione cui sono chiamati a occuparsi all’attenzione dei giudici del Lussemburgo, sia in altre circostanze. Nel contesto italiano, ancora non del tutto allineato al diritto antidiscriminatorio dell’Unione in ambito lavorativo (si vedano in proposito le considerazioni di Y. Vasini, *Discriminazione per disabilità: la normativa italiana è in linea con la normativa europea?*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 3/2017, 226 e ss.), ciò può condurre a interessanti sviluppi, sempre in ambito giudiziale. Se la Corte costituzionale, con la sentenza 2/2016, ha preso le distanze dall’utilizzo della Convenzione ONU come parametro interposto, la Convenzione stessa si è infatti rilevata una spiccata attitudine ‘a incidere sul significato delle regole applicabili in tema di protezione dei disabili, sia attraverso la tecnica dell’interpretazione conforme, sia integrando – ove necessario – la disciplina italiana.’ (così D. Amoroso, *Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana*, in *SIDIBlog*, 7-2-2017).

Sulla competenza dell'Unione europea a stipulare accordi di libero scambio: il caso dell'*EU-Singapore Free Trade Agreement*

di Maria Rosaria Calamita

Title: On the European Union competence to conclude FTAs: the case of the EU-Singapore Free Trade Agreement

Keywords: EU-Singapore Free Trade Agreement (EUSFTA), non-direct foreign investment, Investor-State Dispute Settlement (ISDS).

1. – Nel 2013 l'Unione europea siglava con Singapore l'*EU-Singapore Free Trade Agreement* (EUSFTA), uno dei primi trattati di libero scambio cosiddetti «di nuova generazione»: un accordo commerciale che, oltre alle tradizionali norme sulla riduzione dei dazi doganali e degli ostacoli non tariffari nel settore degli scambi di merci e di servizi, prevede anche una serie di disposizioni in materie ad esso connesse, quali la protezione della proprietà intellettuale, gli investimenti, gli appalti pubblici, la concorrenza, lo sviluppo sostenibile e i sistemi di risoluzione delle controversie insorgenti non solo tra Stati parte ma, anche, tra Stato e investitore estero, persona fisica o giuridica: si tratta dei cosiddetti meccanismi *Investor-State dispute settlement* (ISDS).

Nel 2014, in seguito alle divergenze di opinioni manifestatesi in occasione delle consultazioni in seno al Comitato per la politica commerciale, la Commissione propose domanda di parere alla Corte di Giustizia (CGUE), ai sensi dell'art. 218, par. 11 del TFUE (*Decisione della Commissione europea del 30 ottobre 2014, Requesting an opinion of the Court of Justice pursuant to article 218 (11) TFEU on the competence of the Union to sign and conclude a Free Trade Agreement with Singapore*), affinché questa si esprimesse sulla competenza dell'Unione a concludere da sola l'accordo (senza, cioè, la partecipazione e la ratifica da parte degli Stati membri). Il Parlamento europeo e, soprattutto, la Commissione erano convinti che la competenza dell'UE a concludere trattati commerciali di questo tipo fosse esclusiva (European Commission, *Towards a comprehensive European International investment policy*, Communication, COM (2010), 343). Per contro, il Consiglio, nonché tutti gli Stati membri che avevano presentato osservazioni dinanzi alla Corte nel corso della procedura, sostenevano che alcune disposizioni dell'EUSFTA fossero di competenza concorrente se non, addirittura, esclusiva degli Stati membri.

La Corte di Giustizia, con il parere 2/15 del 16 maggio 2017, accogliendo in parte le conclusioni depositate nel merito dall'avvocato generale Eleanor Sharpston (Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Conclusioni dell'avvocato generale nella procedura di parere 2/15, 21 dicembre 2016*), afferma che l'EUSFTA va considerato come un accordo misto (cioè un accordo che l'UE deve stipulare insieme agli Stati membri, poiché esso include disposizioni che incidono su materie di competenza condivisa con gli stessi). Ne consegue che, per la sua conclusione, sarà necessaria non solo la ratifica del Parlamento europeo, ma anche quella dei Parlamenti degli

Stati parte, così come già previsto nel caso dell'*EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement* (il cosiddetto CETA, approvato dal Parlamento europeo il 15 febbraio 2017, con 408 voti a favore, 254 contrari, 33 astenuti ed entrato in applicazione provvisoria lo scorso 21 settembre).

L'accordo di libero scambio con il Canada, cioè, è stato *ab origine* considerato dalla Commissione come un accordo in forma mista. Pertanto, affinché sia possibile addivenire alla sua entrata in vigore definitiva, sarà necessario attendere che tutti i Paesi membri lo ratifichino in base alle rispettive procedure interne.

2. – L'Unione europea, infatti, non è nuova alla sottoscrizione di accordi sul commercio e gli investimenti esteri; tuttavia il problema della competenza a stipulare non si è posto nel caso dei precedenti KOREU ed EVFTA (il primo, l'*EU-Korea Free Trade Agreement*, è l'accordo di libero scambio entrato in vigore nel 2011 tra Unione europea e Corea, mentre l'*EU-Vietnam Free Trade Agreement* è stato negoziato in tempi brevissimi - tra il 2012 e il 2015 - tra UE e Vietnam). Questo perché, al contrario dell'EUSFTA, l'EVFTA e il KOREU non "invadono" materie, per così dire, "sensibili" per gli Stati, come quelle relative agli investimenti diversi da quelli diretti esteri (i cosiddetti IDE, per i quali cfr. il successivo § 4) e ai sistemi ISDS. Va però anche ricordato come quello in commento non costituisca il primo caso di richiesta di parere rivolta alla Corte in materia commerciale. È infatti celebre il parere 1/94 del 15 novembre 1994, reso dall'allora Corte di Giustizia delle Comunità Europee, al fine di porre termine al contrasto sorto tra Commissione, da un lato, Consiglio e alcuni Stati membri, dall'altro, alla vigilia della firma dell'atto finale dell'Uruguay Round, che avrebbe sancito l'ingresso della Comunità europea nell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC). La Commissione riteneva, infatti, che tutti gli accordi OMC rientrassero nella competenza esclusiva comunitaria, sulla base dell'applicazione del principio del parallelismo tra competenze interne ed esterne e di un'interpretazione estensiva della nozione di politica commerciale comune. D'altra parte, invece, il Consiglio e otto degli allora dodici Stati membri della CE si esprimevano a favore dell'esistenza di una competenza degli Stati a concludere il GATs e l'Accordo TRIPs, oltre che alcuni accordi sugli scambi di merci. La Corte, con il parere 1/94, rilevò l'esistenza di una competenza esclusiva della Comunità nella conclusione di tutti gli Accordi allegati relativi agli scambi di merci; invece, con riferimento alla materia dei servizi e a quella della tutela della proprietà intellettuale, la Corte affermò l'esistenza di competenze ripartite. Pertanto, alla luce del parere espresso, anche l'Accordo OMC si configura come un accordo misto, cui partecipano contemporaneamente l'Unione e i suoi membri (per approfondimenti sul parere 1/94 reso dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee cfr. P. Picone, A. Ligustro, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2002, 54 ss.).

3. – Nel parere 2/15 la Corte compie un'approfondita disamina delle materie oggetto dell'EUSFTA, individuando, volta per volta, le competenze spettanti in via esclusiva all'Unione e quelle che, invece, appartengono al novero delle competenze condivise con gli Stati membri. *In limine* va sottolineato come il parere in commento, così come affermato al punto 30 dello stesso, sia volto unicamente a individuare la natura delle competenze prese in esame, e non si esprima, invece, sulla compatibilità delle disposizioni previste dal trattato con il diritto dell'Unione.

La base giuridica per l'analisi operata dai giudici è rappresentata dagli artt. 3, par. 1, lett. e) TFUE, a norma del quale l'UE dispone della competenza esclusiva nel settore della politica commerciale comune, e 207, par. 1 TFUE, che specifica come tale politica sia fondata su principi uniformi e si iscriva nell'azione esterna dell'Unione. La Corte sottolinea come la semplice circostanza che un atto dell'UE, così come un accordo da essa concluso, possa avere talune implicazioni sugli scambi con uno o più Stati terzi, non significa automaticamente che tale atto o accordo vada considerato come rientrante nella politica commerciale comune (punto 36). Infatti,

così come specificato dalla giurisprudenza in materia (v. sentenze del 18 luglio 2013, *Daiichi Sankyo e Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, EU:C:2013:520, punto 51, e del 22 ottobre 2013, Commissione/Consiglio, C-137/12, EU:C:2013:675, punto 57, nonché parere 3/15 (*Trattato di Marrakech sull'accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti e con disabilità visive*), del 14 febbraio 2017, EU:C:2017:114, punto 61), un atto dell'Unione rientra in tale politica qualora esso riguardi specificatamente gli scambi suddetti, cioè, quando esso sia destinato a promuoverli, facilitarli o disciplinarli, con effetti diretti e immediati sugli stessi. Pertanto, sulla base di tali premesse, i giudici hanno ritenuto l'EUSFTA come appartenente alla competenza esclusiva dell'UE con riferimento al trattamento nazionale, all'accesso delle merci al mercato e alle materie strettamente connesse alla difesa commerciale come, ad esempio, le misure antidumping e compensative, gli ostacoli tecnici al commercio (capo 4), le misure sanitarie e fitosanitarie (capo 5), le materie inerenti al comparto doganale e alla facilitazione degli scambi commerciali (capo 6), agli ostacoli non tariffari al commercio e agli investimenti nella produzione di energia rinnovabile (capo 7). Rientrano, inoltre, in questo gruppo anche le materie relative agli appalti pubblici (capo 10), alla proprietà intellettuale (capo 11), alla concorrenza (capo 12), al commercio e allo sviluppo sostenibile (capo 13), nonché, infine, tutto quanto connesso al commercio elettronico (capo 8).

Non rientrano, al contrario, nell'esclusiva competenza dell'UE, necessitando così dell'approvazione degli Stati membri, le disposizioni dell'EUSFTA relative agli investimenti diversi dagli IDE (capo 9), alla risoluzione delle controversie (capo 9, sez. B e capo 15) e alla trasparenza (capo 14), intesa come facilità di accesso, per gli Stati membri e i cittadini, a qualsiasi misura di applicazione generale connessa ad un aspetto rilevante dell'accordo (punto 281), materie sulle quali ci si soffermerà ora in maniera più specifica.

4. – Per quanto attiene innanzitutto agli investimenti (capo 9), l'EUSFTA detta disposizioni volte a regolare «qualsiasi tipo di attivo patrimoniale che presenti le caratteristiche di un investimento, compresi l'impegno di capitale o di altre risorse, l'aspettativa di guadagno o di utili, l'assunzione di un rischio o una certa durata» (art. 9.1.). Risulta, così, evidente come questa disposizione dell'accordo con Singapore faccia riferimento non solo agli IDE (cioè, gli investimenti effettuati da persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di creare o di mantenere legami durevoli e diretti fra l'investitore di fondi e l'impresa cui tali fondi sono destinati ai fini dell'esercizio dell'attività economica), ma anche alle altre tipologie di attività connesse ai movimenti di capitale come, ad esempio, gli investimenti di portafoglio (quelli, cioè, consistenti nell'acquisizione di titoli societari senza l'intento di esercitare un'influenza sulla gestione e sul controllo della stessa), gli investimenti immobiliari o il ricorso al prestito. Ora, se non vi sono dubbi circa la competenza esclusiva dell'Unione sugli IDE (ai sensi dell'art. 207, par. 1 TFUE), problemi di interpretazione erano stati da più parte sollevati con riferimento agli investimenti diversi da quelli diretti (sul punto cfr. R. Cafari Panico, F. Di Benedetto, *Recent Developments in the Most Controversial Aspects of EU International Investment Agreements: Portfolio Investments and Investor-State Dispute Settlement*, in *Transnational Dispute Management*, 2016, 3, nonché, più in generale sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e UE, N.J. Calamita, *The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, Issue 3, 2012). La Corte di Giustizia, con il parere in commento, fa chiarezza anche su questo punto: secondo i giudici, infatti, l'esplicito riferimento, contenuto nell'art. 207, par. 1, agli “investimenti diretti esteri” esprime senza ambiguità la volontà degli Stati membri di non includere altre tipologie di investimenti esteri nella politica commerciale comune (punti 83, 225 e 238); pertanto, la sezione A del capo 9 dell'accordo (quella, cioè, relativa agli investimenti diversi dagli IDE) non può essere approvata dall'Unione da sola (punto 244), in quanto incidente su una materia, quella degli investimenti diversi dagli IDE, di competenza condivisa con gli Stati membri.

Un'altra importante questione riguarda la disposizione dell'EUSFTA (di cui all'art. 9.10) in base alla quale gli accordi bilaterali di investimento (BITs, acronimo inglese di *Bilateral Investment Treaties*, per i quali si rimanda ad un "classico" sul tema, a cura di G. Sacerdoti, *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection*, in *Recueil del Cours*, t. 269, 1997; *adde*, più di recente, v. G. Sacerdoti, P. Acconci, M. Valenti, A. De Luca, *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014) tra gli Stati membri dell'UE e Singapore sarebbero stati abrogati a partire dall'entrata in vigore del trattato previsto. Secondo le osservazioni presentate dagli Stati, tale decisione rientrerebbe nella loro competenza esclusiva. La Corte, invece, ritiene che, quando l'Unione negozia e conclude con uno Stato terzo un accordo riguardante un settore per il quale ha acquisito una competenza esclusiva, essa si sostituisce agli Stati membri (punto 248), potendo così succedere negli impegni internazionali da essi precedentemente contratti con riferimento agli investimenti diretti esteri. Tale disposizione era già prevista all'interno del Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo, che stabilisce *Disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti*, il quale – pur autorizzando gli Stati membri, a condizioni rigorose, a mantenere in vigore o persino a concludere accordi bilaterali in materia di IDE con uno Stato terzo – stabilisce che, una volta approvato un accordo tra l'UE e uno Stato terzo, tale autorizzazione viene meno.

Quid iuris, dunque, per quanto riguarda gli impegni assunti dagli Stati, per mezzo di precedenti accordi bilaterali, nei confronti di Singapore? L'art. 351 del TFUE (in base al quale «le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una Parte e uno o più Stati terzi dall'altra») consente agli Stati membri di mantenere fede agli impegni presi pur in presenza di nuovi accordi siglati dall'UE in nome e per conto degli Stati membri con Paesi terzi. Tuttavia la Corte sottolinea come, nel caso di specie, sulla base dell'art. 9.10, Singapore abbia prestato il proprio assenso affinché gli accordi bilaterali siglati con i singoli Stati membri perdano la loro efficacia a partire dall'entrata in vigore dell'EUSFTA e, di conseguenza, non può che rientrare nella politica commerciale comune la competenza a cancellare gli impegni precedentemente contratti dai Membri dell'Unione con Singapore in materia di investimenti diretti esteri.

5. – Di grande importanza anche il tema della competenza dell'Unione a vincolare gli Stati membri al sistema di risoluzione delle controversie previsto all'interno dell'accordo, con riferimento alle controversie nate nel corso della sua interpretazione e applicazione. L'EUSFTA, infatti, prevede sia arbitrati di tipo interstatale (coinvolgenti, cioè, gli Stati parte) sia arbitrati relativi a controversie tra Stati e investitori (ISA, acronimo inglese di *Investor-State Arbitration*). Per quanto riguarda questi ultimi, è l'art. 9.15 a consentire agli investitori (persone fisiche o giuridiche) la possibilità di citare in giudizio uno Stato membro dell'accordo, senza che questi possa in alcun modo opporvisi e senza essere obbligato ad adire preventivamente le autorità giudiziarie dello Stato ritenuto causa del pregiudizio (per un approfondimento sul tema della tutela dei privati negli accordi commerciali v., nello specifico, più di recente, G. M. Ruotolo, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, Bari, 2017).

Come detto, l'Unione può contrarre impegni nelle materie di cui ha la competenza esclusiva e può dettare disposizioni istituzionali a contorno di tali impegni, fatto che non incide sul riparto di competenze, in quanto trattasi di disposizioni meramente ausiliarie (punto 276); tuttavia, in questo caso, la previsione di un regime in grado di abilitare i singoli a chiamare in giudizio gli Stati, benché collegata e ancillare rispetto alla regolamentazione della materia degli investimenti di cui al capo 9 dell'EUSFTA, finisce inevitabilmente con l'invadere una competenza tipicamente esclusiva degli Stati membri, quella - cioè - relativa all'applicazione dei nuovi regimi giurisdizionali e/o arbitrati e che, per certo, non può essere considerata alla stregua

di una disposizione ausiliaria. La Corte, perciò, ritiene che anche tale regime rientri nella competenza concorrente (punti 285-293).

L'introduzione di un meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stato e investitori nel sistema dell'Unione ha destato ancor più preoccupazioni nel caso del CETA, all'interno del quale è prevista la costituzione di un vero e proprio tribunale settoriale, l'*International Court System* (ICS), volto alla risoluzione delle contese insorgenti dall'interpretazione e dall'applicazione del trattato con riguardo alla materia degli investimenti (per un approfondimento sul sistema ICS all'interno dell'accordo UE-Canada si rimanda ad un nostro recente contributo dal titolo *La "clausola ISDS" negli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2/2017, 307-340). A tal proposito va segnalata la richiesta di parere, depositata lo scorso 6 settembre, da parte del Governo federale belga, in accordo con i Governi regionali, al fine di valutare la compatibilità dell'ICS con i Trattati europei, anche alla luce del parere 2/15. È pertanto evidente l'importanza della valutazione che la Corte sarà chiamata a formulare nei prossimi mesi: essa costituirà, infatti, la chiave di volta nello sviluppo futuro dei rapporti commerciali, e dei trattati da essi derivanti, dell'UE con gli Stati terzi, soprattutto con riferimento al ruolo degli investitori privati.

Con riferimento, invece, al sistema di risoluzione delle controversie tra le Parti, di cui al capo 15 dell'EUSFTA, è prevista per gli Stati la possibilità di adire in un giudizio un'altra Parte dinanzi ad un collegio arbitrale *ad hoc* o, in alternativa, chiedere la costituzione di un *panel* al *Dispute Settlement Body* dell'OMC (ferma restando l'impossibilità di attivare contemporaneamente la medesima procedura dinanzi ad entrambi gli organi giudicanti). La Corte si è sempre espressa a favore della competenza dell'Unione ad assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di accordi sottoscritti con Stati terzi (v. parere 1/91 (Accordo SEE – I), del 14 dicembre 1991, EU:C:1991:490, punti 40 e 70; parere 1/09 (Accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, punto 74, e parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 182). Pertanto, ad avviso dei giudici aditi, l'UE sarebbe, in teoria, abilitata a sottoscrivere da sola la parte dell'accordo relativa all'applicazione del regime giurisdizionale previsto. Tuttavia, poiché le controversie insorgenti potrebbero riguardare anche la materia degli investimenti (che, invece, costituisce una competenza condivisa), la CGUE ritiene che per l'approvazione del capo 15 sia altresì necessaria l'approvazione degli Stati.

6. – Il parere in commento si rivela di straordinaria importanza per il contributo interpretativo nel quadro del riparto di competenze tra Unione e Stati membri nella conclusione degli accordi commerciali di ultima generazione. Grazie al ruolo chiarificatore svolto dalla CGUE, infatti, vengono meno tutta una serie di dubbi e incertezze nella classificazione dei trattati ad oggi stipulati o in corso di ratifica; classificazione peraltro necessaria al fine di comprendere quali siano le procedure atte alla loro conclusione e, soprattutto, quali siano gli attori in esse coinvolti.

Non solo, ma l'attuale certezza rispetto al riparto di competenze e l'ormai acclarata e necessaria partecipazione degli Stati membri, soprattutto in materie come quelle relative all'applicazione del sistema di risoluzione delle controversie, alla trasparenza e agli investimenti rende evidente come, d'ora in poi, gli organi dell'Unione saranno chiamati a tenere in maggiore considerazione l'opinione e le reticenze dei Paesi membri, con particolare riguardo alle forze politiche interne, anche di minoranza, e saranno altresì tenuti ad aprire un più largo dialogo con tali forze, al fine di evitare l'*empasse* già creatasi in precedenza, nel corso dei negoziati, ad esempio, del summenzionato accordo col Canada o del più recente accordo con gli Stati Uniti: il *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP). Se, infatti, il CETA, come visto, è in fase di applicazione provvisoria, in attesa dell'approvazione dei singoli Parlamenti degli Stati membri, il TTIP, proprio a causa della contrarietà e delle accese proteste provenienti da ampie

fasce dell'opinione pubblica, è stato (per il momento) accantonato, in seguito, soprattutto, alle nuove tendenze della politica americana nell'era del Presidente Trump (il quale, va tenuto presente, ha guadagnato grandi consensi, durante il periodo elettorale, anche grazie alla promessa di lasciare il tavolo delle trattative per la conclusione dell'accordo commerciale con l'UE (per approfondimenti sulle recenti tendenze della politica americana cfr. l'editoriale a cura di A. Ligustro, *La politica commerciale del Presidente Trump: bilancio dei primi cento giorni*, in questa stessa rivista, n. 2/2017, 165-173). Va così preso atto della crescente forza delle spinte provenienti dal basso e di quelle centrifughe interne agli Stati, in grado, se non ascoltate, di spingere i Governi, come la più recente cronaca dimostra, ad accantonare i progetti di ratifica dei trattati "megaregionali" sì faticosamente giunti al termine dei negoziati (si pensi al summenzionato caso del TTIP e, ancora, al caso del *Trans Pacific Partnership*, meglio conosciuto come TPP, l'accordo di libero scambio che gli USA avrebbero dovuto sottoscrivere con dodici Paesi affacciati sul Pacifico, tra i quali Australia, Giappone e Canada, ora a rischio di cancellazione, coerentemente con la politica adottata dal Presidente Trump).

Integrazione dell'offerta, affidamento sulle capacità di altri, esperienza pregressa e false dichiarazioni: ulteriori indicazioni da parte della CGUE

di Francesco Campodonico

Title: Documents not included in the initial bid, economic operator relying on the capacities of another entity, experience acquired, and misrepresentations: further information by the CJEU

Keywords: Principles of non-discrimination; Contract performed by another entity; Serious misrepresentations.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affrontato, seppur con riferimento all'oramai abrogata Direttiva 2004/18/CE, diverse questioni in materia di gare d'appalto, fornendo, tramite la risoluzione di un caso piuttosto complesso ed articolato, indicazioni utili agli operatori nazionali.

Nella sentenza, oggetto in verità di scarse analisi (v. A. Perazzolo, *Appalti pubblici: chiarimenti su integrazione offerta, esperienza pregressa e false dichiarazioni*, in *Legislazione Tecnica*, 2017), sono state affrontate e risolte una pluralità di questioni nuove e molto specifiche (benché su temi importanti come quelli, tra gli altri, del c.d. soccorso istruttorio e dell'avvalimento, sui quali – soprattutto in passato – si sono appuntati grandi contrasti giurisprudenziali e dottrinali), cui la Corte di Giustizia ha dato risposte condivisibili, che, in ambito nazionale, potranno servire da bussola tanto per i giudici amministrativi quanto per l'ANAC.

Il caso da cui originava la questione sottoposta alla Corte aveva visto il ricorso di un'impresa polacca (la *Esaprojekt sp. z o.o.*) avverso l'aggiudicazione di un lotto di un appalto di servizi da parte del Voivodato di Łódź ad un'altra impresa (anch'essa polacca, la *Konsultant Komputer sp. z o.o.*), lotto relativo alla fornitura di sistemi informatici per stabilimenti ospedalieri in Polonia.

In estrema sintesi, la *Konsultant* aveva dimostrato il possesso dei requisiti per mezzo di documenti contenenti informazioni poi dimostrate, a seguito di un primo ricorso della *Esaprojekt*, inesatte. Il Voivodato, pertanto, aveva annullato la precedente aggiudicazione e chiesto alla *Konsultant* di procedere ad una integrazione documentale al fine di dimostrare il possesso dei requisiti per l'aggiudicazione. Quest'ultima aveva provveduto all'integrazione della sua offerta producendo un ulteriore elenco di forniture e l'impegno di un'altra ditta a fornire, nella forma di una consulenza esperta, quanto occorrente all'esecuzione della prestazione oggetto del bando. Il Voivodato di Łódź, ritenendosi soddisfatto dalle nuove produzioni della *Konsultant*, procedeva ad una nuova aggiudicazione del lotto a suo favore. La *Esaprojekt*, esclusa per la seconda volta, impugnava anche questa aggiudicazione lamentando, da un lato, il fatto che l'aggiudicazione fosse avvenuta nonostante la dimostrazione della non veridicità delle informazioni rese dalla *Konsultant* in sede di prima aggiudicazione e, dall'altro, che la stessa non fosse in possesso dei requisiti per partecipare alla gara. Il bando

di gara richiedeva, infatti, la dimostrazione di aver già svolto almeno due contratti nello specifico settore, cosa che la *Konsultant* non era riuscita a provare se non per mezzo del ricorso a un altro soggetto e neppure le forniture indicate come proprie dalla *Konsultant* erano state effettivamente svolte da questa bensì da un raggruppamento di imprese costituito dalla *Konsultant Komputer* e dalla *Konsultant IT*.

2. – Nel deferire la questione alla Corte di Giustizia, la *Krajowa Izba Odwoławcza* (Commissione nazionale di ricorso) polacca formulava sette diversi quesiti, di cui tre riferiti al tema dell'integrazione successiva dell'offerta. Il primo di questi riguardava l'ammissibilità o meno, secondo le norme poste dalla direttiva 2004/18, di presentare «informazioni aggiuntive» (v. conclusioni dell'Avvocato generale, al par. 27) all'offerta mediante indicazione di prestazioni già rese precedentemente ma diverse da quelle già indicate dallo stesso offerente nell'allegato all'offerta nonché di indicare prestazioni rese da terzi, dell'ausilio dei quali, tuttavia, non si era dato conto nell'offerta iniziale. Il secondo quesito atteneva, invece, alla possibilità di procedere ad una integrazione mediante documenti che non esistevano prima della data di scadenza della presentazione dell'offerta (e che sono venuti in essere solo successivamente). Infine, il terzo, alla facoltà per gli offerenti di procedere all'integrazione – per il tramite di documenti predisposti dagli stessi, dai subappaltatori o da altri soggetti – anche se questi non erano stati comunicati al momento dell'offerta.

Questi primi tre quesiti erano affrontati e risolti congiuntamente dalla Corte di Giustizia, che, richiamandosi ad una propria recente pronuncia (sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214), riaffermava, in prima battuta, il vincolo posto all'attività delle stazioni appaltanti dai principi di parità di trattamento e di non discriminazione e, di conseguenza, l'impossibilità di procedere a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una gara. L'offerta non dovrebbe – almeno «in linea di principio» (v. punto 37 della sentenza) – poter essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente. Alla stazione appaltante, dunque, sarebbe precluso chiedere chiarimenti a un offerente la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onori, potendo solo disporre l'esclusione.

Naturalmente, già l'articolo 2 della Direttiva 2004/18 faceva salva la possibilità di «correggere o completare su singoli punti» i dati relativi all'offerta, consentendo così il fenomeno del c.d. soccorso istruttorio, oggi previsto dall'art. 56, comma 3, della Direttiva 2014/24 (e, in Italia, dall'art. 83, comma 9 recentemente riformulato dal d.lgs. 56 del 2017). La Corte europea, tuttavia, aveva già chiarito, con la pronuncia sopra citata, che la legittima richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante non poteva comunque surrettiziamente condurre alla proposizione di una nuova offerta. Ciò, infatti, oltre a costituire una violazione del principio di parità di trattamento, si sarebbe tradotto in un comportamento manifestamente sleale nei confronti degli altri candidati, che sarebbero comunque risultati danneggiati da un simile comportamento.

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato come l'integrazione documentale da parte della *Konsultant* non si fosse limitata a rappresentare un mero chiarimento su singoli punti ma abbia operato una sostanziale modifica dell'offerta iniziale, qualificandosi quasi come una nuova offerta. Ciò, tuttavia, con il fattivo concorso dell'amministrazione procedente, la quale, da un lato, avrebbe dovuto astenersi dal richiedere un'integrazione di tale portata alla *Konsultant* e, dall'altro, avrebbe violato, con il proprio comportamento, i doveri di imparzialità e di trasparenza cui sono soggette tutte le amministrazioni pubbliche.

3. – La Corte ha affrontato, poi, un quarto quesito posto dal giudice *a quo*, in merito all'ammissibilità dell'avvalimento anche quando questo sia utilizzato dall'offerente per supplire a una propria mancanza in ordine alle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto e che, tuttavia, non siano possedute neppure dal soggetto terzo ma che si ricavano, per

addizione, dalle competenze dei due soggetti. In altre parole, né l'offerente né l'ausiliario sono in possesso, da soli, dei requisiti necessari all'aggiudicazione ma, unendo le rispettive competenze, arrivano ad integrarli.

Sul punto, la Corte di Giustizia ha condiviso la visione dell'Avvocato generale, Michal Bobek, il quale, al paragrafo 46 delle proprie conclusioni, aveva già rilevato come la questione pregiudiziale partisse dal presupposto di un appalto indivisibile (relativamente al lotto in discorso) e che, dunque, l'esclusione della possibilità di far valere le esperienze di più operatori economici fosse «connessa e proporzionata» all'oggetto dell'appalto stesso. Conseguentemente, la Corte ha dichiarato, nel caso, l'impossibilità di ricorrere a questa forma di avvalimento, in ragione dell'unicità della prestazione richiesta e della sua esecuzione da parte di un unico operatore.

Analogamente a quest'ultimo, anche il quinto quesito posto dal giudice del rinvio concerneva un possibile limite al meccanismo dell'avvalimento. Il giudice polacco si domandava, infatti, se fosse consentito ad un operatore economico, che partecipi come singolo offerente ad una gara, fare affidamento sull'esperienza di un raggruppamento di imprese cui lo stesso soggetto abbia preso parte nell'ambito di un precedente appalto pubblico, a prescindere dalla natura della sua partecipazione all'esecuzione di quest'ultimo.

La Corte, nell'affrontare il punto, ricordava al giudice nazionale che, anche in questi casi, l'esperienza dell'operatore economico «deve essere valutata in relazione alla concreta partecipazione di detto operatore e, dunque, al suo effettivo contributo all'esercizio dell'attività richiesta a detto raggruppamento nell'ambito di un determinato appalto pubblico». Di conseguenza, nell'ambito di un successivo appalto, un operatore economico non può vantare, a titolo di esperienza maturata, la semplice partecipazione ad un raggruppamento di imprese se, nell'ambito dei servizi resi dal gruppo, egli non abbia avuto parte alcuna.

4. – Quanto alla sesta questione, essa verteva sul tema dell'applicabilità dell'esclusione dalla gara d'appalto per false dichiarazioni rese alla stazione appaltante dall'operatore economico che abbia agito in maniera non intenzionale. La Commissione nazionale di ricorso polacca si chiedeva, infatti, se fosse ammissibile, ai sensi dell'art. 45, paragrafo 2, lettera g), procedere all'esclusione di un operatore resosi gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste all'amministrazione anche in assenza di prove circa l'azione intenzionale dell'operatore e senza operare una preventiva valutazione in ordine all'incidenza o alla possibilità di incidenza di tale condotta sull'esito della gara d'appalto.

La Corte di Giustizia, pur rilevando che l'articolo citato non prevedeva nessuno di tali accertamenti, considerava altresì sufficiente all'esclusione dell'operatore una negligenza «di una certa gravità, ossia di una negligenza che può avere un'incidenza determinante sulle decisioni di esclusione, di selezione o di aggiudicazione di un appalto pubblico» (v. par. 71 della sentenza). In altri termini, la grave negligenza (che giustifica l'esclusione) commessa dall'operatore non deve, necessariamente, produrre un effetto distorsivo o lesivo della procedura di selezione e aggiudicazione, potendo rimanere limitata alla sola potenzialità. Di conseguenza, la Corte esclude che l'amministrazione aggiudicatrice debba provare un comportamento doloso da parte dell'operatore economico, bastando all'esclusione la semplice condotta gravemente negligente, come meglio specificata dalla legislazione nazionale.

Nel caso di specie – come rileva ancora la Corte europea – la condotta della *Konsultant* si è dimostrata effettivamente distorsiva, avendo avuto un'incidenza determinante sulle decisioni adottate dalla stazione appaltante e, di conseguenza, tale condotta ben potrebbe «motivare la decisione dell'amministrazione di escludere il suddetto operatore dall'appalto di cui trattasi».

5. – L'ultimo quesito posto alla Corte riguardava la possibilità o meno, per un operatore economico, di far valere l'esperienza maturata nella prestazione di un servizio (e la cui dimostrazione è richiesta dal bando di gara) facendo valere due o più contratti svolti

precedentemente trattandoli come un unico appalto, anche se né nel bando di gara né nel capitolato d'oneri tale cumulo era espressamente consentito.

La Corte, dopo aver richiamato la necessità che i candidati o gli offerenti dimostrino all'amministrazione aggiudicatrice il possesso, presente o futuro, delle capacità necessarie alla corretta esecuzione dell'appalto pubblico, ha ritenuto che ogni valutazione sul punto deve essere rimessa all'autonomia della singola amministrazione, la quale nel bando può espressamente consentire o escludere tale possibilità, purché le regole da essa stabilite siano «connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto».

In assenza di indicazioni specifiche da parte della amministrazione precedente, sarebbe illogico – come già argomentato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni – ritenere che i requisiti per la partecipazione ad un determinato appalto possano essere validamente soddisfatti con il ricorso al sistema dell'avvalimento e non consentire che uno stesso operatore economico faccia valere le esperienze acquisite nell'ambito di contratti distinti. Di conseguenza, tale possibilità deve essere ammessa e deve essere riservata all'amministrazione precedente la valutazione intorno all'esperienza maturata dall'operatore nel quadro dei singoli contratti e che dal “combinato disposto” di questi possano ritenersi soddisfatti i requisiti previsti dal bando.

6. – La Corte di Giustizia in questa sentenza, come già fatto in diversi casi precedenti (sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a. (C-599/10, EU:C:2012:191, punto 36); del 10 ottobre 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punto 31), e del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punto 62), si è trovata a dover esplorare i limiti alla possibilità di integrazione documentale successiva al termine di presentazione dell'offerta. E, se pure la Corte sembra condividere – nel richiamarsi ad un completamento su «singoli punti» – la metafora proposta dall'Avvocato generale, per il quale l'offerta iniziale andrebbe intesa come una istantanea, nella quale tutti gli elementi devono essere già contenuti, seppure «a bassa risoluzione», ed eventualmente «ingranditi» in seguito, a richiesta dell'amministrazione precedente, lo spazio lasciato alla valutazione delle singole amministrazioni precedenti è comunque significativo. La Corte, infatti, afferma che l'amministrazione deve assicurarsi (solo) che la presentazione delle integrazioni documentali non conduca, surrettiziamente, alla presentazione di una nuova offerta da parte dell'offerente.

Non pare insensato, tuttavia, immaginare che tra le «precisazioni su singoli punti» e la «presentazione di una nuova offerta» corra un considerevole spazio, nel quale possono incontrarsi fattispecie assai differenti tra loro e non sempre riducibili all'una o all'altra categoria, come indicate dalla Corte. In maniera più condivisibile, l'Avvocato generale aveva cercato di ancorare, da un lato, la richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante e, dall'altro, la loro produzione da parte dell'offerente, al contenuto dell'offerta iniziale, per cui si dovrebbero escludere dall'integrazione tutte quelle informazioni che, come nel caso di specie, non erano contenute nell'offerta iniziale. L'ausilio di un soggetto terzo va considerato, senza dubbio, come una modifica significativa dell'offerta (se non proprio una nuova offerta) in quanto di tale ausilio non era fatta parola nell'offerta originale.

7. – Si deve tuttavia rilevare che, limitatamente al nostro Paese, la lettera dell'art. 41, comma 1-ter dell'abrogato codice degli appalti (d.lgs. 163 del 2006) aveva già dato luogo a interpretazioni assai più estensive. Infatti, come riportato anche dall'ANAC, in un suo parere di precontenzioso (v. Delibera n. 1093 del 26 ottobre 2016), «(dal)l'orientamento di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa in relazione all'esperibilità del soccorso istruttorio (...) emerge chiaramente come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, superando il limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara», consentendo, quindi, «un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione, ma non anche per supplire a carenze dell'offerta».

Nel 2015 si era registrata una discussa Determinazione dell'ANAC – la n. 1 di quell'anno – in cui l'Autorità aveva ammesso espressamente la possibilità di integrare i documenti dell'offerta tecnica ed economica nonché di sanare la carenza della firma dell'offerente. L'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (art. 83, comma 9), tuttavia, ha espressamente escluso tali eventualità, riservando il c.d. soccorso istruttorio "integrativo" alla sola «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica».

La giurisprudenza più recente, benché, da un lato, annoveri tra i limiti all'operatività del soccorso istruttorio una «documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente» (v., tra gli altri, Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2016, n. 4930 e T.A.R. Lazio, Roma, II-quater, 17 gennaio 2017, n. 787), dall'altro, sembra accettare, in alcuni casi, l'integrazione successiva di carenze documentali dell'offerta – ad es. riferite all'impegno dell'eventuale fideiussore (v. T.A.R. Liguria, Genova, sezione II, 17 ottobre 2016, n. 1023).

8. – In conclusione, se, da un lato, è auspicabile che la giurisprudenza nazionale si attenga ad un'interpretazione quanto più restrittiva possibile della nuova formulazione normativa, dall'altro occorre riconoscere che un maggior coraggio servirebbe anche a livello europeo. La Corte di Giustizia dell'Unione, infatti, potrebbe far propria la posizione, espressa nel caso in commento dall'Avvocato generale, volta ad escludere dal meccanismo del soccorso istruttorio tutte quelle integrazioni successive dirette ad ampliare il quadro o "la foto" – per rifarsi ancora alla metafora richiamata – presentata in sede di offerta.

Peraltro, in ambito nazionale, se si volesse davvero tutelare il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, si dovrebbe verificare, in concreto, che le pubbliche amministrazioni procedenti esercitino un attento vaglio su tutte le integrazioni successive, che riguardino elementi essenziali e non formali della domanda, attenendosi sempre ad un giusto rigore nei confronti di un'attività comunque svolta in maniera erronea dai candidati.

La Corte di Giustizia sulla carenza del requisito di *eadem persona* nell'applicazione del *ne bis in idem* in materia tributaria. I casi *Orsi* e *Baldetti*

di Marta Ferrara

Title: A preliminary ruling of the ECJ regarding the deficiency of the “eadem persona” requirement in the *ne bis in idem* principle. The tax cases *Orsi* (C 217/15) and *Baldetti* (C 350/15)

Keywords: Ne bis in idem; Duplication of proceedings; Notion of sameness.

1. – Con la pronuncia in esame, la Corte europea di giustizia puntualizza le condizioni di operatività del divieto di doppio giudizio penale (*ne bis in idem*) nel settore tributario.

La materia è, come noto, da tempo oggetto di scrutinio tanto delle Corti interne, quanto di quelle sovranazionali, poiché l'art. 325 TFUE e vari atti normativi unionali (dir. n. 112/2006/CE, reg. n. 596/2014 e dir. 2014/57/UE) riconoscono, oltre alla competenza degli Stati membri (d'ora in poi SM) nell'adozione delle misure antifrode, uno specifico interesse finanziario in capo all'Unione.

L'occasione è fornita dalle questioni gemelle sottoposte alla Corte in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE dal Tribunale di Santa Maria Capua a Vetere (ord. del 23 aprile e del 23 giugno 2015) ed aventi ad oggetto la conformità al quadro normativo eurounitario dell'art. 10 *ter* del d.lgs. n. 74/2000 (*Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205*), che punisce il reato di omesso versamento Iva con la pena della reclusione da sei mesi a due anni.

Più nello specifico, il giudice del rinvio chiede alla Corte dell'UE di verificare l'armonizzabilità della disciplina nazionale con gli artt. 4, Prot. 7, Cedu e 50 Carta di Nizza (d'ora in poi CDFUE) relativi al divieto di doppio giudizio, nella parte in cui l'art. 10 *ter* ritiene responsabile anche penalmente il soggetto già sanzionato per il medesimo fatto, in esito ad accertamento amministrativo definitivo ex art. 13, comma 1, d.lgs. n. 471/1997 (*Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q), della legge 23 dicembre 1996, n. 662*).

I ricorrenti *M. Orsi* e *L. Baldetti*, in qualità di legali rappresentanti delle rispettive società, sono stati infatti dapprima condannati in via definitiva al pagamento del debito tributario maturato nei confronti dell'Erario per aver omesso il versamento degli importi Iva e della cd. sovrattassa commisurata nel 30% del *quantum* evaso (art. 13.I); quindi, sottoposti a procedimento penale, a seguito della denuncia effettuata dall'Agenzia dell'Entrate per il medesimo fatto (art. 10 *ter*) alla Procura della Repubblica.

Le vicende sono accomunate dalla diversa imputazione soggettiva delle sanzioni: mentre l'accertamento tributario ha investito in primo luogo le società inadempienti, l'addebito per il reato di omesso versamento è stato mosso direttamente nei confronti dei ricorrenti, quali persone fisiche. Secondo il Tribunale rimettente, proprio tale rilievo

indurrebbe a ritenere non integrato il requisito di identità soggettiva richiesto, invece, dall'art. 50 CDFUE ai fini dell'esercizio del diritto di non essere perseguito o condannato due volte per lo stesso reato.

Stante l'identità dei *petita*, le due cause vengono riunite in forza dell'art. 54 reg. proc. Corte (decisioni Pres. della Corte del 24 settembre e del 21 ottobre 2015), mentre la terza (*L. Menci*, C 524/15), pure vertente sul cumulo sanzionatorio tributario, è separata prima della lettura delle conclusioni (decisione Pres. IV sez. del 30 novembre 2016), nonostante fosse già stato disposto il rinvio congiunto delle stesse ad una data successiva a quella della pronunzia della Corte Edu sul caso *A e B c. Norvegia* (15 novembre 2016).

Giova sin d'ora anticipare come i giudici di Lussemburgo abbiano ritenuto non configurabile nei casi scrutinati l'ipotesi di un *ne bis idem*, per carenza di identità soggettiva dei destinatari delle sanzioni penale ed amministrativa (p.ti 21-23). Questa soluzione ermeneutica, già peraltro percorsa dall'Avvocato generale Sánchez-Bordona nelle conclusioni del 12 gennaio 2017 (p.ti 36-38), risulta in linea con il *trend* generale elaborato dalla Corte Edu in tema di sanzioni tributarie, come oltre si tenterà di mettere in luce.

2. – Le interconnessioni normative che interessano a più livelli gli illeciti tributari e, in modo evidente, la stessa *questio iuris* posta alla ECJ rendono doverosa una breve ricognizione del tema, che sia il più possibile debitrice anche dell'apporto continuativo e talora oscillante delle Corti sovranazionali.

A fronte della ricordata discrezionalità degli SM nelle scelte repressive in materia tributaria, il legislatore italiano ha optato per la linea del rigore, punendo la fattispecie di omesso versamento Iva a titolo sia penale sia amministrativo. A fugare i dubbi circa l'esistenza di un rapporto di specialità tra le differenti sanzioni è la stessa Corte di Cassazione, in due pronunzie. Nella decisione *Favellato* del 2013 (sent. n. 37425, p. 5.1 *in diritto*), le Sezioni Unite inquadrano la relazione tra il reato di omesso versamento di ritenute certificate ex art. 10 *bis* d.lgs. n. 74 del 2000 e relativa sanzione amministrativa (art. 13, comma 1) all'interno di un rapporto di progressione criminosa, e non di specialità così legittimando l'erogazione di due misure afflittive a carico dello stesso soggetto agente. A distanza di tre anni, la V Sezione civile applica la progressione anche ai rapporti tra omesso versamento Iva ex art. 10 *ter* ed art. 13,I, con l'effetto di escludere il concorso formale eterogeneo tra le fattispecie (Cass sent. n. 21570/2016, p. 3.5, *in diritto*).

La costruzione del cd. *doppio binario*, così incentrata sul diverso disvalore sotteso alle sanzioni (Corte cost. ord. n. 409/1991), inibisce in linea astratta l'automatismo del *ne bis in idem*, giacché l'unica disposizione interna che vieta espressamente il divieto di doppio giudizio (art. 649 c.p.p.) si applica alle ipotesi di instaurazione di due procedimenti *penali* per lo stesso fatto, non già a quelle di cumulo di procedimenti penali ed amministrativi.

La protezione multilivello offerta al divieto in esame dagli ordinamenti convenzionale (art. 4, prot. 7 Cedu) ed eurounitario (art. 50 CDFUE) ha tuttavia messo in discussione le scelte punitive del legislatore interno in materia tributaria, attraverso l'elaborazione di una giurisprudenza tesa nella maggior parte dei casi ad incidere in senso estensivo sulla portata applicativa e sulle condizioni di operatività del *ne bis in idem* (sul rapporto tra le Corti si rinvia a O. Pollicino, *Toward a convergence between the Eu and ECHR legal system? A comparative perspective*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Cambridge, 2013, 99 -107).

Come ormai chiarito dalla Corte di giustizia (ECJ sent. *Akerberg Fransson*, 2013, § 34-37), la compatibilità in astratto del doppio binario sanzionatorio anche a tutela degli interessi finanziari dell'Unione incontra un limite nella natura delle misure repressive: laddove l'erogazione di una sanzione amministrativa per un fatto già giudicato penalmente in via definitiva sia nella sostanza assimilabile ad una misura penale, opererebbero il principio di legalità penale (art. 7 CEDU) ed il divieto di reiterazione di giudizio ex artt. 50 CDFUE e 4 Prot. 7 CEDU. E' questo il risultato dell'incorporazione entro il quadro europeo delle nozioni autonome elaborate dalla Corte di Strasburgo in materia penale, in forza della clausola di equivalenza posta dall'art. 52, III CDFUE, alla cui stregua i diritti *ivi* sanciti sono

considerati equipollenti a quelli previsti dalla CEDU (art. 6, III TUE), salvo che l'UE possa garantire ad essi una protezione superiore (Corte cost., sent. n. 80/2011, p. 5.5).

Quanto ricostruito vale, come appare evidente, anche per le sanzioni tributarie, oggetto di una riqualificazione in senso sostanzialmente penale da parte dei giudici di Strasburgo (E.M. Mancuso, F. Viganò, *Commento Art. 4, Prot. n. 7. Diritto a non essere punito o giudicato due volte*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) F. Viganò, G. Ubertis, Torino, 2016, 383 ss.). In particolare, la Corte Edu considera la denominazione formale attribuita alle misure anti-frode dal legislatore interno un indicatore non decisivo ai fini della esatta qualificazione della sanzione, dovendosi ulteriormente valorizzare gli altri *Engel criteria* (*Engel v. Paesi Bassi*, 1976, § 82), relativi alla *natura* e grado *afflittività* della pena *a priori* erogabile.

Con questo costrutto logico-argomentativo, la Corte Edu ha in molti casi ricondotto le misure repressive in campo finanziario alla “*matière pénale*”, così dilatando l'estensione del divieto *ne bis in idem* in senso maggiormente garantista per il contribuente. In particolare, a partire dalla pronuncia *Grande Stevens et al. v. Italia* del 2014 relativa alla natura giuridica delle sanzioni Consob ex art. 187 *ter* TUF (G.M. Flick, V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* (« *Materia penale* », *giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*), *Rivista AIC*, 3, 2014), la Corte ha ritenuto applicabile il principio ex art. 4, prot. 7 CEDU in una pluralità di casi caratterizzati dall'apertura di procedimenti penali per reati fiscali già sanzionati con sovrattasse amministrative (*Kiiveri v. Finlandia*, 2015; *Nytkäken v. Finlandia*, 2014; *Lucky Dev. v. Svezia*, 2014).

Di recente, nella decisione *A e B v. Norvegia* i giudici di Strasburgo hanno precisato ulteriormente i limiti di compatibilità tra il doppio binario e il principio ex art. 4, prot. 7 CEDU. Per la Corte, l'armonizzabilità con il quadro convenzionale può essere garantita anche attraverso una sufficiente connessione tra i procedimenti (“*sufficiently close connection in substance and time*”), idonea a rappresentare una risposta unitaria, prevedibile e proporzionata al medesimo illecito da parte dell'ordinamento (F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it). Tale criterio, che sembrerebbe funzionale ad una riduzione delle frequenti condanne riportate dagli Stati che adottano il sistema del cumulo sanzionatorio, ha già trovato applicazione in diverse pronunce (*Jóhannesson and Others v. Iceland*, 2017, §§ 54-55).

3. – Il diritto a non essere giudicato due volte è da tempo riconosciuto quale principio generale dell'ordinamento e di civiltà giuridica (SS.UU. Cassazione, sent. n. 34655/2005 e Corte cost., ord. n. 150/1995, rispettivamente) anche in forza dei suoi plurimi ancoraggi costituzionali (artt. 27, III, 111 e 117, I cost.). Il relativo esercizio soggiace alla sussistenza di quattro condizioni: la *duplicità dei procedimenti* sanzionatori; l'acquisizione del *carattere definitivo* di una delle due decisioni; la *medesimezza del fatto* violativo; infine, l'*identità del soggetto* sanzionato. Come già anticipato, tale ultimo presupposto è risultato dirimente per la soluzione delle questioni pregiudiziali rimesse ai giudici di Lussemburgo.

In disparte i requisiti strettamente procedurali di definitività e duplicità, l'*identità fattuale* che sta alla base del doppio intervento sanzionatorio ha alimentato sensibili divergenze tra l'ordinamento interno e quello convenzionale. Alla cennata interpretazione della giurisprudenza di legittimità, che vede nell'*idem factum* ex art. 649 c.p.p. la coincidenza di condotta, evento e nesso eziologico, ovvero “*di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi*”, per cui esso esprimerebbe “*l'identità storico-naturalistica del reato in tutti i suoi elementi costitutivi*” (Cass. SS.UU. sent. n. 34655/2005), la Corte Edu ha infatti opposto dal 2009 una concezione materiale, che richiede la riconducibilità dei fatti alla stessa condotta e non alla medesima fattispecie penale (GC *Zolothukhine v. Russia*, § 80; *Grande Stevens et al., cit.*, § 224), sulla base di elementi concreti riscontrabili processualmente (S. Allegrezza, *Commento Art. 4 Prot. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo per la salvaguardia delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 899 ss.). Nell'impossibilità di indugiare su tale aspetto, preme ricordare come il suddetto contrasto sia

sfociato nella declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p. della Corte costituzionale (sent. n. 200/2016), nella parte in cui la disposizione «*limita l'applicazione del principio del ne bis in idem all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico"*» (V. Zagrebelsky, *Diritto a un processo equo*, in V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 225).

Quanto al requisito soggettivo che richiede, invece, la coincidenza della persona sottoposta a duplice procedimento penale, la Corte di Strasburgo non si è finora espressa in modo puntuale, anche per via della non contraddittorietà della nozione di *eadem persona*. Nella maggior parte dei casi essa ha infatti dato per presupposta l'identità del soggetto ai fini della operatività del *ne bis in idem*, considerandola desumibile dalla medesimezza del fatto (*Jóhannesson and Others v. Iceland*, cit., §§ 45-46). Appare evidente, infatti, come la garanzia di non reiterazione di giudizio penale per il medesimo fatto riposi sull'esistenza di un'unica vittima, verso la quale lo Stato riverserebbe un carico sanzionatorio sproporzionato ed ingiustificato (Cass. pen., sez. II, n. 24995/2015; sez. III, n. 8984/2015). Del resto, la dizione normativa tanto delle disposizioni interne quanto di quelle sovranazionali sul divieto di doppio giudizio offre più di una conferma in tal senso: «L'imputato prosciolto o condannato ... non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto ...» (art. 649, I c.p.p.); «No one shall be liable to be tried or punished again ... for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted ...» (art. 4, par. I Prot. 7 CEDU); «No one shall be liable to be tried or punished again ... for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union ...» (art. 50 CDFUE).

Tuttavia, la varietà casistica, da un lato, e la diversificazione delle scelte repressive operata dal legislatore in ambito societario dall'altro, hanno di recente sollevato alcuni dubbi ermeneutici anche intorno al concetto apparentemente univoco di identità soggettiva.

Per i casi qui in commento, è indubbio che la sussistenza di una chiara alterità soggettiva a fondamento delle sanzioni erogate abbia l'effetto di precludere il ricorso all'art. 50 CDFUE; milita in questo senso anche la giurisprudenza Cedu, che in decisioni anche risalenti (*Isaksen v. Norway*, 2003; *Ponsetti and Chesnel v. France*, 1999) ha escluso l'integrazione del requisito di *eadem persona* ex art. 4 Prot. 7 proprio in ragione della diversità dei destinatari delle misure afflittive, statuendo che «making a tax declaration in personal taxation differs from making a tax declaration for a company as these declarations are made in different forms, they may have been made at a different point of time and, in the case of the company, may also have involved other persons» (*Pirttimäki v. Finlandia*, 2014, § 52).

Lo stesso non può dirsi invece, per la causa *Menci* (C 524/15) tuttora aperta dopo le conclusioni presentate dall'Avvocato generale (*Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sanchez-Bordona*, 12 settembre 2017). In tale ultimo caso, infatti, lo schermo tra amministratore ed impresa individuale parrebbe farsi più sottile, rendendo la distinzione dell'autonomia giuridico-patrimoniale dell'uno da quella dell'altra un'operazione oggettivamente complessa; senza contare che il quadro potrebbe essere poi ulteriormente complicato dall'eventuale applicazione da parte della ECJ del richiamato criterio convenzionale di «sufficiente connessione temporale e sostanziale tra i procedimenti» (*Conclusioni*, cit., §§ 57-73).

4. – Il panorama giurisprudenziale che si è tentato di ricostruire si mostra frammentato e in continua evoluzione. Il giurista fatica a secondare il ritmo delle decisioni sovranazionali, così come ad intuire i confini interpretativi del divieto di doppio giudizio in materia tributaria, specie sotto il profilo della natura e del coordinamento interno delle misure afflittive nel settore. La *dissenting opinion* espressa dal giudice Pinto de Albuquerque ed allegata alla decisione *A e B v. Norvegia*, in cui egli sottolinea la vaghezza e l'arbitrarietà del concetto di «connessione temporale e sostanziale dei procedimenti» (§ 80) che legittimerebbe la *doppia* pretesa punitiva esercitata dello Stato in una prospettiva *unitaria* è tuttavia il segnale importante di una presa di consapevolezza in tal senso.

Sul fronte normativo interno, permane però un vuoto di determinatezza prescrittiva. Una volta optato per il modello punitivo a doppio binario, il legislatore dovrebbe approntare una disciplina di settore tecnicamente conforme all'interpretazione convenzionale. Diversamente, il rischio è quello di una delega costante in tema di scelte punitive al giudice interno, il quale, come noto, può avvalersi unicamente di strumenti interpretativi, tra cui il rinvio interordinamentale ex art. 267 TFUE; o, ancora, alla Corte costituzionale, in attesa di un intervento di tipo manipolativo sulle singole disposizioni incriminatrici che la Corte stessa tende ad evitare.

L'Unione europea e l'illusione degli automatismi collaborativi: cautele e precisazioni della Corte di giustizia in materia di indagini tributarie

di Flavio Guella

Title: The European Union and the illusion of cooperative automatism: the Court of Justice cautions and specifications in the field of tax investigations

Keywords: Administrative cooperation; Right to an effective remedy; Tax investigations.

1. – Nell'Unione europea la collaborazione tra autorità tributarie degli Stati membri è considerata uno strumento essenziale per la costruzione del mercato unico. In questa prospettiva si sono introdotti meccanismi collaborativi a carattere doveroso e a risposta automatica, che hanno mirato a rendere liberamente accessibili – tra agenzie fiscali nazionali – le informazioni relative ai contribuenti (cfr. S. Capolupo, *Più incisiva la disciplina europea sulla collaborazione amministrativa nelle imposte dirette*, in *Corriere tributario*, 2011, 1310 ss.; M. Fabra Valls, *Avances y limitaciones en la lucha internacional contra los paraísos fiscales*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2012, 35 ss.; P. Mastellone, *The new EU discipline on assistance in the collection of foreign tax claims*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2012, 321 ss.; I. Cugusi, *La cooperazione internazionale in materia tributaria, tra tradizioni giuridiche statuali e spinte di armonizzazione europea*, in *Riv. cooperazione giuridica internaz.*, 2017, 149 ss.).

L'approccio descritto è peraltro emblematico di una più generale tendenza, affermata in numerosi settori e che risulta istituzionalizzata dall'art. 197 TFUE (specie il co. 2, cfr. L. De Lucia, *Cooperazione e conflitto nell'unione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 13 ss.; E. Chiti, *La cooperazione amministrativa*, in *GDA*, 2010, 241 ss.). Muovendo da tali basi, la cooperazione amministrativa europea è stata sempre più spesso fondata sull'automatica connessione informativa tra amministrazioni nazionali, da considerare quale vicenda meramente interna alla sfera dell'amministrazione; vicenda collaborativa alla quale i cittadini rimarrebbero quindi tendenzialmente estranei, secondo una visione che in ambito tributario ha trovato l'autorevole avallo della Grande Sezione (cfr. P. Mastellone, *L'Unione europea non riconosce "participation rights" al contribuente sottoposto a procedure di mutua assistenza amministrativa tra autorità fiscali*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, 349 ss.).

Con la sentenza *Sabou* la Corte di Giustizia (22 ottobre 2013, C-276/12) aveva infatti affermato che al contribuente non è riconosciuto il diritto ad essere informato della richiesta di assistenza inoltrata da un'agenzia fiscale straniera alle autorità fiscali dello Stato membro di residenza. Il privato si vede quindi negata la partecipazione alla formulazione della domanda o alle audizioni di testimoni, così come d'altro lato gli sono preclusi rimedi diretti avverso una relazione collaborativa tra le due amministrazioni della quale non è parte. Si è quindi ritenuto che legittimamente non siano state individuate ipotesi in cui il contribuente può contestare l'esattezza dell'informazione trasmessa dallo Stato membro richiesto, e ciò in quanto le tutele sarebbero poi riconosciute dallo Stato di residenza al momento dell'utilizzo

dei dati raccolti all'estero (a commento cfr. H. Schaumburg, *Das Unionsrecht gewährt Steuerpflichtigen weder Informationsrechte noch andere Mitwirkungsrechte im Rahmen zwischenstaatlicher, behördlicher Amtshilfeersuchen*, in *Internationale Steuer-Rundschau*, 2013, 423 ss.; A. Van Eijdsen, *Exchange of information on request. No obligation to inform taxpayer of the request*, in *Highlights & Insights on European Taxation*, 2014, 131 ss.; S. Grill, *Keine Notwendigkeit, den Steuerpflichtigen über Auskunftersuchen im Rahmen der internationalen Amtshilfe zu informieren*, in *European Law Reporter*, 2014, 4 ss.; J.M. Calderón Carrero, A. Quintas Seara, *The Taxpayer's Right of Defence in Cross-Border Exchange-of-Information Procedures*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2014, 498 ss.).

La collaborazione è pertanto inderogabile, l'agenzia fiscale richiesta limitandosi a controlli formali, senza sindacare il contenuto delle richieste d'informazione pervenute. Tra amministrazioni è prevista un'automatica *discovery*, in una logica di comunicazione "interna", come se le agenzie fiscali nazionali appartenessero ad un apparato unitario (M.E. Sánchez López, *La transmisión automática de información ¿Hacia un sistema global de intercambio de datos?*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2016, 647 ss.). Tra amministrazioni e cittadino/contribuente, al contrario, rimangono ben saldi i confini nazionali: il privato sarà legittimato a partecipare al procedimento e a tutelare le proprie ragioni solo dinanzi all'agenzia fiscale del paese di residenza, ponendosi invece come soggetto del tutto estraneo agli atti che l'agenzia fiscale straniera pone in essere per cooperare nel quadro degli scambi informativi regolati dall'Unione (cfr. M.F. Fernandez, *La tutela nazionale del contribuente nello scambio comunitario d'informazioni*, in *Rassegna tributaria*, 2014, 1421 ss.).

La Grande sezione della Corte di giustizia, con sentenza 16 maggio 2017, causa C-682/15, *Berlioz Investment Fund SA*, ha ora posto alcune puntualizzazioni in materia di collaborazione tra autorità fiscali nazionali. In particolare si è rilevata la problematicità di un metodo di collaborazione affidato ad automatismi, e si sono prese più seriamente in considerazione tanto le ragioni della sovranità nazionale proprie delle agenzie fiscali richieste, quanto quelle – proprie invece dei contribuenti – di tutela dei diritti fondamentali di riservatezza, difesa e partecipazione. La giurisprudenza della Corte è così giunta ad affermare un principio di legalità piena, e di tutela giurisdizionale non formale, anche nell'ambito delle cooperazioni amministrative transfrontaliere che più direttamente toccano la sfera personale del contribuente.

Da un lato nessun automatismo collaborativo posto alla base di scambi di informazioni tra amministrazioni nazionali può essere esentato dal controllo del giudice. I giudici di uno Stato membro possono quindi controllare profili di legittimità sostanziale delle richieste di informazioni fiscali provenienti da altre agenzie nazionali. Tale controllo, inoltre, è sì limitato a verificare se le informazioni richieste non risultino manifestamente prive di qualsiasi "prevedibile pertinenza" con l'indagine tributaria in corso, ma la nozione di pertinenza adottata è già di per sé idonea a superare gli stretti spazi di un controllo di mera regolarità formale (cfr. punti 75 ss.).

D'altro lato – strumentale al controllo giurisdizionale – l'informazione non può essere unidirezionale, ma alla richiesta di collaborazione informativa deve accompagnarsi la piena *discovery* delle ragioni per cui la stessa è stata avanzata. Peraltro, affinché il giudice possa esercitare tale sindacato giurisdizionale non formale, egli deve avere accesso alla richiesta di informazioni e a qualsiasi altro elemento complementare che le autorità dello Stato interpellato abbiano eventualmente ricevuto dalle autorità dello Stato richiedente (cfr. punti 90 ss.).

2. – Tanto la tutela giurisdizionale quanto l'accesso informativo erano invece stati negati alla *Berlioz Investment Fund SA*, società lussemburghese controllante una società figlia francese soggetta ad accertamenti fiscali nel paese sede. Le autorità lussemburghesi richieste avanzavano infatti alla holding ingiunzione di fornire una serie di informazioni, tra le quali talune non strumentali ad un accertamento fiscale relativo ai rapporti controllante-controllata (in particolare, i nominativi dei socie e le rispettive quote sociali); a fronte del rifiuto di fornire i dati ritenuti non pertinenti, e nell'assenza di un rimedio giurisdizionale

con il quale contestare la richiesta, la *Berlioz* veniva sanzionata mediante “ammenda amministrativa”.

Pur non avendo potuto contestare l'ingiunzione di informazione, ritenuta atto dovuto sulla base dell'automatismo collaborativo citato, la società ha tuttavia potuto poi ricorrere avverso la sanzione amministrativa. In primo grado, pur riducendo l'importo dovuto, il giudice amministrativo lussemburghese non accoglieva le difese della *Berlioz*: l'insindacabilità in giudizio della richiesta avrebbe precluso contestazioni aventi ad oggetto l'an della sanzione, potendosi ricorrere solo in punto di quantificazione dell'ammontare (*Tribunal Administratif*, sentenza 13 agosto 2015).

Solo in sede di appello la Corte amministrativa del Lussemburgo (*Cour administrative*) ha rilevato una possibile lesione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, come garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47), ed ha quindi sollecitando con rinvio pregiudiziale una presa di posizione della Corte di giustizia.

La sentenza resa è particolarmente importante, sia sul piano pratico che su quello sistematico. Da un lato, essa contribuisce a definire i confini di interventi tributari rispetto ai quali tanto l'opinione pubblica quanto la vita delle imprese risultano estremamente sensibili, la posizione dei contribuenti rispetto ad indagini fiscali transfrontaliere costituendo un tema di grande attualità e rilevanza nella prassi, anche per gli sforzi degli ultimi anni nella direzione dell'eliminazione di ogni residuo paradiso fiscale nell'Unione (cfr. A. Galasso, *Diritto internazionale e paradisi fiscali*, in *Rassegna di diritto e tecnica doganale e delle imposte di fabbricazione*, 2004, fasc. 5, pp. 307 ss., in particolare l'ultimo par. dedicato alle politiche UE). D'altro lato, la pronuncia è importante anche perché si pone ad un bivio tra due modelli di unione e coordinamento delle amministrazioni in Europa, optando per una cooperazione controllata dal basso anziché per automatismi che – tipizzando in atti dell'Unione le singole fattispecie ammesse ed escluse – sottendono una più decisa limitazione della sovranità delle singole autorità nazionali e minori spazi discrezionali per apprezzare le peculiarità dei casi concreti (sui modelli di cooperazione amministrativa in Europa, e relativi vantaggi e difetti, cfr. M. Macchia, *Questione amministrativa e cooperazione dopo Lisbona: un nesso inscindibile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 85 ss.; in particolare si sottolinea la carenza di un indirizzo coerente nel fenomeno cooperativo e di un modello sostenibile di *judicial review*).

3. – La disciplina del settore fiscale è emblematica della tentazione di fondare la cooperazione amministrativa europea su regole di automatico riconoscimento reciproco tra le autorità nazionali (ed europee), in una visione bilaterale ed intergovernativa della legittimazione/interesse che rischia di porre in secondo piano i cittadini, privilegiando il raggiungimento di risultati ottimali in termini gestionali (sulla rilevanza dell'amministrazione “per risultati” nella legittimazione dell'apparato amministrativo europeo cfr. M.P. Chiti, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale “comunità di diritto amministrativo”*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 397 ss.).

La disciplina contenuta nella direttiva 2011/16/UE (che ha sostituito la direttiva 77/799/CEE, al fine di ampliare le occasioni collaborative; cfr. P. Corso, *Scambio di informazioni tra Paesi UE: dalla cooperazione amministrativa a quella giudiziaria?*, in *Corriere tributario*, 2013, 465 ss.) è fondata sull'idea che la circolazione delle informazioni tra autorità nazionali è tendenzialmente automatica (cfr. testualmente il considerando n. 10). La dimostrazione della legittimazione/interesse all'accesso a tali dati è limitata ad una norma di “prevedibile pertinenza”, che in materia fiscale legittima la cooperazione transfrontaliera a discapito della riservatezza dei contribuenti sulla base di ipotesi prognostiche, non di un interesse diretto e previamente dimostrabile alla conoscenza dell'informazione. Lo standard della “prevedibile pertinenza” è stato infatti interpretato in modo da escludere solo le richieste generiche, individuabili come tali dall'autorità richiesta sulla base di un mero controllo formale (in particolare, tale interpretazione è stata fondata sul considerando n. 9, ai sensi del quale gli obblighi procedurali – previsti dall'art. 20 della direttiva – richiedono un'interpretazione ampia per non frustrare l'efficace scambio di informazioni).

Coerentemente, peraltro, di prevedibile pertinenza tratta il solo art. 1, senza specificazioni, mente la rimanente disciplina è preordinata ad evitare dinieghi di collaborazione. Così la formulazione perentoria dell'art. 5 sottende un obbligo di risposta da parte dell'autorità nazionale richiesta, mentre l'art. 18 riduce la portata dei limiti tassativi alla collaborazione connessi alla tutela dell'ordine pubblico, prevedendo che essi non possono essere interpretati né nel senso di autorizzare il rifiuto di fornire informazioni per carenza di interesse dello Stato richiesto (che se già non ne dispone, deve quindi procurarsi anche le informazioni normalmente non raccolte dalle proprie autorità fiscali), né nel senso di legittimare il rifiuto sulla base del segreto professionale degli operatori finanziari per le informazioni trattate da soggetti qualificati (come banche, agenti o fiduciari).

Solo qualora condurre le indagini e raccogliere le informazioni richieste sia contrario alla legislazione nazionale, o qualora non vi sia reciprocità (nel senso che analoghe indagini e raccolte di informazioni sarebbero vietate proprio nello Stato richiedente), il rifiuto di collaborazione è legittimo. Al di fuori di tale ipotesi all'autorità richiesta è precluso di sindacare le ragioni della domanda, la trasmissione dei dati costituendo atto dovuto e vicenda puramente interna all'amministrazione, tanto che l'insindacabilità si accompagna, coerentemente, ad un rigoroso segreto d'ufficio, anche nei confronti del contribuente (art. 16, par. 1).

La sinergia tra non sindacabilità e segreto fa sì che la direttiva entri in tensione tanto con la sovranità delle autorità nazionali richieste (che devono farsi meri esecutori della domanda proveniente dall'autorità straniera), quanto con i diritti dei contribuenti (che – se richiesti – devono fornire i dati sensibili dell'attività esercitata senza poter conoscere i dettagli dell'istruttoria). Elementi di criticità, quelli citati, che hanno portato numerose legislazioni nazionali a recepimenti della direttiva particolarmente problematici, che o hanno segnato lentezze e ritardi (anche per la delicatezza di un intervento che tocca spazi nazionali di sovranità sulle informazioni fiscali e consente la conoscibilità all'estero di dati sensibili di imprese strategiche per l'economia nazionale; cfr. per l'Italia il parere motivato 20 giugno 2013 della Commissione UE), oppure – al fine di ottemperare agli obblighi collaborativi – hanno rischiato di porre in secondo piano le esigenze di tutela dei diritti.

4. – La direttiva 2011/16 è stata trasposta nel diritto lussemburghese con legge del 29 marzo 2013, che ha abrogato la precedente legge in materia, del 15 marzo 1979, dedicata all'assistenza amministrativa internazionale in materia di imposte dirette (*Mémorial A 2013*, p. 756); normativa che, secondo le tradizioni di particolare favore per le attività finanziarie proprie del Granducato, era sensibile alle esigenze di tutela della riservatezza dei contribuenti (cfr. B.R. Allen, *The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe*, in *Texas International Law Journal*, 1993, 73 ss.).

Per segnare la svolta rispetto a tali orientamenti passati, il Lussemburgo ha inoltre poi approvato una normativa ulteriormente attuativa con legge del 25 novembre 2014 (*Mémorial A 2014*, p. 4170), la quale – fissando la procedura applicabile allo scambio dei dati significativi sul piano tributario – ha precisato come l'amministrazione finanziaria competente debba verificare la sola regolarità formale della richiesta di scambio di informazioni (cfr. automatismo nelle risposte, senza discrezionalità, *ex art. 3*, co. 1), come la richiesta di scambio di informazioni debba rimanere riservata anche qualora si debba ingiungere al privato di fornire dati specifici (salve le indicazioni indispensabili per consentire al detentore delle informazioni di rispondere; cfr. segretezza verso il contribuente, *ex art. 3*, co. 4), e come infine avverso la richiesta di scambio di informazioni e la decisione di ingiunzione non possa essere presentato alcun ricorso (cfr. assenza di rimedi per il contribuente, *ex art. 6*); ciò mentre è ricorribile la sola comminazione dell'ammenda amministrativa per inottemperanza, sul presupposto che da contestare in tal caso non sia l'an della collaborazione informativa, ma il *quantum* della sanzione.

Manca quindi l'accesso del privato richiesto (contribuente stesso o soggetto terzo) ad atti che lo riguardano, manca la possibilità di partecipare attivamente ad un procedimento

sostanzialmente vincolato ed automatico, e manca infine un rimedio effettivo per tutelare i diritti che possono essere lesi su tali basi. La questione dalla prospettiva del privato è quindi comunque di diritto dell'Unione: sebbene egli sia un soggetto residente a cui la propria autorità nazionale chiede informazioni in modo formalmente del tutto astratto rispetto alla vicenda collaborativa transnazionale (che peraltro rimane coperta da segreto, e non sindacabile neppure dall'agenzia fiscale se non per la regolarità formale della stessa), nondimeno nella sostanza la normativa lussemburghese citata è strumentale ad attuare il diritto dell'Unione e – quindi – nella prospettiva della persona fisica o giuridica richiesta la Carta di Nizza è comunque ritenuta applicabile.

È vero che la sanzione amministrativa comminata alla *Berlioz* non è prevista dal diritto UE, e quindi sul piano formale la vicenda rimane nazionale per tutti i suoi profili significativi. La circostanza che la direttiva 2011/16 non preveda espressamente l'applicazione di misure sanzionatorie non osta però a che queste ultime siano considerate strumentali all'attuazione della stessa (cfr. sentenza del 26 febbraio 2013, *Akerberg Fransson*, C-617/10, ma anche la successiva sentenza 6 marzo 2014, *Cruciano Siragusa*, C-206/13, su cui sia consentito rinviare a F. Guella, *Il "collegamento sufficiente" tra disposizione nazionale e ordinamento UE quale perdurante condizione di applicabilità dei diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 1161 ss.).

È vero che l'art. 51, par. 1, della Carta prevede l'applicazione di tali diritti fondamentali esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, ma proprio la direttiva ha previsto in modo atipico – e lasciando quindi autonomia procedurale agli Stati membri – che i singoli ordinamenti nazionali adottino tutte le misure necessarie al fine di assicurare il buon funzionamento del sistema di cooperazione amministrativa (cfr. art. 22, par. 1, lett. c; per un commento che fa il punto sull'interpretazione dell'art. 51 alla luce della recente giurisprudenza *Berlioz*, cfr. G. Amoroso, *Sull'ambito di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Foro Italiano*, 2017, V, 229; cfr. anche M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.cortecostituzionale.it). Proprio per poter garantire un corretto recepimento di tale direttiva, quindi, la legislazione lussemburghese ha previsto i meccanismi di risposta automatica ed insindacabile prima descritti; meccanismi orientati sì da un'interpretazione del diritto UE che voleva massimizzare l'effetto utile sotteso alla *ratio* collaborativa della direttiva (secondo le interpretazioni affermatesi nella stessa giurisprudenza europea; cfr. ancora il caso *Sabou*, 22 ottobre 2013, C-276/12), ma la cui legittimità deve essere tuttavia vagliata anche sulla base del diritto primario dell'Unione.

5. – In particolare appare evidente la tensione che si produce tra l'effetto utile a garantire la massima collaborazione tra autorità fiscali, da un lato, e il diritto del cittadino europeo ad un ricorso effettivo, come d'altro lato garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.

Anche se la direttiva 2011/16 non conferisce alcun diritto ai singoli, il diritto primario integra quindi il combinato disposto rilevante per la disciplina della fattispecie: anche se l'interpretazione che massimizzava l'effetto diretto a produrre un'automatica cooperazione tra autorità nazionali corrispondeva certamente all'intento del legislatore storico europeo, nondimeno l'attuazione del legislatore lussemburghese è illegittima perché viola il parametro – prevalente – costituito dalla Carta dei diritti.

Pur rispettosa dell'*intentio legislatoris* sottesa alla direttiva (come emerge dai considerando citati), la scelta del legislatore nazionale di negare partecipazione, conoscibilità e rimedi al contribuente risulta lesiva del diritto primario dell'Unione: la giurisprudenza *Sabou* non può infatti escludere la tutela del diritto ad un ricorso effettivo, l'interesse e la legittimazione del contribuente direttamente richiesto di fornire informazioni non prevedibilmente pertinenti rendendo comunque invocabile l'art. 47 della Carta. Rispetto alla precedente pronuncia della Grande Camera, quindi, nel caso *Berlioz* la Corte di Giustizia opera un *distinguishing* reso possibile proprio dal fatto che l'aver coinvolto direttamente il privato – e non aver limitato la cooperazione al rapporto bilaterale tra autorità fiscali – affianca alla direttiva anche l'ulteriore parametro dei diritti fondamentali UE (il *quid proprium*

dell'art. 47 – rispetto a tale tipologia di casi – dovendo essere individuato proprio nella tutela nei confronti di interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di una persona, che siano arbitrari o sproporzionati: sentenza del 21 settembre 1989, *Hoechst/Commissione*, 46/87 e 227/88, punto 19; sentenza del 22 ottobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, punto 27; ordinanza del 17 novembre 2005, *Minoan Lines/Commissione*, C-121/04 P, punto 30).

I diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano infatti in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, anche se il diritto derivato (come nel caso della normativa sulla cooperazione fiscale) non li richiama direttamente, ed anzi ignora le posizioni di interesse dei cittadini. In altri termini, l'applicabilità del diritto dell'Unione implica inderogabilmente quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta (cfr. sentenza 26 settembre 2013, *Texdata Software*, C-418/11, punti 72 e 73).

Su tale diritto ad un ricorso effettivo possono poi essere fondati due ordini di censure, che – interpretando diversamente l'estensione dell'art. 47 della Carta – legittimano un effetto più o meno ampio per gli automatismi collaborativi della direttiva. Si deve cioè stabilire se il diritto a ricorrere sia strumentale alla tutela di una posizione soggettiva di vantaggio di natura sostanziale, cioè all'interesse del contribuente a non trasmettere *tout court* l'informazione in suo possesso qualora non pertinente, o se invece la legittimazione sia di natura esclusivamente procedurale, il privato potendo tutelare – in tale fase del procedimento – unicamente il proprio diritto partecipativo (mediante la pretesa a conoscere della richiesta dell'autorità finanziaria straniera, per poter interloquire ed eventualmente censurare i vizi procedurali emergenti dall'attività dell'autorità nazionale).

5.1. – Il limite di natura sostanziale deriva dal citato requisito della “prevedibile pertinenza”. L'ingiunzione al privato a fornire dati e notizie può essere legittima solo se le informazioni richieste sono pronosticamenamente strumentali ai fini dell'indagine tributaria dello Stato membro richiedente. Il tutto secondo una nozione di prevedibile pertinenza che replica quella utilizzata all'art. 26 del modello di convenzione fiscale dell'OCSE (cfr. il riferimento alle convenzioni OCSE nel preambolo della proposta di direttiva del Consiglio COM(2009) 29 *final*, del 2 febbraio 2009).

La qualità di “prevedibile pertinenza” delle informazioni richieste costituisce quindi una condizione della domanda, e l'intensità del sindacato svolto sulla stessa varia a seconda di chi proceda a valutare tale requisito. La Corte di Giustizia ha infatti ammesso in primo luogo che l'art. 47 della Carta attribuisce al contribuente (*rectius*: al privato comunque richiesto) il diritto di eccepire dinanzi a un giudice la non conformità dell'ingiunzione al requisito della pertinenza, sotteso ad un'interpretazione dell'art. 5 della direttiva 2011/16 che sia orientata ai diritti fondamentali. In secondo luogo, una volta attivato il rimedio a iniziativa del privato, il giudice nazionale – per fornire un rimedio effettivo *ex art. 47* – deve disporre di una competenza estesa al merito dei presupposti dell'ingiunzione, non limitata alla regolarità formale della cooperazione posta in essere.

Tuttavia, in via ordinaria e fisiologica, fuori degli spazi di un intervento rimediabile, la Grande Camera continua anche nel caso *Berlioz* a far salvo lo spirito originario del meccanismo di cooperazione tra autorità tributarie, come emerge dai considerando 2, 6 e 8 della direttiva 2011/16. Tale strumento è fondato su regole finalizzate ad instaurare un clima di “fiducia” fra gli Stati membri, per consentire una cooperazione efficace e rapida; a fronte di ciò l'autorità interpellata deve – in linea di principio – “avere fiducia nell'autorità richiedente e presumere che la richiesta di informazioni sottopostale sia conforme al diritto nazionale dell'autorità richiedente e necessaria ai fini della sua indagine” (cfr. il punto 77); ciò anche perché l'autorità richiesta – negli schemi collaborativi automatici apprestati dall'Unione – tipicamente non possiede una conoscenza approfondita del contesto fattuale e giuridico dello Stato richiedente, e deve quindi astenersi dal sostituire la propria valutazione di utilità a quella dell'autorità richiedente (cfr. sentenza del 13 aprile 2000, *W.N.*, C-420/98, punto 18).

Tale fiducia, che la sentenza annotata preserva come criterio operativo nella fisiologia del sistema, non deve però condizionare e limitare i diritti del contribuente e dei terzi. Il

privato, qualora coinvolto, può quindi legittimamente richiedere un controllo non meramente formale dei requisiti. Di conseguenza, per quanto concerne il sindacato del giudice, l'autorità giurisdizionale dell'ordinamento richiesto – a differenza di quella amministrativa – può non solo controllare la proporzionalità del *quantum* delle sanzioni eventualmente comminate, ma può anche operare una verifica della legittimità dell'ingiunzione originaria.

Solo il giudice è quindi abilitato a verificare la legittimità della richiesta straniera, con un apprezzamento che invece è precluso all'autorità amministrativa tenuta a cooperare con prontezza e in modo sostanzialmente automatico. D'altro lato, per non svuotare di contenuto la possibilità per il giudice di valutare la legittimità dell'intera operazione, la Corte di Giustizia onera l'agenzia fiscale richiesta di tutelare i diritti del contribuente almeno nella forma minima del rispetto dell'obbligo di motivazione, strumentale al successivo controllo del giudice. L'autorità interpellata deve infatti verificare “se le informazioni richieste non siano prive di qualsiasi prevedibile pertinenza per l'indagine condotta dall'autorità richiedente” (punto 78), e ciò in quanto l'efficacia del sindacato giurisdizionale garantito dall'art. 47 della Carta presuppone che sia già la motivazione fornita dalla pubblica amministrazione a porre il giudice nazionale in condizione di esercitare un controllo effettivo (cfr. sentenze del 4 giugno 2013, ZZ, C-300/11, punto 53, e del 23 ottobre 2014, *Unitrading*, C-437/13, punto 20).

5.2. – Il limite di natura procedimentale attiene invece all'accesso all'informazione in sé considerato, anch'esso strumentale a garantire un rimedio effettivo *ex art.* 47 della Carta.

La sentenza *Berlioz* in questa prospettiva ridimensiona quanto affermato nel caso *Sabou* (punto 40), dove si era negata la legittimazione all'accesso e alla partecipazione del contribuente nella fase d'indagine transfrontaliera; ciò in quanto la cooperazione tra agenzie fiscali di per sé considerata non sarebbe ancora lesiva di interessi del contribuente, che quindi mancherebbe di un titolo idoneo all'intervento o all'accesso ai documenti, e dovrebbe poi – al limite – contestare i soli provvedimenti susseguenti a tale fase istruttoria interna alle amministrazioni.

La Commissione affermava quindi che ammettere un diritto di ricorso del singolo soggetto privato richiesto (la società madre lussemburghese), avverso una ingiunzione informativa, equivarrebbe a riconoscergli diritti partecipativi maggiori rispetto al contribuente destinatario finale dell'attività istruttoria (la società figlia francese). La Grande Camera, operando il *distinguishing* sopra ricordato, ritiene però che le posizioni di interesse coinvolte siano qualitativamente diverse, nel caso *Berlioz* venendo in gioco il diritto all'informazione in sé considerato, a prescindere da un'ottica di tutela dei diritti del contribuente cui quell'informazione può poi essere strumentale.

Partecipare *tout court* come nel caso *Sabou* attiene agli interessi che emergeranno poi nel procedimento tributario avviato dall'agenzia fiscale richiedente l'informazione; partecipare perché il soggetto privato è stato direttamente richiesto di trasmettere dati e notizie coinvolge invece in modo diretto la sfera del diritto di riservatezza (sulla difficile conciliazione tra riservatezza ed accertamento tributario cfr. per una visione ampia ed organica il contributo di V. Uckmar, A. Marcheselli, *Il diritto tributario tra tutela della riservatezza e trasparenza delle attività economiche*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1998, 227 ss., in particolare la parte III dedicata al livello internazionale). In tali ipotesi l'accesso ai dati sensibili sul piano fiscale non può essere gestito secondo un paradigma inquisitorio del tutto interno alle amministrazioni coinvolte, senza diritto all'informazione e partecipazione del soggetto richiesto.

La Corte di Giustizia risolve quindi il bilanciamento dei diritti fondamentali, previsti dalla Carta, con la segretezza delle cooperazioni finanziarie, prevista l'art. 16 della direttiva 2011/16, distinguendo le situazioni in cui effettivamente l'indagine può essere svolta internamente all'amministrazione (senza coinvolgere privati) da quelle in cui invece la collaborazione deve estendersi al contribuente o ad altri soggetti economici allo stesso legati. E ciò, ancora una volta, al fine di rendere effettivo il diritto ad un rimedio giurisdizionale,

come contemplato dall'art. 47 della Carta.

La Grande Camera ribadisce infatti la propria giurisprudenza in punto di principio della parità delle armi, quale corollario dell'equo processo, richiedendo che la parte privata interpellata possa non solo agire in giudizio per contestare la legittimità della richiesta, ma anche che la stessa sia messa in condizione di produrre prove sulla base di una *discovery* informativa che non la penalizzi rispetto alla controparte (cfr. sentenza del 6 novembre 2012, *Otis e a.*, C-199/11, punto 71; su diritto di difesa e accesso alle informazioni in fascicolo cfr. anche sentenze del 18 luglio 2013, *Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, punto 102, e del 10 settembre 2013, *G. e R.*, C-383/13 PPU, punti 32 e 34).

Anche per tale profilo il bilanciamento non sacrifica del tutto le esigenze di automatica cooperazione tra agenzie fiscali, e le ragioni dell'erario sono apprezzate dalla Corte di Giustizia ove si afferma che per rispettare l'art. 47 della Carta non è necessario un accesso alla richiesta di informazioni "nella sua interezza" (punto 100), presentandosi come standard sufficiente una comunicazione minima dei dati indicati all'art. 20, par. 2, della direttiva 2011/16.

6. – Ancora una volta, tuttavia, la Corte deve poi riconoscere la duplicità di standard in funzione del fatto che la tutela sia invocata dinanzi alla sola autorità amministrativa o in sede giurisdizionale. La Grande camera nel caso *Berlioz* riconosce infatti al giudice nazionale un accesso pieno alle informazioni trasmesse dall'agenzia fiscale richiedente al fine di comprovare la "prevedibile pertinenza".

Se per poter far esaminare equamente la sua causa è sufficiente che l'amministrato abbia accesso alle informazioni fondamentali della richiesta dell'autorità straniera (identità del contribuente coinvolto e fine fiscale delle informazioni richieste), al contrario per il giudizio la Corte ammette la necessità di una conoscenza piena. Su tali basi il giudice può considerare non sufficienti le informazioni di cui disponeva il privato, e ciò potrà valutare una volta che – con l'apertura del processo – si è avuta la trasmissione doverosa (verso il solo giudice) dell'intera richiesta di informazioni, e di qualsiasi altro elemento complementare che le autorità dello Stato interpellato abbiano eventualmente ricevuto dalle autorità dello Stato richiedente (cfr. ancora il punto 100).

In tal modo – una volta entrati nella fase del processo – la segretezza disposta dalla direttiva può eventualmente venire meno anche nei confronti del contribuente e/o dell'altro soggetto privato direttamente richiesto della trasmissione di dati e notizie, in quanto il giudice stesso può decidere di fornire al contribuente elementi di informazione supplementari. Se quindi il regime di segretezza – nei confronti del privato, ma non del giudice – può sopravvivere all'aprirsi del processo, ciò può avvenire non per un automatismo disposto dalla direttiva bensì sulla base del prudente apprezzamento del giudice.

Il combinarsi del profilo sostanziale (sindacato pieno sulla pertinenza, non sulla sola regolarità formale della richiesta) con quello procedurale (accesso all'informazione sulle ragioni della richiesta) modifica quindi sensibilmente la prassi applicativa dell'automatismo collaborativo introdotto dalla direttiva. In questa prospettiva la portata del caso *Berlioz* nel temperare i meccanismi di cooperazione – a beneficio tanto della sovranità statale (perlomeno della giurisdizione), quanto della tutela dei diritti fondamentali – estende la sua portata anche a legislazioni nazionali che hanno seguito modelli di recepimento della direttiva diversi da quello lussemburghese, meno esplicitamente orientati a precludere occasioni di mancato scambio tra agenzie fiscali.

È il caso ad esempio della disciplina italiana, dove il recepimento – operato con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 29 – non ha esplicitamente predisposto regole di insindacabilità e di segreto come sono rinvenibili nella vicenda annotata (cfr. per cenni alla disciplina italiana G. Pezzuto, *La cooperazione internazionale nelle indagini penali tributarie*, in *Rassegna tributaria*, 2015, 389 ss., in particolare par. 5).

L'art. 4, in particolare, dedicato allo scambio di informazioni su richiesta, prevede semplicemente che i servizi di collegamento appositamente predisposti forniscano alle autorità richiedenti degli altri Stati membri tutte le informazioni utili di cui sono in possesso

o che ottengono a seguito di un'indagine amministrativa *ad hoc*. In questa sede non vi è cenno all'automaticità della comunicazione, né all'insindacabilità delle ragioni della richiesta (mentre nell'art. 5 l'automaticità è espressamente prevista per la trasmissione di informazioni di contribuenti stranieri residenti in Italia).

Sebbene però la disciplina italiana preveda semplicemente che l'autorità interpellata provvede alla raccolta delle informazioni richieste o allo svolgimento dell'indagine amministrativa necessaria procedendo come se agisse per proprio conto o su richiesta di un'altra autorità interna (sottendendo che valgono quindi le garanzie partecipative ed informative generalmente previste dallo statuto del contribuente e dalla normativa vigente), nondimeno la prassi applicativa deve confrontarsi con le previsioni – precise ed incondizionate, pertanto *self-executing* – circa la segretezza delle istanze di informazione provenienti da autorità straniere. Il combinato disposto con la normativa europea limita quindi comunque la portata dei diritti di partecipazione e informazione ai soli profili della vicenda che abbiano rilevanza esclusivamente entro i confini dell'ordinamento italiano (e quindi ai soli profili procedurali), rimanendo precluse le contestazioni di “prevedibile pertinenza” che presuppongono il sostanziale apprezzamento delle ragioni dell'istanza informativa estera.

In questo senso la sentenza *Berlioz* viene a condizionare anche l'ordinamento italiano, nell'applicazione dell'art. 4 del d.lgs. 29/2014, dovendosi riconoscere – per rispettare gli standard di un ricorso giurisdizionale effettivo – che il privato richiesto direttamente di collaborazione informativa vanta un diritto “preliminare” limitato a mere notizie di massima circa l'istanza e un diritto “successivo” al pieno sindacato giurisdizionale; sindacato nell'ambito del quale il controllo sarà esteso al merito della vicenda e il segreto potrà venir meno – secondo il prudente apprezzamento del giudice – a favore di una piena *discovery* dell'istanza proveniente dall'autorità fiscale richiedente.

La libera circolazione dei servizi legali nell'Unione europea: note a margine del caso *Piringer*

di Matteo Manfredi

Title: The free movement of legal services in the European Union: notes on the *Piringer* ruling

Keywords: Legal services; Free movement; Internal market.

1. – La sentenza del 9 marzo 2017, causa C-342/15, *Piringer*, affronta il tema della compatibilità con le regole del mercato interno della riserva di determinate attività ai notai, ad esclusione di altri professionisti. A fronte di una copiosa giurisprudenza in materia di libera circolazione degli avvocati, pochi sono i casi in cui i giudici di Lussemburgo si sono occupati della circolazione dei servizi notarili nell'Unione.

In precedenti pronunce, la Corte si era soffermata principalmente sulla natura della professione notarile (tra i casi più rilevanti si ricorda Corte di giustizia, sentenza 24 maggio 2011, causa C-53/08, *Commissione c. Austria*). Nella sentenza *Piringer*, invece, i giudici dell'UE hanno preso in esame la compatibilità della normativa austriaca in materia di trascrizioni immobiliari con il diritto dell'UE, a partire dall'analisi di tutti i requisiti necessari per poter invocare una deroga all'articolo 56 TFUE.

L'esame della Corte nella sentenza in commento rappresenta, quindi, un importante precedente, volto a delineare con maggiore precisione la competenza dei singoli Stati membri a determinare le nozioni di "pubblici poteri" e di "motivi di interesse generale" nel rispetto delle norme dei Trattati.

2. – Nella sentenza in commento la Corte di giustizia ha affrontato il caso della signora *Piringer*, cittadina austriaca e proprietaria della metà di un immobile sito in Austria, la quale aveva sottoscritto nella Repubblica Ceca una domanda di iscrizione nel libro fondiario austriaco di una prevista vendita della propria quota dell'immobile ai fini dell'annotazione dell'ordine di grado. La firma della richiedente in calce a tale domanda era stata autenticata da un avvocato ceco il quale, secondo la propria legge nazionale, aveva indicato la data di nascita della signora e i documenti presentati dalla medesima al fine di dimostrarne l'identità. L'avvocato firmatario aveva altresì confermato, sul medesimo atto, l'autenticità della sottoscrizione.

Il Tribunale distrettuale austriaco e quello regionale respingevano l'istanza di annotazione, poiché la firma della ricorrente nel procedimento principale non era stata autenticata da un tribunale o da un notaio, come invece richiesto dal diritto nazionale austriaco (cfr. articoli 31 e 53 del BGB).

La Suprema Corte austriaca, cui la cittadina aveva presentato ricorso, sollevava dubbi sulla compatibilità della norma interna relativa al requisito dell'attestazione notarile alla direttiva 77/249/CEE, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di

servizi da parte degli avvocati (cfr. art. 1, par. 1, dir. 77/249/CEE del Consiglio, del 22-3-1977), e all'art. 56 TFUE.

Prima di proseguire nella disamina del caso, è opportuno fare un breve cenno sull'incidenza del libro fondiario nelle transazioni immobiliari nel diritto austriaco. Esso si basa sul sistema tavolare, la cui caratteristica fondamentale è rappresentata dalla natura reale anziché personale dei registri immobiliari. L'annotazione nel libro fondiario ha un effetto costitutivo, nel senso che il diritto di proprietà nasce solamente a seguito di tale annotazione, a differenza di altri Paesi dell'UE, quali l'Italia e la Francia, nei quali l'annotazione nel registro immobiliare ha un effetto di "pubblicità notizia" (per un approfondimento si veda C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 21 ss.).

È evidente, quindi, che la sentenza del 9 marzo 2017 della Corte di giustizia deve essere letta tenuto conto del ruolo che il prestatore di servizi legali riveste nel sistema tavolare austriaco e la cui portata non può essere estesa anche agli ordinamenti giuridici di altri Stati membri aventi caratteristiche diverse.

3. – La prima domanda pregiudiziale sottoposta alla Corte riguardava la compatibilità della direttiva 77/249/CEE con la normativa austriaca che riserva ai notai l'autenticazione delle firme apposte sugli atti necessari alla costituzione o al trasferimento di diritti reali immobiliari.

La direttiva in questione disciplina la prestazione di servizi da parte del professionista forense all'interno dell'Unione europea, ma non contiene precise indicazioni né relativamente alla nozione di avvocato né per quanto attiene alle attività che possono essere svolte da detti professionisti (per la giurisprudenza pertinente sia consentito il rinvio a M. Condinanzi, B. Nascimbene, A. Lang, *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Leiden, 2008, 149 ss.). Pertanto, nell'accezione della direttiva, possono considerarsi attività professionali non solo i servizi giuridici abitualmente resi dagli avvocati, come la consulenza legale, la rappresentanza e la difesa di un cliente in giudizio, ma differenti tipi di prestazioni, come l'autenticazione di firme: a questo proposito, come evidenziato dalla Corte, non assume rilevanza la circostanza che gli avvocati non svolgano queste ultime prestazioni in tutti gli Stati membri (cfr. Corte giust., sentenza 16-7-2015, cause C-544/13 e C-545/13, *Abcur*, punto 45 e giurisprudenza ivi citata). Anzi, alcuni Stati membri, tra cui appunto la Repubblica Ceca, hanno effettivamente previsto la possibilità che gli avvocati stabiliti nel territorio nazionale forniscano tali altri tipi di prestazioni (per un approfondimento si veda U. C. Schmid e al., *Real Property Law and Procedure in European Union*, European University Institute, Firenze, 2005, 52 ss.).

Nel caso in esame, i giudici dell'UE erano tenuti a chiarire anzitutto se l'attività di avvocato consistente nell'autenticazione di una firma fosse assoggettata al regime della libera prestazione di servizi: in passato la Corte ha precisato che il diritto alla libera prestazione dei servizi conferito dall'articolo 56 TFUE include non solo il caso in cui l'avvocato si sposti in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito per fornire i suoi servizi, ma anche la diversa situazione in cui a spostarsi sia il destinatario del servizio - come la ricorrente nel caso di specie - che si reca in uno Stato membro diverso da quello di residenza per beneficiare delle prestazioni di un avvocato ivi stabilito (cfr. Corte giust., sentenza 24 settembre 2013, causa C-221/11, *Demirkan*, punto 35 e giurisprudenza ivi citata).

Inoltre, nella sentenza in commento i giudici di Lussemburgo si sono soffermati sulla deroga alla libera prestazione di servizi da parte degli avvocati, prevista dall'art. 1, par. 1 della direttiva 77/249/CEE, in base alla quale gli Stati membri hanno facoltà di riservare a determinate categorie di avvocati la possibilità di redigere atti autentici riguardanti la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari. Secondo la Corte, tale deroga non troverebbe applicazione nel caso *Piringer* poiché farebbe riferimento solo alla professione di avvocato, essendo nata per disciplinare la particolare situazione giuridica dei Paesi di *common law*, nei quali esistono differenti categorie di avvocati (*barristers* e *solicitors*) e in cui soltanto i *solicitors* sono abilitati a redigere taluni atti giuridici di diritto immobiliare (Corte giust., *Piringer*, cit., punti 41-44).

Tale interpretazione è corroborata anche dalla direttiva 98/5/CE, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato di uno Stato membro. Essa, infatti, riconosce agli Stati membri la possibilità di autorizzare una determinata categoria di avvocati, aventi i requisiti previsti dai singoli ordinamenti nazionali, a redigere sul loro territorio atti che conferiscono il potere di amministrare i beni dei defunti o riguardanti la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari. La norma, però, consente che tali poteri siano preclusi all'avvocato che esercita in uno Stato membro con un titolo professionale rilasciato da un altro Stato membro, dove l'amministrazione dei beni del defunto o la costituzione e il trasferimento di diritti reali immobiliari sono riservati a professioni diverse da quella forense (cfr. articolo 5 n. 2 della direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16-2-1998 volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica. Le direttive 77/249 e 98/5 perseguono il medesimo obiettivo e si inseriscono in una medesima logica, ossia la liberalizzazione delle attività professionali transfrontaliere degli avvocati. Sul punto si rinvia a C. Barnard, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 2013, 320).

La Corte ha quindi sancito che la deroga consacrata dall'articolo 1, paragrafo 1, secondo comma della direttiva 77/249/CEE non si applica ad una normativa di uno Stato membro come quella oggetto del procedimento principale, che riconosce ai notai il potere di autenticare le firme apposte sui documenti necessari per la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari (Corte di giustizia, *Piringer*, cit., punto 47). Pertanto, non è su tale base che può essere giustificata la riserva di determinati servizi legali a favore dei notai.

I giudici dell'UE avrebbero potuto utilizzare a supporto di queste conclusioni non solo la genesi della direttiva in questione, ma anche argomenti tratti dall'evoluzione della professione forense che, in Stati come la Repubblica ceca, consente agli avvocati di svolgere attività diverse dalla consulenza legale e dalla rappresentanza in giudizio, quale appunto l'autenticazione delle firme sugli atti necessari per i trasferimenti immobiliari.

Appaiono maggiormente condivisibili sul punto, invece, le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, a parere del quale le disposizioni della direttiva 77/249 non ostano a che uno Stato riservi ai notai l'autenticazione della firma nei registri immobiliari, sulla base del combinato disposto delle direttive 77/249 e 98/5 (conclusioni dell'AG Szpunar, cit., punti 38-39).

4. – Il secondo quesito rivolto alla Corte riguardava la compatibilità della normativa austriaca con l'articolo 56 TFUE. In particolare, ai giudici di Lussemburgo veniva richiesto se l'autenticazione delle firme sugli atti da registrare nel libro fondiario riservata ai soli notai costituisse o meno una restrizione alla libera prestazione dei servizi.

Anzitutto, l'articolo 56 TFUE impone sia l'eliminazione di qualsiasi discriminazione in base alla cittadinanza nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, sia la soppressione di qualsiasi restrizione alla libera prestazione dei servizi idonea a vietare, ostacolare o rendere meno allettanti le attività di un prestatore stabilito in un altro Stato membro (per un approfondimento v., *ex multis*, Corte giust., sentenza 18-7-2013, causa C-265/12, *Citroen Belux*, punto 35, e Corte giust., sentenza 11-7-2015, causa C-98/14, *Berlington Hungary e a.*, punto 35).

La normativa austriaca conferisce solo ai notai e ai tribunali la competenza ad autenticare le firme apposte sui documenti necessari per la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari. Per effetto di tale riserva di competenza, in Austria non è riconosciuta l'autenticazione delle firme effettuata tanto da un avvocato stabilito in tale Stato quanto dagli avvocati stabiliti in altri Stati membri; né un cittadino austriaco, destinatario di una prestazione del genere, può, come nel caso di specie, recarsi in Repubblica Ceca per usufruire di un servizio che non è disponibile in Austria allo scopo di procedere ad un'annotazione nel libro fondiario (Corte giust., *Commissione c. Austria*, cit., punti 91 e 92).

Pare opportuno precisare che il ruolo dei prestatori di servizi legali nelle transazioni immobiliari all'interno dell'Unione europea è strettamente connesso al sistema di

registrazione e trascrizione previsto dagli ordinamenti dei singoli Stati membri. In Paesi dove vige il sistema tavolare, come l'Austria, la Germania e la Slovenia, l'ordinamento riserva ai notai (o ai tribunali) l'autenticazione delle firme apposte in calce ai documenti necessari per la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari. Discorso analogo vale per gli Stati in cui vige il principio del consenso traslativo, come la Francia e l'Italia, in cui l'autenticazione della firma è ancora oggi riservata ai notai. Invece, nei Paesi di *common law*, come il Regno Unito e l'Irlanda, e in alcuni Paesi di *civil law*, come la Repubblica Ceca e l'Ungheria, gli avvocati possono autenticare le firme sugli atti idonei a costituire o trasferire diritti reali immobiliari (per un approfondimento si rinvia a U.C. Schmid e al., cit.). Appare, quindi, evidente che nel verificare la compatibilità dell'ordinamento austriaco con l'articolo 56 TFUE, i giudici di Lussemburgo hanno dovuto tener conto anche della mancata armonizzazione dei sistemi di trascrizione e registrazione immobiliare nei singoli Stati membri.

La Corte è intervenuta più volte sul tema delle restrizioni alla libera prestazione di servizi garantita dall'articolo 56 TFUE. Esse sono ammesse a titolo di deroga per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ai sensi degli articoli 51 e 52 TFUE, applicabili parimenti in materia di libera prestazione dei servizi in base all'articolo 56 TFUE, oppure possono essere giustificate, se applicate in modo non discriminatorio, in presenza di ragioni imperative d'interesse generale (cfr. Corte giust., sentenza 17-12-1981, causa 279/80, *Webb*. Sull'argomento si veda L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2016, 196 ss.).

Il fulcro del caso consisteva proprio nel verificare se la normativa austriaca potesse rientrare in una delle deroghe alla libera prestazione dei servizi prevista dalle norme dei Trattati.

Per quanto riguarda l'esenzione di cui all'articolo 51 TFUE, relativa alle attività che partecipano, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri, la Corte ha già ritenuto in precedenti casi che l'attività di autenticazione affidata ai notai non comporta, di per sé, una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'articolo 51, primo comma, TFUE (cfr. Corte di giust., *Commissione/Austria*, cit.). Per i giudici dell'UE, quindi, l'eccezione prevista dalla citata disposizione del Trattato non rileva in ordine alla fattispecie in questione la quale, per di più, riguarda solo l'autenticazione della firma del richiedente e non già del contenuto dell'atto sul quale tale firma è stata apposta (la limitazione è infatti consentita solo per quelle attività che costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri e che sono pertanto da escludere tutte quelle attività che sono svolte nell'interesse generale o che costituiscono un ausilio o una collaborazione al funzionamento della pubblica autorità. Cfr. Corte giust., sentenza 21-06-1974, causa 2/74, *Reyners*, punti 44-45).

L'analisi della Corte si è soffermata, invece, sulle deroghe previste dall'articolo 52 TFUE. Nello specifico, i giudici dell'Unione hanno avuto modo di precisare che la tenuta del libro fondiario costituisce una componente fondamentale dell'amministrazione preventiva della giustizia, in quanto mira a garantire una buona applicazione della legge e la certezza del diritto quanto agli atti stipulati tra i privati (Corte di giust., *Piringer*, cit., punti 58-60). Proprio per questo, le disposizioni nazionali che obblighino a verificare, avvalendosi di professionisti giurati come i notai, l'esattezza delle annotazioni, si ricollegano, più in generale, alla tutela della buona amministrazione della giustizia che, in conformità alla giurisprudenza della Corte, costituisce un motivo imperativo di interesse generale (Cfr. Corte di giust., *Commissione c. Austria*, cit., punto 96. Nel caso di specie, la Corte ha precisato che la circostanza che le attività notarili perseguano obiettivi di interesse generale, miranti in particolare a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati, costituisce una ragione imperativa di interesse generale che consente di giustificare eventuali restrizioni all'articolo 49 TFUE derivanti dalla specificità proprie dell'attività notarile, quali l'inquadramento di cui sono oggetto i notai per l'effetto di procedure di selezione che sono loro applicate, la limitazione del loro numero e delle loro competenze territoriali o ancora il regime loro applicato riguardo a remunerazione, indipendenza, incompatibilità e

inamovibilità, purché dette restrizioni permettano di conseguire tali obiettivi e siano a ciò necessarie).

La categoria dei motivi imperativi di interesse generale comprende finalità non economiche, ritenute meritevoli di tutela della Corte di giustizia, che legittimano l'adozione da parte degli Stati membri di misure non discriminatorie, necessarie per il perseguimento di tali finalità e proporzionate rispetto ad esse (si veda, *ex multis*, A. Arena, *La libera prestazione dei servizi*, in A. Arena, F. Bestagno, G. Rossolillo, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino, 2016, 362 ss.).

Nella sentenza in commento, i giudici di Lussemburgo hanno considerato la previsione normativa che conferisce in modo esclusivo le attività connesse all'autenticazione degli atti relativi alla costituzione o al trasferimento di diritti reali immobiliari a una specifica categoria di professionisti, depositari della fede pubblica e su cui lo Stato membro coinvolto esercita un particolare controllo, funzionale ed adeguata al conseguimento degli obiettivi adottati dal governo austriaco (Cfr. Corte giust., sentenza 12-12-1996, causa C-3/95, *Reisebüro Broede*, punto 36).

Infine, la Corte ha sostenuto che rinunciare in modo generale, per motivi afferenti alla libera prestazione di servizi degli avvocati, a funzioni di controllo statale e a una garanzia effettiva del controllo sulle annotazioni nel libro fondiario, sortirebbe l'effetto di intralciare il buon funzionamento del sistema del libro fondiario nonché la legalità e la certezza del diritto quanto agli atti stipulati tra privati (Corte giust., *Piringer*, cit., punti 64-66).

In conclusione, secondo la Corte di giustizia, in materia di atti di costituzione e/o trasferimento di diritti reali immobiliari, la norma nazionale che imponga l'autenticazione notarile della firma apposta dal richiedente sull'atto medesimo rientra tra le restrizioni compatibili con il diritto dell'Unione in materia di prestazione di servizi da parte degli avvocati (Corte giust., caso *Piringer*, cit., punto 56).

5. – Nel quadro della giurisprudenza in materia di libera prestazione dei servizi legali nel mercato dell'Unione europea, la sentenza assume particolare rilevanza in quanto delinea con maggiore precisione una particolare ipotesi di deroga all'articolo 56 TFUE.

La Corte ha, infatti, stabilito che la limitazione delle attività connesse all'autenticazione degli atti relativi alla costituzione o al trasferimento di diritti reali immobiliari a una specifica categoria di professionisti, quali i notai, mira a perseguire un motivo imperativo di interesse generale, ossia la tutela della buona amministrazione della giustizia, tale da giustificare una deroga alla libera circolazione dei servizi.

Occorre però sottolineare che tale deroga deve essere circoscritta a quegli Stati membri in cui esiste un sistema tavolare, in cui quindi il libro fondiario riveste un'importanza decisiva soprattutto nelle transazioni immobiliari. In particolare, qualsiasi annotazione in un libro fondiario, quale il libro fondiario austriaco, produce effetti costitutivi, nel senso che il diritto della persona che ha domandato tale annotazione nasce unicamente in forza di quest'ultima.

Ciò premesso, secondo la Corte, l'attività espletata dagli avvocati e consistente nel certificare l'autenticità delle firme apposte in calce a taluni atti non è assimilabile all'attività di autenticazione svolta dai notai. Infatti l'avvocato, chiamato ad autenticare l'atto, non provvede al controllo del contenuto dello stesso ed alla verifica che gli elementi dell'atto corrispondano a quanto previsto e voluto dall'ordinamento (funzione propria di un notaio). Il notaio ha invece il dovere di effettuare prima dell'atto le visure catastali e ipotecarie e, dunque, le necessarie e preventive verifiche sulla titolarità di chi vende e sull'eventuale libertà da ipoteche o trascrizioni dell'immobile (Corte giust., caso *Piringer*, cit., punto 64).

Come, però, ben ha sottolineato l'Avvocato generale nelle sue conclusioni, né il giudice del rinvio né il governo austriaco hanno indicato che i requisiti posti all'attività dei notai austriaci e a quella degli avvocati cechi siano tali, sul versante ceco, da compromettere il corretto funzionamento del libro fondiario (conclusioni dell'AG Szpunar, cit., punto 59). E, inoltre, le motivazioni della Corte si sono concentrate solo sulla funzione di pubblico ufficiale svolta dai notai in Austria, ritenuta idonea a favorire una tutela effettiva sul controllo delle

annotazioni del libro fondiario, ma non fanno alcun riferimento alle garanzie minime che i liberi prestatori di servizi giuridici debbono offrire nell'ambito delle attività di annotazione e autenticazione di atti nei registri immobiliari in conformità agli articoli 56 TFUE e ss.

Se si considera, ad esempio, l'ordinamento italiano, gli avvocati sono da sempre considerati dalla giurisprudenza di merito e di Cassazione (v. da ultimo le recenti sentenze della Corte cass. sul punto ed in particolare Cass. n. 13849/2017; Cass. n. 9473/2017 e Cass. n. 25054/2016) incaricati di pubblico servizio, poiché autenticano le sottoscrizioni dei loro assistiti sulle procure alle liti, certificano la conformità delle copie degli atti che notificano in proprio e, di recente, anche la conformità degli atti digitali nel processo telematico. Inoltre, come i notai e i commercialisti, gli avvocati possono essere delegati alle operazioni di vendita giudiziale e svolgono, nella qualità di pubblico ufficiale, tutta l'attività che porta alla vendita all'asta dei beni pignorati. Ancor più di recente gli avvocati stipulano, in determinate ipotesi, convenzioni matrimoniali per le cd. "separazioni brevi" che, ad accordo raggiunto, avranno i medesimi effetti di una sentenza giudiziale (Cfr. le due recenti ordinanze del Tribunale di Pordenone e di Roma del 16 e del 17-3-2017, le quali hanno riconosciuto che gli accordi di negoziazione nei quali sono contenuti patti di trasferimenti immobiliare possono essere trascritti nei registri immobiliari dagli avvocati).

Ad avviso di chi scrive, quindi, la sentenza in esame lascia aperta una questione rilevante: la necessità di armonizzare le normative nazionali degli Stati membri al fine di favorire la piena attuazione all'articolo 56 TFUE attraverso la definizione dei requisiti e dei sistemi di controllo che devono essere garantiti e rispettati dai liberi prestatori di servizi.

Un'autenticazione come quella oggetto del caso *Piringer*, infatti, non richiede la redazione di atti né la prestazione di consulenze giuridiche su questioni complesse, in quanto è volta semplicemente a constatare l'identità della persona presente e a confermare che essa ha effettivamente firmato un documento. Ma senza un'armonizzazione delle normative nazionali e dei sistemi di controllo dei liberi prestatori di servizi legali all'interno dell'UE, sarà difficile che nei prossimi anni la Corte di giustizia muti il proprio orientamento mettendo in discussione regimi giuridici consolidati negli Stati membri, quali la competenza dei notai nell'ambito delle trascrizioni immobiliari negli Stati che adottano sistemi fondiari di tipo tavolare.

Il permesso di soggiorno tra nuove restrizioni, corretta gestione dei flussi migratori e principio di proporzionalità in concreto

di Giuseppe Mantica

Title: Permit to stay: between new restrictions, proper management of migratory flows and the principle of proportionality in concrete. The dictates of the Court of Justice

Keywords: Standstill clause; New restriction; Proper management of migratory flows.

1. – Con sentenza del 29 marzo 2017, la Prima Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affrontato due questioni pregiudiziali (ai sensi dell'art. 267 TFUE) sollevate dal Tribunale amministrativo di Darmstadt, vertenti sull'interpretazione dell'art. 13 della decisione 1/80 del Consiglio di Associazione, col quale l'allora Comunità economica europea e la Repubblica turca hanno sancito il divieto di introdurre nuove restrizioni circa l'accesso all'occupazione dei lavoratori e dei loro familiari che si trovino sui loro rispettivi territori in una regolare situazione di soggiorno e occupazione. In particolare, i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati sulla giustificabilità o meno di una normativa sopravvenuta -rispetto a detta decisione- più rigorosa in tema di permesso di soggiorno per infrasedicenni e sulla proporzionalità o meno tra le conseguenze della concreta modalità di attuazione di detta normativa e l'obiettivo dalla stessa perseguito.

2. – La vicenda nasce in Germania, dove un cittadino turco con regolare permesso dal 21 aprile 2008, svolge attività lavorativa dipendente e diventa padre il 16 giugno 2014. Secondo quanto previsto dalla legge federale del 30 luglio 2004 in materia di "soggiorno, lavoro e integrazione degli stranieri nel territorio federale" (*AufenthG*), al figlio Furkan Tekdemir, in quanto nato in Germania da persona con regolare soggiorno, spetterebbe d'ufficio il relativo permesso (art. 33). In caso contrario, comunque, la stessa legge prevede all'art. 81 che tale permesso dev'essere richiesto entro sei mesi dalla nascita, come effettivamente avvenuto.

Il distretto di Bergstraße, tuttavia, respinge tale domanda richiamando il principio di discrezionalità a disposizione dell'autorità, non ritenendo inaccettabile che il minore agisse a posteriori tramite la procedura del visto da espletare in Turchia, nonostante ciò avrebbe comportato la separazione del padre dal figlio e dalla moglie, anch'essa cittadina turca, non titolare di permesso di soggiorno bensì di autorizzazione a soggiornare in quanto richiedente asilo. In sostanza, l'autorità amministrativa delineava due ipotesi: che il minore si sarebbe dovuto allontanare con la madre, facendo nuovamente ingresso in territorio tedesco solo dopo aver ottenuto il visto a seguito di una richiesta di ricongiungimento familiare promossa dal padre; oppure che tutti i componenti del nucleo familiare avrebbero potuto continuare la vita familiare nel Paese d'origine, dal momento che il padre, non essendo beneficiario di uno *status* di protezione internazionale, non avrebbe corso rischi in Turchia.

Di qui la scelta dei genitori di promuovere un ricorso presso il Tribunale amministrativo di Darmstad.

3. – Nel corso del procedimento, il giudice amministrativo adito si domanda, da un lato, se la previsione di subordinare il soggiorno del neonato ad un permesso non rientri in quelle "nuove restrizioni" vietate dall'art. 13 della decisione 1/80 che esprime la c.d. clausola di *standstill*, che per costante giurisprudenza vieta in generale qualsiasi nuova misura interna che espressamente o implicitamente subordini l'esercizio della libertà economica dei cittadini turchi in territorio comunitario a condizioni più restrittive di quelle richieste al momento dell'entrata in vigore di detta decisione. Invero, la normativa applicabile al tempo in cui fu adottata tale decisione prevedeva che gli stranieri non ancora sedicenni non necessitassero di alcun permesso di soggiorno (legge sugli stranieri del 28 aprile 1965).

Dall'altro lato, il giudice del rinvio prende atto di quella che è la *ratio* alla base della presunta nuova restrizione, ovvero un'efficace gestione dei flussi migratori, e conseguentemente si domanda se tale l'obiettivo non renda tale restrizione giustificata sulla base dell'art. 14 della decisione 1/80, che ammette "limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di sicurezza e di sanità pubbliche".

4. – Nell'esaminare congiuntamente le questioni pregiudiziali, la Corte di Giustizia articola il proprio ragionamento su tre livelli: (i) stabilire se si tratti davvero di una "nuova restrizione", (ii) verificare se la corretta gestione dei flussi migratori rientri nelle limitazioni di cui all'art. 14 della decisione 1/80 o comunque costituisca un "motivo imperativo di interesse generale" tale da giustificare una nuova restrizione, (iii) esaminare se la misura nazionale applicata sia idonea a soddisfare l'obiettivo perseguito senza eccedere il necessario.

Nel condurre il proprio *iter* argomentativo, la Corte riprende sostanzialmente le conclusioni presentate dall'avvocato generale il 15 dicembre 2015, rette da un filo conduttore che riconosce la situazione del padre del ricorrente come "innegabilmente pregiudicata", dal momento che l'art. 33 dell'*AufenthG* rende più difficile ottenere il soggiorno regolare del figlio nato in Germania e quindi più precaria la persistenza del ricongiungimento familiare. Pertanto – sostiene ancora l'avvocatura generale – l'inasprimento dei requisiti per il soggiorno nel territorio tedesco dei figli minori, nati in Germania e ivi residenti, di cittadini turchi residenti nello stesso Stato membro in qualità di lavoratori, pregiudicherebbe l'esercizio delle libertà economiche di tali lavoratori in Germania.

5. – Il primo dei tre argomenti viene risolto dalla Corte con esito affermativo nel senso di riconoscere nell'obbligo di permesso per i minori di sedici anni una "nuova restrizione", in virtù del confronto tra la normativa risalente al tempo della decisione 1/80 e quella attualmente vigente in Germania ed applicabile al tempo del procedimento principale, dal quale emerge in maniera lineare che la prima prevedeva l'esenzione dall'obbligo del permesso di soggiorno per i cittadini di Stati terzi minori di sedici anni, obbligo invece imposto dalla seconda. Sottolinea, inoltre, come tale più rigorosa normativa si rifletta negativamente sui requisiti per il ricongiungimento familiare.

Con il richiamo di alcuni precedenti anche della Corte di Strasburgo, poi, la Corte di Giustizia risolve in senso positivo anche il secondo argomento, sottolineando come la corretta gestione dei flussi migratori rappresenti un obiettivo della politica comune dell'immigrazione sviluppata dall'Unione non in contrasto con gli obiettivi annunciati dall'accordo di associazione.

Passando al terzo argomento, poi, la Corte perviene al nocciolo della questione. Nel vagliare l'idoneità della misura nazionale a perseguire l'obiettivo preposto, infatti, la Corte ritiene tale misura adeguata e proporzionata "in linea di principio", poiché una corretta gestione dei flussi migratori dipende anche dal controllo circa la regolarità del soggiorno dei cittadini di Stati terzi in territorio tedesco, *recte* europeo. Tuttavia, il ragionamento della

Corte è condotto, *expressis verbis*, “in linea di principio”, e dunque oltrepassa i confini dell’astrattezza, dal momento che ritiene necessario che le concrete modalità di attuazione dell’obbligo di permesso di soggiorno non eccedano quanto necessario per raggiungere l’obiettivo preposto.

Nella fattispecie, la Corte ravvisa un’indebita sproporzione tra misura e obiettivo laddove l’obbligo di permesso per il minore – laddove negato, come nella fattispecie – comporti la separazione del figlio dal padre e dunque la perturbazione dell’ambiente familiare, mettendo il padre nella posizione di dover scegliere se seguire la famiglia in Turchia perdendo l’occupazione in Germania o proseguire una sicura attività remunerata così vedendo diviso il nucleo familiare, costringendolo di fatto ad un *aut aut* nella drastica scelta tra lavoro e famiglia.

La Corte, inoltre, già risolte le questioni pregiudiziali nel senso assunto dall’avvocato generale nelle proprie conclusioni, prende l’occasione di avallare la linea da questo sostenuta secondo cui non vi sarebbe motivo alcuno di far abbandonare il territorio tedesco al minore per avviare le pratiche di visto dal territorio turco, essendo l’amministrazione già in possesso di tutti gli elementi necessari per decidere delle sorti del minore stesso.

6. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia si è pronunciata su una tematica molto delicata nel momento storico in cui si scrive, dominato dal dibattito su di un fenomeno migratorio che non conosce precedenti; momento in cui ogni profilo sotteso alla questione è potenzialmente carico di una portata enorme in termini di risonanza.

Tenendo conto di ciò, i giudici di Lussemburgo sono pervenuti a quello che sembra essere un compromesso dogmatico tra una priorità innegabile come la corretta gestione dei flussi di migranti e i diritti che discendono per i lavoratori turchi dall’Accordo di associazione CEE-Turchia, riconoscendo sia le esigenze di contrasto all’ingresso e al soggiorno illegali sia le libertà dei lavoratori di Paesi terzi legalmente soggiornanti in Germania, senza troppo sacrificare le une rispetto agli altri e viceversa.

Da un lato, infatti – rispetto, si pensi, alla pronuncia sul precedente caso *Genc*, differente nei fatti ma simile nei concetti, in cui la nuova misura restrittiva non è stata ritenuta giustificata - la presente pronuncia risulta innovativa nei termini in cui eleva la corretta gestione dei flussi migratori a giustificante “motivo imperativo di interesse generale”.

Dall’altro lato, per contro, tale giustificazione viene ritenuta inidonea, come si diceva, se tradotta dalla dimensione astratta a quella concreta.

Di conseguenza la Corte addiviene, attraverso la propria attività interpretativa, ad una sorta di bilanciamento che rafforza la posizione dei familiari dei lavoratori turchi, adottando un approccio concreto che non si limita a giustificare sul piano astratto e generale la nuova restrizione in nome di una corretta gestione dei flussi migratori,

Infatti, senza arrestarsi a quella “linea di principio” più volte richiamata nel testo della sentenza, la Corte constata che la misura restrittiva, pur ritenuta giustificata in astratto, non è proporzionata qualora rapportata al caso concreto, nel senso che eccede quanto è tollerabile sopportare in virtù dell’obiettivo preposto. Ciò che accade nella fattispecie, invero, è che la concreta attuazione della nuova restrizione separerebbe una famiglia a meno che un suo componente non abbandoni il lavoro, ciò che nel ragionamento della Corte non si ritiene tollerabile.

Ne emerge che la corretta gestione dei flussi migratori rimane sì un obiettivo primario, ma non assoluto, una condizione sì necessaria ma non sufficiente per l’applicazione della nuova e più restrittiva misura. E, a ben vedere, tale obiettivo non risulta nemmeno intaccato se si pensa che è persino difficile ricondurre la controversia in questione al fenomeno migratorio e appunto alla sua gestione, trattandosi di un cittadino turco soggiornante in Germania ormai da dodici anni e regolarmente da nove, ed il cui figlio, odierno ricorrente, è addirittura nato e sempre rimasto regolarmente in territorio tedesco.

In conclusione, pur ammettendo la piena discrezionalità in capo alle autorità amministrative statali, dalla sentenza annotata traspare l’intento della Corte di reggere una

corretta gestione dei flussi migratori sulla garanzia di un trattamento equo dei cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente negli Stati membri, sul rafforzamento delle misure di lotta all'immigrazione clandestina e sulla promozione di una cooperazione più stretta con i Paesi terzi in tutti i settori, incoraggiando uno sviluppo uniforme di diritti e doveri per gli immigrati legali paragonabile a quello dei cittadini europei, di cui gli Stati non potranno non tenere conto.

“Sicurezza Pubblica”: la discrezionalità degli Stati nazionali in merito all’ingresso dei non cittadini per motivi di studio

di Emilio Minniti

Title: “Public Security”: the national States discretionary about the admission of non-citizen for study purpose

Keywords: Sovereignty; Security; Discretionary.

1. – La Direttiva 2004/114/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, deve essere interpretata – con riferimento specifico all’art. 6 - nel senso che le competenti autorità nazionali, quando sono adite da un cittadino di un paese terzo con una domanda di visto per motivi di studio, dispongono di un ampio margine discrezionale nel verificare, sulla base del complesso degli elementi rilevanti che caratterizzano la situazione di tale cittadino, se quest’ultimo rappresenti una minaccia, quand’anche potenziale, per la sicurezza pubblica.

Questo è il *decisum* cui perviene la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, con riferimento alle domande di pronuncia pregiudiziale sollevate dal Verwaltungsgericht Berlin (Tribunale amministrativo di Berlino, Germania), nell’ambito di un procedimento originato dal rifiuto opposto dall’ambasciata tedesca in Iran alla richiesta di rilascio di un visto per motivi di studio avanzata dalla sig.ra Sahar Fahimian, cittadina iraniana.

Il 21 novembre 2012, la Signora Sahar Fahimian ha richiesto presso l’ambasciata della Repubblica federale di Germania a Teheran il rilascio di un visto per svolgere un dottorato di ricerca presso la Technische Universität di Darmstadt (Politecnico di Darmstadt, Germania), nell’ambito del *Center for Advanced Security Research Darmstadt* (Centro di ricerca avanzata nel settore della sicurezza di Darmstadt), nel contesto del progetto «Sistemi incorporati e mobili affidabili». Acclusa alla richiesta di visto, oltre alla prova dell’ammissione all’Università tedesca, risulta una lettera del Direttore esecutivo del Center for Advanced Security Research Darmstadt, datata 14 novembre 2012, nella quale si evidenzia come il progetto di ricerca sia incentrato sulla «sicurezza dei sistemi mobili, ivi compreso il rilevamento degli attacchi agli smartphone, fino ai protocolli di sicurezza». Dalla documentazione allegata emerge come il ruolo riservato alla sig.ra Fahimian nell’ambito del progetto in questione consistesse nello «scoprire nuovi meccanismi di protezione efficienti ed efficaci per gli *smartphone*, in presenza delle ben note limitazioni concernenti l’energia ridotta, l’accesso limitato alle risorse informatiche e una larghezza di banda limitata». La domanda di visto è stata respinta dall’ambasciata tedesca il 27 maggio 2013, mentre il successivo ricorso amministrativo presentato dalla sig.ra Fahimian presso l’autorità dai cui promanava l’atto, è stato respinto con decisione del 22 ottobre 2013. A seguito di tale provvedimento la sig.ra Fahimian ha presentato un ulteriore ricorso dinanzi al giudice del rinvio, avverso a tale decisione di diniego e diretto ad ottenere il rilascio del visto richiesto. Il giudice investito

della questione ha rilevato che le parti controvertono in merito alla sussistenza o meno di motivi inerenti la sicurezza pubblica, nell'accezione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114, che ostano all'ammissione della sig.ra Fahimian nel territorio tedesco. La questione alla base dei primi due dinieghi risulta vertere sul rischio, evidenziato dalle autorità tedesche, che le conoscenze eventualmente acquisite dalla sig.ra Fahimian nel corso del suo soggiorno per motivi di studio possano essere utilizzate impropriamente dal proprio paese di origine. Secondo le informazioni in possesso delle autorità tedesche, infatti, il governo iraniano lavorerebbe da tempo ad un progetto informatico di ampia portata, finalizzato ad ottenere l'accesso a informazioni riservate nell'ambito aeronautico e aerospaziale nonché in quello proprio dell'industria bellica. Un ulteriore timore espresso dalla convenuta tedesca, risulta relativo alla possibilità che le conoscenze eventualmente acquisite dalla sig.ra Fahimian nel corso dei suoi studi in Germania possano essere impiegate a fini di repressione interna in Iran o, più in generale, per mettere in atto violazioni dei diritti dell'uomo.

Centrale nell'ambito della vicenda risulta la posizione dell'iraniana Sharif University of Technology, presso la quale la sig.ra Fahimian ha conseguito un diploma di Master of Science, ritenuta soggetto attivo nell'ambito dei programmi di ricerca militare dell'Iran e nei confronti della quale vigono misure restrittive a livello europeo. Ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera d) del regolamento (UE) n. 267/2012 «sono congelati tutti i fondi e le risorse economiche appartenenti, posseduti, detenuti o controllati dalle persone, entità e organismi di cui all'allegato IX. L'allegato IX comprende le persone fisiche e giuridiche, le entità e gli organismi che, a norma dell'articolo 20, paragrafo 1, lettere b) e c), della decisione 2007/413/PESC del Consiglio, sono stati riconosciuti come: (...) altre persone, entità o organismi che forniscono sostegno, anche finanziario, logistico o materiale, al governo iraniano e entità di loro proprietà o sotto il loro controllo o persone e entità a essi associate». Il regolamento di esecuzione (UE) n. 1202/2014 del Consiglio elenca, nella sezione I.I. dell'allegato, le persone e le entità «coinvolte in attività nucleari o relative a missili balistici e persone e entità che forniscono sostegno al governo dell'Iran». Il punto 161 dell'allegato ricomprende la SUT in questi termini: «La Sharif University of Technology (SUT) ha un certo numero di accordi di cooperazione con organizzazioni del governo iraniano designate dall'ONU e/o dall'UE le quali operano in campo militare, o ad esso correlato, specie nel settore della produzione e dell'approvvigionamento di missili balistici. Ciò comprende: un accordo con l'Organizzazione delle industrie aerospaziali, designata dall'UE, per la produzione, tra l'altro, di satelliti; la cooperazione con il ministero della difesa iraniano e con il Corpo dei guardiani della rivoluzione islamica (IRGC) per le gare relative a imbarcazioni sofisticate; un accordo di più ampia portata con la forza aerea dell'IRGC che contemplano sviluppo e il rafforzamento dei rapporti dell'università, la relativa cooperazione organizzativa e strategica. La SUT è parte di un accordo tra sei università che sostiene il governo iraniano attraverso la ricerca nel campo della difesa; la SUT impartisce corsi di laurea in ingegneria relativa ai velivoli non pilotati (UAV) che sono stati ideati, tra gli altri, dal ministero della scienza. Globalmente, queste attività dimostrano un significativo livello di impegno con il governo iraniano in campo militare, o con esso correlato, che costituisce un sostegno al governo dell'Iran». Risulta tuttavia opportuno precisare come il Tribunale dell'Unione Europea abbia annullato, con la sentenza del 3 luglio 2014, l'inserimento della SUT nell'elenco delle entità colpite da misure restrittive figuranti nell'allegato IX del regolamento n. 267/2012. A seguito di tale sentenza, il legislatore ha provveduto a inserire nuovamente, mediante il regolamento di esecuzione n. 1202/2014, detta università nel citato elenco. Nel corso del procedimento contro la richiesta della sig.ra Fahimian, le autorità tedesche hanno evidenziato come tale reinserimento sia stato motivato dall'accertamento di un collegamento stretto tra la SUT e il regime iraniano, relativo al settore militare e agli ambiti ad esso connessi. Sebbene il quadro dei rapporti tra la SUT e il governo iraniano sia sufficientemente delineato e soggetto a misure restrittive definite, il giudice del rinvio nutre dubbi sulla circostanza che, nel caso in oggetto, si possa fondatamente invocare l'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114, in quanto le autorità competenti tedesche non avrebbero addotto alcuna circostanza, concreta e rilevante, inerente al comportamento della sig.ra Fahimian o di soggetti ad essa collegati, nonché non avrebbero illustrato nello specifico il

rapporto intercorrente tra le capacità che l'interessata avrebbe potuto acquisire durante gli studi di dottorato e il loro possibile e successivo uso improprio. Sulla base di tali perplessità il Verwaltungsgericht Berlin ha sospeso il procedimento sottoponendo alla Corte di giustizia europea le seguenti questioni pregiudiziali: se, sulla base di quanto disposto dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114, le autorità nazionali competenti dispongano di un margine di discrezionalità nello stabilire se un soggetto sia da considerare una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica, e se dunque le stesse autorità nazionali siano soggette soltanto ad un limitato controllo giurisdizionale; in caso di risposta affermativa alla prima questione, a quali limiti giuridici siano soggette le autorità competenti degli Stati membri nel valutare se un cittadino di un paese terzo, che chiede di essere ammesso in base ai motivi indicati dagli articoli 7, 8, 9, 10, 11 della direttiva 2004/114, debba essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica; se l'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114 debba essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono, in una fattispecie come quella relativa al caso della sig.ra Fahimian, negare l'ammissione nel proprio territorio sulla base del fatto che non può essere escluso che le competenze acquisite nel corso del progetto di ricerca potrebbero essere impiegate dall'Iran per acquisire informazioni riservate nei paesi occidentali, per compiere attività di repressione interna oppure, in termini più generali, per agire in violazione dei diritti dell'uomo.

2. – La Corte di Giustizia, nel dare risposta alle domande pregiudiziali poste dal giudice del rinvio, precisa preliminarmente come, sulla base di una giurisprudenza costante, si debba tener conto, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione, non soltanto della lettera della stessa ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui fa parte. Nello specifico la Corte evidenzia che la direttiva 2004/114, sulla base di quanto previsto dagli articoli 6 e 7, ha come obbiettivo quello di favorire la mobilità verso l'Unione Europea degli studenti di paesi terzi per motivi di istruzione, allo scopo di promuovere l'immagine dell'Europa quale centro mondiale di eccellenza per gli studi e per la formazione professionale. Sulla base di ciò, gli Stati membri non possono introdurre requisiti aggiuntivi rispetto a quelli previsti dagli articoli 6 e 7 della direttiva 2004/114, senza contravvenire agli obbiettivi perseguiti dalla stessa. Viene tuttavia precisato come la direttiva 2004/114 riconosca alle autorità nazionali competenti un margine discrezionale nel determinare se ricorrano i requisiti generali e specifici stabiliti dagli articoli 6 e 7 di tale direttiva e, segnatamente, se sussista una minaccia per la sicurezza pubblica che osti all'ammissione di cittadino di un paese terzo. La Corte riscontra, inoltre, come la direttiva 2004/114 non fornisca una definizione del concetto di "sicurezza pubblica", nell'accezione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), su cui si basa la decisione di diniego nel caso della sig.ra Faimianh, ma sottolinea allo stesso tempo come in precedenti pronunce la nozione di "sicurezza pubblica" sia stata intesa sia nei termini di sicurezza interna, che in quelli di sicurezza esterna. Pertanto la sicurezza pubblica può ritenersi inerente ad una pluralità di ambiti, che vanno dal funzionamento delle istituzioni ai rapporti internazionali, dalla sopravvivenza della popolazione agli interessi legati al settore militare. In riferimento alla prima questione pregiudiziale posta dal giudice del rinvio, la Corte afferma come dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114, interpretato alla luce del successivo articolo 14 della stessa, si evinca che l'ammissione di un cittadino di un paese terzo può essere rifiutata se le autorità nazionali competenti per l'esame della domanda di visto, basandosi su una valutazione fattuale, ritengono che questi rappresenti una minaccia, anche «potenziale», per la sicurezza pubblica. Viene inoltre specificato come tale valutazione possa essere sviluppata sulla base di elementi non esclusivamente relativi al comportamento personale del richiedente, quali quelli connessi alla situazione politica, sociale o economica del paese da cui proviene, nonché sull'eventualità che le conoscenze acquisite durante il corso di studi possano, una volta impiegate nel suo paese, rappresentare una minaccia per la sicurezza pubblica. Quanto alla seconda questione posta dal giudice del rinvio, la Corte evidenzia come il giudice nazionale debba segnatamente verificare se la decisione impugnata poggia su una base di fatto adeguatamente solida. Accertato infatti che le autorità nazionali dispongono di

un ampio potere discrezionale nel valutare i fatti, il sindacato giurisdizionale risulta limitato all'accertamento dell'assenza di un eventuale errore manifesto e dell'avvenuta osservanza delle garanzie processuali, tra le quali si annovera l'obbligo in capo a tali autorità di esaminare, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi nonché l'obbligo di motivare la loro decisione in modo tale da consentire al giudice nazionale di accertare, nel contesto del ricorso previsto dall'articolo 18, paragrafo 4, della direttiva 2004/114, se esistano tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per l'esercizio del potere discrezionale. In merito al terzo quesito avanzato dal giudice del rinvio e relativo al caso specifico della sig.ra Fahimian, la Corte dichiara che l'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114, deve essere interpretato nel senso che non osta a che le autorità nazionali si rifiutino di ammettere nel territorio dello Stato membro interessato, un cittadino di un paese terzo che si sia laureato presso un'università colpita da misure restrittive dell'Unione Europea per il significativo impegno di tale università presso il governo iraniano nel settore militare o in settori a esso correlati, e che intenda svolgere ricerche in un settore delicato per la sicurezza pubblica, qualora gli elementi di cui dispongono dette autorità permettano di temere che le conoscenze che il soggetto richiedente acquisirebbe nel corso delle sue ricerche possano successivamente essere impiegate a fini pregiudizievoli per la sicurezza pubblica. Pertanto, il giudice nazionale, adito con un ricorso avverso la decisione delle competenti autorità nazionali di negare il rilascio del visto richiesto, è tenuto a verificare che tale decisione poggi su elementi di fatto sufficientemente solidi e su una motivazione adeguata.

3. – Al fine di comprendere pienamente nei suoi effetti il quadro definito dalla Corte con la sentenza relativa al caso *Fahimian*, risulta opportuno approfondire i diversi passaggi sui quali si è strutturata la decisione e raffrontare l'orientamento assunto con le precedenti sentenze relative ai casi *Ben Alaya* e *Koushkaki*. La Corte, nel dare risposta alle domande pregiudiziali poste dal giudice del rinvio, ha precisato preliminarmente come, sulla base di una giurisprudenza costante, si debba tener conto, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione, non soltanto della lettera della stessa ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui fa parte. Nel caso specifico, è utile evidenziare come il legislatore comunitario abbia adottato la direttiva 2016/801 che opera una rifusione della direttiva 2004/114 e della direttiva 2005/71/EC, abrogando entrambi gli atti normativi a far data dal 24 maggio 2018. Benché la direttiva 2016/801 non sia applicabile al caso in oggetto, essa risulta utile per l'interpretazione del "contesto" rappresentato dagli obiettivi della direttiva 2004/114, anche alla luce della loro evoluzione. Se la direttiva 2004/114 individua tra gli obiettivi fondamentali «promuovere l'immagine dell'Europa intera in quanto centro mondiale di eccellenza per gli studi e per la formazione professionale. Favorire la mobilità dei cittadini di paesi terzi verso la Comunità per motivi di studio è un elemento chiave di questa strategia. Il riavvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri relative alle condizioni di ingresso e di soggiorno ne è parte integrante», la direttiva 2016/801 definisce in maniera più ampia ed articolata le proprie finalità. Nel preambolo di quest'ultima, infatti, si enuncia come la «presente direttiva dovrebbe promuovere l'Unione come polo di attrazione per la ricerca e l'innovazione e favorirla nella competizione mondiale per i talenti, conducendo in tal modo a un aumento della sua competitività globale e dei suoi tassi di crescita e creando nel contempo posti di lavoro che contribuiscano più ampiamente alla crescita del PIL [...] Creare un mercato del lavoro aperto per ricercatori dell'Unione e dei paesi terzi è d'altra parte uno degli obiettivi fondamentali dello spazio europeo della ricerca, uno spazio unificato caratterizzato dalla libera circolazione di ricercatori, conoscenze scientifiche e tecnologia», e si fa inoltre riferimento all'incentivazione di contatti interpersonali e della mobilità, quali «elementi essenziali della politica esterna dell'Unione». Pertanto, come evidenzia nelle sue conclusioni l'avvocato generale del caso della sig.ra Fahimian, il riconoscimento del diritto all'ingresso per motivi di studio non rende equivalente la direttiva in questione ad una sui diritti umani. Ciò in quanto la normativa europea in tema di immigrazione parla il «linguaggio del mercato interno» e non quello dei diritti umani (conclusioni dell'avvocato generale nella causa C-544/15, *Sahar Fahimian c.*

Germania, paragrafo 36). Definite le finalità e gli interessi oggetto di tutela, la Corte si concentra sulla nozione di “sicurezza pubblica”, la cui salvaguardia rappresenta nel procedimento in oggetto l’esigenza primaria che le autorità statali affermano di voler preservare. Sebbene l’articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114, preveda come requisito generale il «non essere considerato una minaccia per l’ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica», la Corte osserva come la direttiva in questione non fornisca in realtà una definizione del concetto di “sicurezza pubblica”, ma precisa allo stesso tempo come in precedenti pronunce tale nozione comprenda «la sicurezza interna di uno Stato membro e la sicurezza esterna», sulla quale possono incidere «il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché all’incolumità della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari». Tale interpretazione, orientata a non delimitare o circoscrivere in maniera rigida l’ambito della sicurezza pubblica, rappresenta un passaggio essenziale della sentenza, che può essere interpretato anche alla luce di altre precedenti pronunce che, sebbene risultino specificamente riferite al contesto del mercato interno, definiscono gli Stati membri «sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali – che possono variare da uno Stato membro all’altro e da un’epoca all’altra – le regole di ordine pubblico e di pubblica sicurezza» (si veda Sentenza del 22 maggio 2012, P.I., C-348/09, punto 23. Si veda inoltre Sentenza del 17 novembre 2011, *Gaydarov*, C-430/10, p.to 32). La Corte inoltre, in riferimento al caso specifico della sig.ra Fahimian, nel riconoscere alle autorità nazionali un’ampia discrezionalità nel valutare eventuali rischi, sottolinea la necessità, ai fini dell’individuazione di una minaccia quand’anche «potenziale» alla sicurezza pubblica, di complesse indagini sulla situazione politica, sociale ed economica del paese di origine. Viene dunque definito, sia in relazione al caso concreto che in rapporto all’elaborazione generale del concetto di pubblica sicurezza, un ambito d’azione che ricade nella capacità di valutazione e di proiezione esterna del potere politico statale, al quale viene riconosciuto un ampio margine discrezionale che, di conseguenza, implica un sindacato giurisdizionale limitato. Se, viceversa, così non fosse stato, si sarebbe determinata la sostituzione del potere esecutivo con quello giudiziario. La sentenza sul caso *Fahimian* segue in ordine di tempo ad altre due sentenze relative a casi analoghi, spesso richiamate dalla stessa Corte nell’ambito delle sue motivazioni. Nel caso *Ben Alaya* ad esempio (sent. 10 settembre 2014, C-491/13, *Ben Alaya*), le autorità tedesche avevano rifiutato di emettere il visto per studenti ad un cittadino tunisino nato in Germania. Le autorità competenti avevano manifestato dubbi circa la motivazione espressa dal sig. Ben Alaya «tenuto conto in particolare dell’insufficienza dei voti in precedenza ottenuti, della sua debole conoscenza della lingua tedesca e dell’assenza di nesso fra la formazione prospettata e il suo progetto professionale». Nel caso in questione la Corte ha precisato come, ai sensi dell’articolo 12 della direttiva 2004/114, doveva essere rilasciato il permesso di soggiorno agli studenti di paesi terzi in grado di soddisfare i requisiti generali e specifici tassativamente elencati dagli articoli 6 e 7 di tale direttiva. Conseguentemente, al sig. Ben Alaya avrebbe dovuto essere rilasciato un permesso di soggiorno a fini di studio, in quanto il governo tedesco non poteva introdurre ulteriori requisiti rispetto a quelli elencati negli articoli 6 e 7 della direttiva 2004/114.

In un caso ancora precedente (sentenza del 19 dicembre 2013, C-84/12, *Koushkaki*), le autorità tedesche avevano respinto la domanda di visto uniforme del sig. Koushkaki, cittadino iraniano, in quanto non aveva dimostrato di disporre di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata prevista del soggiorno o per il ritorno nel paese di origine. Anche in questo caso la Corte ha precisato che non ricorreva nessuno dei motivi validi per il rifiuto di un visto previsti dall’articolo 32, paragrafo 1, del codice dei visti. Anche in considerazione di tali precedenti, va inquadrato il ricorso del Verwaltungsgericht Berlin, il quale ha avanzato dubbi sulla circostanza che, nel caso della sig.ra Fahimian, si potesse fondatamente invocare l’articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114, in quanto le autorità competenti tedesche non avevano addotto alcuna circostanza, concreta e rilevante, inerente al comportamento della sig.ra Fahimian o di soggetti ad essa collegati, nonché non avevano illustrato nello specifico il rapporto intercorrente tra le capacità che l’interessata avrebbe

potuto acquisire durante gli studi di dottorato e il loro possibile e successivo uso improprio. A differenza dei casi precedenti, tuttavia, essendo interessato direttamente l'ambito della «sicurezza pubblica», la Corte ha sancito con chiarezza l'ampio margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali nel determinare se sussista una minaccia per la sicurezza pubblica che osti all'ammissione di cittadino di un paese terzo, che non deve confondersi con la pretesa di far valere criteri di esclusione aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva 2004/114.

4. – La sentenza sul caso *Fahimian*, affronta la questione relativa al potere di controllo degli Stati nazionali in merito all'ingresso dei non cittadini, mettendo in evidenza il perimetro di uno degli ambiti primari in cui si ha il pieno esercizio della sovranità statale. In base al diritto internazionale pubblico, il primo ingresso di cittadini di paesi terzi finalizzato alla migrazione legale è un settore soggetto alla discrezionalità assoluta degli Stati nazionali (si veda D. Thym, *EU immigration and asylum law – a commentary – second edition*, Baden Baden, 2016). Come evidenziato dall'avvocato generale nelle conclusioni presentate nella causa *Koushkaki* «se esiste un principio di diritto internazionale considerato come una delle espressioni caratteristiche della sovranità statale, è proprio quello secondo cui gli Stati hanno diritto di controllare l'ingresso dei non cittadini nel loro territorio» (conclusioni dell'avvocato generale causa *Koushkaki*, par. 47). Tale sfera di esercizio della sovranità statale non viene messa in discussione dai trattati internazionali in tema di diritti umani, che tradizionalmente sono concepiti come sistema di garanzie operante all'interno degli Stati, e non come cornice giuridica idonea a regolare gli spostamenti transnazionali. La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza del 18 febbraio 1991, n. 12313/86 *Moustaquim c. Belgio*, stabilisce che gli Stati contraenti, in base al diritto internazionale consolidato e subordinatamente agli obblighi sanciti dai trattati di cui sono firmatari, hanno il diritto di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri (si vedano le conclusioni dell'avvocato generale nella causa C-544/15, paragrafo 28). Tale principio risulta attenuato nel caso del non respingimento ai sensi dell'articolo 3 CEDU che proibisce la tortura («nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» - sentenza Corte Edu 7 luglio 1989, n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*, paragrafo 91 – sentenza Corte Edu 15 novembre 1996, n. 22414/93, *Chahal c. Regno Unito*, paragrafi 73-74), e nel caso del diritto al ricongiungimento familiare ai sensi dell'articolo 8 CEDU (Sentenza Corte Edu 21 dicembre 2001, n. 31465/96, *Sen c. Paesi Bassi*, paragrafo 40 – sentenza Corte Edu del 1 dicembre 2005, n. 60665/00, *Tuquabotekle e altri c. Paesi Bassi*, paragrafo 50 – sentenza Corte Edu 14 giugno 2011, n. 38058/09, *Osman c. Danimarca*, paragrafo 53).

Lo stesso articolo 45, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce che «la libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro». Viene pertanto presupposto l'ingresso legale nell'Unione e, conseguentemente, non si istituisce siffatto diritto. In riferimento a tale quadro generale, dunque, la Corte ha affrontato il caso della sig.ra Fahimian, ponendo in relazione la questione relativa al potere di controllo degli Stati nazionali in merito all'ingresso dei non cittadini, al tema fondamentale della «sicurezza pubblica», precisando in merito a quest'ultima nozione quanto stabilito dalla direttiva 2004/114. Nel momento in cui, infatti, la Corte definisce il concetto di sicurezza pubblica nei termini di sicurezza sia «interna» che «esterna», sulla quale possono incidere «il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché all'incolumità della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari», delinea un ambito di intervento nel quale, anche nel contesto dell'Unione Europea, gli Stati nazionali esercitano pienamente la propria sovranità. Nell'accertamento dei fattori di rischio relativi alla sicurezza pubblica tedesca, rappresentati dall'eventuale permanenza per motivi di studio della sig.ra Fahimian, la Corte ritiene necessarie, ed è questo uno dei nodi tematici cruciali della decisione, valutazioni e indagini relative alla «situazione politica, sociale ed economica del paese di origine». Una tale necessità, implica

L'utilizzo della struttura diplomatica, degli apparati di intelligence esterna, nonché delle strutture dell'intelligence interna per valutare la capacità di penetrazione e di influenza dello Stato terzo in questione. La tutela della sicurezza pubblica, deve anche tenere conto dei piani di sviluppo militare dello Stato di provenienza del richiedente il visto, e delle necessarie contromisure messe in campo dallo Stato destinatario della richiesta, oltre allo stato dei rapporti internazionali. Deve inoltre essere considerata l'importanza di non rendere note eventuali informazioni riservate, relative ambiti sensibili. In sostanza, quello che la Corte delinea in rapporto alla tutela della sicurezza pubblica, è un ambito eminentemente politico, che comprende azioni, dinamiche e finalità discrezionali, in quanto traggono la loro legittimazione esclusivamente dalla volontà politica. In riferimento a questo ordine di ragioni, lo stesso controllo giurisdizionale non può che essere limitato ad alcuni, per quanto essenziali, aspetti, quali l'accertamento dell'assenza di un eventuale errore manifesto e l'avvenuta osservanza delle garanzie processuali, tra le quali si annovera l'obbligo in capo a tali autorità di esaminare, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi nonché l'obbligo di motivare la loro decisione in modo tale da consentire al giudice nazionale di accertare, nel contesto del ricorso previsto dall'articolo 18, paragrafo 4, della direttiva 2004/114, se esistano tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per l'esercizio del potere discrezionale. In conclusione, la sentenza sul caso Fahimian contribuisce a chiarire alcuni essenziali aspetti relativi al ruolo degli Stati nazionali in merito all'ingresso dei non cittadini e alla tutela della sicurezza pubblica, soprattutto a seguito della precedente sentenza sul caso Ben Alaya.

Trasparenza *versus* privacy nella pubblicazione dei dati personali nel registro delle imprese

di Lucia Musselli

Title: Transparency versus Privacy: The problem of personal data in companies register

Keywords: Personal Data; Protection of individuals; Companies Register.

1. – Un imprenditore nel settore edile, amministratore unico di una società cui era stato assegnato l'appalto per la costruzione di un complesso turistico sulla costa del Salento, conviene in giudizio nel 2007 la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce affermando di non riuscire a vendere le unità immobiliari perché dal registro delle imprese risultava che egli era stato l'amministratore unico ed il liquidatore di una diversa immobiliare e finanziaria fallita nel 1992 e poi cancellata dal registro delle imprese in esito alla sua liquidazione nel 2005. Nell'ambito di tale ricorso i dati dell'imprenditore erano inoltre stati trattati da una società specializzata nella raccolta delle informazioni e nell'elaborazione delle informazioni di mercato e nella valutazione del rischio e nonostante la sua richiesta di cancellazione la Camera di commercio non aveva a ciò provveduto. L'imprenditore chiede quindi la condanna della Camera di commercio alla cancellazione, alla trasformazione in forma anonima o al blocco dei dati che lo collegano al fallimento dell'immobiliare salentina, nonché la condanna al risarcimento del danno all'immagine.

Il Tribunale di Lecce, con sentenza del 1° agosto 2011, accoglie tale domanda condannando la convenuta al risarcimento del danno.

Investita della Camera di Commercio di un ricorso per Cassazione la Suprema Corte ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte di giustizie due questioni pregiudiziali strettamente connesse (Ord. 17-7-2015 n. 15096, in *Giur. It.*, 2015, 2651 con nota di Montelero). Con la prima si domandava se il principio di conservazione dei dati personali in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati previsto dall'art. 6 della direttiva 95/46, attuata con il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, debba prevalere, e quindi osti al sistema di pubblicità attuato con il registro delle imprese, laddove esso invece esige che chiunque, senza limiti di tempo, possa conoscere i dati relativi alle persone fisiche ivi risultanti. Mentre nella seconda si poneva la questione se l'art. 3 della dir. 68/151 consentisse che, in deroga alla durata illimitata e ai destinatari indeterminati dei dati pubblicati nei registri delle imprese, i dati stessi non fossero più soggetti a pubblicità, ma risultassero disponibili solo per un tempo limitato o nei confronti di destinatari determinati in base ad una valutazione casistica affidata al gestore dei dati.

2. – La Corte con la sentenza in esame (su cui, per un commento anche un po' critico, vd. R. Pardolesi, *Non c'è diritto all'oblio per i dati presenti nel registro delle imprese. O forse sì*, in *Foro It.*,

IV, 2017) si trova dunque ad affrontare la complessa questione della compatibilità di due discipline normative diverse: quella in materia di pubblicità legale delle informazioni relative alle società e quella in materia di *data protection* adottate, tra l'altro, in epoche assai distanti e le cui *ratio* giustificative appaiono per certi versi segnate da esigenze contrapposte; il tutto interpretato alla luce della sua più recente giurisprudenza in materia di diritto di oblio, segnatamente rappresentata dal caso *Google Spain* che richiede l'interpretazione delle direttive in materia di privacy alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cfr. chiaramente le Conclusioni dell'avv. Generale Y. Bot, presentate l'8 settembre 2016, pt.2. Per le conseguenze della sentenza *Google Spain* nei vari settori del diritto dell'informazione cfr. i vari contributi contenuti in F. Pizzetti (cur.), *Internet e la tutela della persona- Il caso del motore di ricerca*, 2015, Passigli).

Ma prima di venire a tale aspetto occorre ricostruire brevemente la normativa di riferimento costituita, da un lato, da quella specifica in materia di obblighi relativa alla pubblicazione dei dati relativi agli amministratori delle società e cioè dalla direttiva 68/151/CEE del Consiglio del 9 marzo 1968, e dall'altro da quella, più generale, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla circolazione di tali dati, la nota direttiva 95/46/CE del Parlamento e del Consiglio del 24 ottobre 1995.

Con riferimento al primo ambito la direttiva 68/51 "intesa a coordinare per renderle equivalenti le garanzie che sono richieste agli Stati membri, alle società a mente dell'art. 58, secondo comma, del Trattato" rappresenta una delle prime direttive volte ad armonizzare il settore societario al fine di garantire i soci ed i terzi di fronte alle vicende patologiche che possono interessare la vita di una società di capitali. A tal fine l'art. 2 prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie perché siano resi pubblici una serie di dati tra cui: l'atto costitutivo e lo statuto (a), la nomina, la cessazione dalle funzioni nonché le generalità delle persone che, in quanto organo previsto per legge o membri di tale organo hanno il potere di obbligare la società di fronte a terzi o di rappresentarla in giudizio, partecipano all'amministrazione, alla vigilanza o al controllo della società (d). Il successivo art. 3 prevede che in ciascun Stato membro questi dati siano trascritti in un fascicolo, oppure presso un registro centrale o presso il registro di commercio o registro delle imprese appositamente istituito.

Con riferimento alla normativa italiana dal combinato disposto dell'art. 2188 c.c. e dell'art. 8 par. 1 e 2 del DPR 7 dicembre 1995 n. 581 si desume che tali dati debbono essere trascritti nel registro delle imprese tenuto presso le Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura e che tale registro è pubblico.

La Direttiva 68/151, che disciplina la controversia in esame, è stata successivamente abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/101 che tuttavia non tocca in modo significativo gli art. 2 e 3. Tale direttiva è stata poi ulteriormente modificata dalla direttiva 2012/17 che per assicurare l'interoperabilità dei registri degli Stati membri ha previsto espressamente l'estensione dell'applicabilità della direttiva 95/46 al trattamento dei dati effettuato in tale ambito.

In senso potenzialmente confliggente con le disposizioni citate circa la pubblicità delle informazioni relative ai dati societari si pone invece la normativa generale in materia di privacy rappresentata, come noto, dalla direttiva 95/46 la quale mira a garantire un livello elevato di protezione della libertà e dei diritti fondamentali delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali. In via di sintesi i principi di tutela previsti nella direttiva si esprimono, da un lato, nei vari obblighi posti a carico delle persone responsabili del trattamento (obblighi relativi alla qualità dei dati, alla sicurezza tecnica, alla notificazione alle autorità di controllo, alle circostanze in cui il trattamento può esser effettuato) e, dall'altro, nei diritti delle persone i cui dati sono oggetto di trattamento, che si specificano nei diritti di esserne informate, di accedere, di chiederne la rettifica e di opporsi al trattamento (Pt. 38 sent. che riprende il Cons. 25 della Direttiva 95/46). L'art. 6 specifica poi ulteriormente i principi a cui deve ispirarsi il trattamento dei dati tra cui quelli di lealtà e liceità (art. a), quello che prevede che i dati debbano essere rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, adeguati pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità. In particolare

poi ai fini di contemperare le esigenze di protezione dei diritti delle persone con le esigenze conoscitive dei terzi all'art. 6 c. 1 lett. e) si prevede che i dati debbano essere conservati in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati. Particolari garanzie sono previste per i dati personali conservati oltre il suddetto periodo per motivi storici, statistici o scientifici.

3. – Chiarito il contesto normativo la Corte specifica in via preliminare, sulla base di sua precedente giurisprudenza (cfr. Sent. 16-7-2015, C-615/13 P, *ClientEarth e PAN Europe/EFSA*, pt. 30) che le indicazioni relative alle generalità delle persone di cui all'art. 2 par. 1 lett. d) e j) della direttiva 68/151 costituiscono "dati personali", indipendentemente dal fatto che tali dati si inseriscono nel contesto di un'attività professionale

Successivamente, sulla base delle indicazioni contenute nel caso Google Spain, la Corte passa a verificare la compatibilità della direttiva 68/151 alle luce della normativa europea rappresentata dalla direttiva 95/46, interpretate alla luce dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed in particolare negli artt. 7 ed 8.

Una prima verifica attiene alla presenza del requisito della legittimazione del trattamento dei dati di cui all'art. 7 lett. e) della direttiva 95/46. La Corte, riprendendo sul punto le conclusioni dell'Avvocato generale Bot, ritiene che "il trattamento dei dati personali effettuato dall'autorità incaricata di un registro in attuazione dell'art. 2, par. 1, lett.d) e j), e dell'art. 3 della direttiva 68/151 è conforme a diversi principi relativi alla legittimazione elencati all'art. 7 della direttiva 95/46..." (pt. 42). In particolare esso risponderebbe ai requisiti di cui alla lett. c) relativamente all'adempimento di un obbligo legale, alla lett. e) relativi all'esercizio di pubblici poteri o all'esecuzione di un compito di interesse pubblico ed alla lett. f) concernente il perseguimento di un interesse legittimo.

Il problema che si poneva a questo punto e che aveva portato la Corte di Cassazione a sollevare la questione di fronte alla Corte europea era se l'autorità incaricata della tenuta del registro, decorso un certo periodo di tempo a partire dalla cessazione delle attività di una società e su richiesta della persona interessata, dovesse cancellare o rendere anonimi i suoi dati personali oppure limitarne la pubblicità.

La Corte al riguardo effettua un'accurata indagine circa le ragioni giustificatrici gli obblighi di pubblicità che stanno alla base della direttiva 68/151. Queste sono identificate principalmente nella esigenza di tutelare gli interessi dei terzi rispetto alle società per azioni e alle società a responsabilità limitata che offrono come unica garanzia il capitale sociale (pt. 49). Più in generale poi la possibilità di accedere ai dati societari, senza necessità di dimostrare alcun diritto o interesse meritevole di tutela, si fonda sulla necessità di garantire "la certezza del diritto nelle relazioni tra le società e i terzi" (pt. 50).

La Direttiva non dice nulla circa il permanere di tale obblighi a seguito della cessazione delle attività sociali; tuttavia la Corte, riprendendo sul punto le conclusioni dell'avvocato generale (vd. le Conclusioni avv. Gen. Y. Bot pt. 74 ss.), rileva come anche dopo lo scioglimento o la cessazione dell'attività sociale possano residuare diritti o rapporti giuridici. Inoltre, alla luce dei diversi termini di prescrizione previsti nei differenti ordinamenti nazionali, sarebbe risultato impossibili fissare un termine univoco, a far data dallo scioglimento della società, allo spirare del quale non sarebbe stata più necessaria l'iscrizione nel registro e la pubblicità dei dati.

Tale interpretazione secondo la Corte non si risolve in un'ingerenza "sproporzionata" nei diritti fondamentali delle personale in quanto il regime di pubblicità sarebbe limitato ad un numero circoscritto di dati personali, quelli relativi all'identità e alle funzioni delle persone che hanno il potere di obbligare la società interessata di fronte ai terzi e in ragione del fatto che tali persone fin dall'inizio sono consapevoli degli obblighi di pubblicità di tali dati quando scelgono di assumere funzioni di tipo manageriali (ptt. 58-59).

In conclusione la Corte afferma come allo stato attuale, decorso un certo periodo di tempo dallo scioglimento della società, non si possa ottenere il diritto alla cancellazione dei dati personali iscritti nel registro o il congelamento nei confronti del pubblico ribadendosi la prevalenza delle esigenze conoscitive dei dati societari.

4. – Se in linea di principio le ragioni “mercantilistiche” volte a garantire la certezza del diritto necessaria alla tutela degli interessi dei terzi (prevalentemente creditori) nei rapporti economici hanno determinato la Corte ad affermare la prevalenza del regime della trasparenza delle informazioni societarie, tuttavia la Corte per altro verso non esclude in via eccezionale la possibilità di limitare la pubblicità di tali dati in funzione di tutela dei diritti delle persone. In tal senso la Corte ammette che ci possano essere situazioni particolari in cui “ragioni preminenti e legittime connesse al caso concreto della persona interessata” giustifichino, in via eccezionale, che l’accesso ai dati personali, decorso un periodo di tempo sufficientemente lungo dopo lo scioglimento della società sia limitato ai terzi che dimostrino un interesse specifico alla loro consultazione (pt 60). Naturalmente tale possibilità- e cioè che le persone i cui dati siano iscritti nel registro presso le camere di commercio chiedano alle autorità preposte alla tenuta di tali registri la limitazione dell’accesso di alcuni loro dati- è subordinata alla verifica della non contrarietà di norme nazionali in materia.

La valutazione che compie l’autorità preposta alla tenuta dei registri, nel caso italiano la Camera di commercio, è da compiersi “caso per caso”.

Tale previsione appare molto importante, soprattutto nell’ottica di introdurre un elemento di flessibilità ed adattabilità alle peculiarità nazionali rispetto al generale principio di trasparenza in precedenza affermato in termini quasi assoluti. Ora, infatti, se il principio di trasparenza dei dati societari assolve sicuramente una essenziale funzione di tutela dei terzi e di sicurezza dei traffici economici, è senz’altro vero che in un contesto come quello immobiliare italiano, ancora segnato da una forte crisi, da una scarsa propensione agli investimenti e dalla *communis opinio* che un fallimento nella vita di un imprenditore costituisca una sorta di “peccato capitale” non emendabile, la conoscenza di dati relativi ad un precedente fallimento e liquidazione risalente a quindici anni prima ancora presente nei registri della camera di commercio può presentare degli elementi problematici che possono riverberarsi negativamente sotto il profilo dell’immagine imprenditoriale allorché si intraprenda una nuova attività.

Non di questa opinione pare di primo acchito la Corte (il cui ragionamento peraltro non brilla sempre per linearità) la quale rileva che presumere che gli immobili del nuovo complesso non siano venduti per il solo fatto che i potenziali acquirenti siano venuti a conoscenza dei dati contenuti nel registro delle imprese non possa costituire una ragione sufficiente, tenuto conto del legittimo interesse degli stessi a conoscere di tali dati. In tal senso, come sottolinea l’avvocato generale, le informazioni contenute nel registro delle imprese costituiscono talora elementi essenziale e determinante all’acquisto.

In conclusione se la decisione della Corte sembra spingere in un primo momento forse in modo un po’ eccessivo sulla tutela del mercato, successivamente tale aspetto viene stemperato, a mio modo di vedere positivamente, dall’introduzione dell’eccezione caso per caso. Al di là della questione del caso di specie dove la risoluzione della questione verrà affrontata dal giudice nazionale, il modello interpretativo che ci viene fornito ci suggerisce un ruolo importante assunto delle autorità incaricate della tenuta dei registri, le quali, laddove le normative nazionali lo consentano, e auspicabilmente nell’ambito di principi delineati dall’Autorità garante per la privacy, rispondendo alle domande di anonimizzazione o blocco di dati societari risalenti a vicende societarie pregresse saranno chiamate a svolgere in concreto un delicato bilanciamento tra i vari diritti in gioco.

La *relocation* delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio

di *Simone Penasa*

Title: The relocation of asylum seekers: A legitimate, justified and... ineffective system? Brief reflections on the judgment Slovakia and Hungary v Council

Keywords: Principle of solidarity; Relocation; Right to asylum.

1. – La sentenza emessa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea lo scorso 6 settembre 2017 avente ad oggetto la decisione del Consiglio 2015/1601 istitutiva di misure provvisorie nell'ambito della protezione internazionale a beneficio di Italia e Grecia, rappresentava una decisione attesa (Joined Cases C-643/15 and C-647/15 *Slovakia and Hungary v. Council*), in quanto aveva ad oggetto uno degli elementi più innovativi – e controversi, in particolare dal punto di vista del suo effettivo impatto sulla capacità di gestione del fenomeno migratorio da parte dei Paesi “di frontiera” all'interno dell'Unione europea (Italia e Grecia) – del “pacchetto” di iniziative approntate dal Consiglio europeo al fine di far fronte all'improvviso ed eccezionale afflusso di persone stranieri e in grande maggioranza richiedenti asilo e protezione internazionale alle frontiere della UE a partire dal 2015 (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (COM(2015) 240 final, Agenda europea sulla migrazione, 13 maggio 2015). Tali misure, introdotte attraverso atti normativi dalla diversa natura giuridica (decisioni, accordi internazionali, atti di soft law), miravano – come noto – a introdurre meccanismi finalizzati ad una più razionale ed efficace (o meglio, efficiente) gestione del fenomeno, mediante strumenti di “prevenzione” (Accordo Ue-Turchia, su cui cfr. C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, pp. 405-426), di “organizzazione” (l'attuazione dell'approccio *hotspot* nella fase del primo soccorso e accoglienza) e di “gestione” (la *relocation* dei richiedenti asilo/protezione in *clear need of protection*) del fenomeno.

Rispetto a tali strumenti, si può osservare un andamento solo apparentemente paradossale, in quanto caratterizzato da un rapporto inversamente proporzionale tra livello di criticità giuridico-istituzionali provocate, da un lato, e grado di effettiva attuazione raggiunto. Da un lato, tanto l'Accordo Turchia-UE quanto l'approccio *hotspot* hanno prodotto risultati statisticamente rilevanti rispetto all'obiettivo che aspiravano a raggiungere, rispettivamente la drastica riduzione del flusso di migranti dalle frontiere sud-orientali lungo l'asse Turchia-Grecia; e una attribuzione di status – straniero irregolare vs straniero richiedente asilo/protezione – anticipata alla fase del primo soccorso, al fine di distribuire in modo efficiente gli stranieri tra sistema di accoglienza e procedura di rimpatrio, sollevando però al contempo rilevanti criticità dal punto di vista della loro compatibilità con le garanzie previste a livello internazionale, europeo e nazionale (sia consentito il rinvio a S.

Penasa, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forme (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017).

Dall'altro lato, l'introduzione del sistema della *relocation* non sembra avere suscitato rilevanti criticità dal punto di vista giuridico in quanto strumento finalizzato – attraverso l'attuazione del principio di solidarietà sancito dall'art. 80 TFUE – ad una più equa redistribuzione tra tutti i Paesi UE della categoria più fragile tra le persone richiedenti asilo/protezione le quali hanno fatto ingresso in modo esponenzialmente crescente dei sistemi di accoglienza di Italia e Grecia in particolare (E. Guild, S. Carrera, *Can the New EU Refugee Relocation System Work? Perils in the Dublin Logic and Flawed Reception Conditions in the EU*, CEPS Policy Brief, 2015; M. Di Filippo, *Le misure di ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 2, 2015, pp. 34-60). Tuttavia, a livello politico-istituzionale la risposta degli Stati non è stata proattiva ma piuttosto di legittimo (chiedendo l'attivazione delle cause di deroga previste dalle medesime Decisioni, come nel caso di Svezia e Austria richiamati dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento), esplicito (attraverso il voto contrario in sede di approvazione, il rifiuto di darvi attuazione e il ricorso contro la Decisione, come nel caso di Slovacchia e Ungheria) o fattuale (*"per facta concludentia"*, a fronte di un radicale inadempimento anche da parte degli Stati che avevano approvato la misura, ad eccezione di Malta e Finlandia) "blocco" del meccanismo: sia sufficiente al fine di supportare tale conclusione il riferimento ai più recenti dati statistici relativi al numero di stranieri richiedenti asilo "ricollocati" all'interno della UE (contenuti nella Comunicazione della Commissione europea *"Delivery of the European Agenda on Migration"*, del 27 settembre 2017), secondo cui al 20 settembre 2017 risultavano ricollocati 28.500 richiedenti asilo a fronte di un più elevato, seppur limitato se posto in relazione al fenomeno nel suo complesso, obiettivo dichiarato.

A fronte di tale andamento, che trova quale ulteriore elemento di complessità le sistemiche deficienze dei sistemi nazionali di accoglienza dei richiedenti asilo (e tra questi delle categorie più vulnerabili, cfr. il caso *Darboe Camara c. Italia* pendente davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza in materia di annullamento degli ordini di trasferimento verso il Paese di primo arrivo da parte delle giurisdizioni nazionali nelle quali vengono presentate le domande di asilo o protezione, cfr. ad esempio la decisione del Consiglio di Stato italiano sui trasferimenti verso l'Ungheria, sentenza n. 4004/2016 del 27 settembre 2016), non appare eccessivo considerare la gestione del fenomeno migratorio il più recente, e per certi versi potenzialmente decisivo e paradigmatico, banco di prova della tenuta e della effettività di una identità europea fondata sul pluralismo, integrata e non contrapposta al riemergere di una pluralità di identità nazionali (su tale intreccio, le interessanti riflessioni di P. Faraguna, *Constitutional Identity – a Shield or a Sword? The Dilemma of Constitutional Identities in the EU*, 30 giugno 2017, First draft, reperibile in SSRN, URL: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2995416).

2. – Il ricorso presentato da Slovacchia e Ungheria, successivamente appoggiato dalla Polonia a conferma del consolidamento di un asse dei Paesi dell'est Unione europea caratterizzato da una posizione di forte critica all'approccio delle istituzioni europee al fenomeno migratorio, si inserisce in questo contesto politico, istituzionale e normativo. Oggetto del ricorso, che si fonda su motivi di carattere sia procedurale sia sostanziale che verranno brevemente commentati a seguire, è infatti proprio il meccanismo della *relocation*, che mira (o sarebbe più realistico dire mirava, visti gli scarsi risultati in termini di effettiva attuazione da parte degli Stati Membri), ad una redistribuzione tra tutti gli Stati UE delle persone richiedenti asilo/protezione le quali si trovino in una condizione di *"clear need of protection"*, nella misura di 160.000 unità ed entro un periodo di 24 mesi che si è concluso a settembre 2017 e individuando come base giuridica l'art. 78.3 TFUE interpretato alla luce dell'art. 80 del medesimo Trattato.

Dopo avere votato contro la Decisione assunta dal Consiglio, approvata a maggioranza qualificata con l'opposizione dei Paesi del blocco di Visegrad (sull'approccio di tali Stati in materia, B. Nagy, *Sharing the Responsibility or Shifting the Focus? The Responses of the EU and the Visegrad Countries to the Post-2015 Arrival of Migrants and Refugees*, Working Paper 17, maggio 2017), Slovacchia e Ungheria hanno presentato un ricorso alla Corte di giustizia eccependo l'illegittimità di tale atto in base a un triplice ordine di motivi:

a) la carenza di una base giuridica legittima, che non potrebbe essere rappresentata dall'articolo 78.3 TFUE (A. Adinolfi, *Articolo 78*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, pp. 480 ss.), dal momento che l'atto adottato avrebbe natura sostanzialmente legislativa in quanto idoneo a introdurre sostanziali revisioni (e non mere deroghe a carattere temporaneo) del sistema ordinario di asilo europeo (cfr. in particolare il regolamento Dublino III);

b) l'illegittimità del procedimento decisionale, il quale avrebbe richiesto l'approvazione mediante *consensus* da parte degli Stati Membri (ex art. 68 TFUE), tenuto conto del fatto che la decisione sulla *relocation* rappresenta una "*politically sensitive question*" (§ 138), la partecipazione del Parlamento europeo a seguito delle modifiche introdotte dalla Commissione in sede di approvazione rispetto alla proposta del Consiglio e il voto all'unanimità da parte del Consiglio in conformità a quanto previsto dall'art. 293.1 TFUE, che lo prevede – secondo l'interpretazione proposta dagli Stati ricorrenti – per qualsiasi modifica introdotta dalla Commissione (§ 171 ss.);

c) l'illegittimità sostanziale dei contenuti dell'atto adottato, tanto dal punto di vista del rispetto dei requisiti previsti dal Trattato (art. 78.3) quali condizioni per l'adozione di misure di questo tipo, quanto dal punto di vista del rispetto dei principi di proporzionalità (§ 206-224), declinato nel senso tanto della appropriatezza della misura della *relocation* rispetto alle finalità dell'atto (§ 209 ss.) quanto degli effetti causati con specifico riferimento all'Ungheria, rispetto alla quale la decisione provocherebbe un "*disproportionate burden on Hungary by setting mandatory relocation quotas*" (§ 280); di necessità, nel senso della possibilità di utilizzare meccanismi già previsti a livello europeo e meno limitativi rispetto alla autonomia e sovranità nazionale (§ 225-261); e di appropriatezza, in quanto la misura non sarebbe sufficiente a risolvere lacune derivanti non tanto dalla emergenza degli arrivi avvenuta nel periodo considerato dalla decisione (2015) quanto piuttosto dalle sistematiche carenze dei sistemi di accoglienza e di gestione delle domande di protezione in Grecia ed Italia (§ 209).

3. – Pertanto, gli Stati ricorrenti hanno "aggredito" l'atto che ha introdotto in modo compiuto il meccanismo della *relocation* attraverso una serie molto ampia ed eterogenea di motivi di ricorso, i quali però sono stati rigettati dalla Corte di giustizia nella loro totalità, venendo sostanzialmente ad accogliere l'impostazione proposta dall'Avvocato Generale Bot nella sua opinione, anche se secondo una linea argomentativa che pare avere privilegiato maggiormente parametri più tradizionali all'interno della propria giurisprudenza (discrezionalità delle istituzioni europee, scrutinio limitato all'assenza di valutazioni manifestamente inappropriati o irragionevoli) rispetto all'utilizzo del pur evocato principio di solidarietà nell'ambito della politica comune di asilo ex art. 80 TFUE (su tale principio nel contesto dell'asilo, G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino, 2014, pp. 366 ss.). Infatti, nel parere dell'Avvocato Generale si è proposta una interpretazione sistematica dell'art. 78.3 TFUE alla luce dell'art. 80 TFUE, sulla base della quale risulta possibile qualificare il primo quale "*specific legal basis*" per quelle misure provvisorie – quale quella relativa alla *relocation* – che rappresentano una attuazione del principio di solidarietà in situazioni di emergenza caratterizzate da un improvviso arrivo di stranieri (§ 84). La "forza" del principio di solidarietà risulta invece apparentemente diluita nelle argomentazioni della Corte di giustizia, nelle quali la carica simbolica sembra prevalere sulla forza normativa di tale principio (critico sul punto H. Labayle, *Solidarity is not a value. Provisional relocation of asylum-seekers confirmed by the Court of Justice*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 21 settembre 2017, URL: eumigrationlawblog.eu/solidarity-is-not-a-

value-provisional -relocation-of- asylum-seekers-confirmed -by-the-court -of-justice-6-september-2017-joined-cases-c-64315-and-c-64715-slovakia-and-hungary-v-council/).

Venendo a una sintetica analisi delle argomentazioni utilizzate dalla Corte di giustizia per rigettare i tre livelli di argomenti proposti dai due Stati ricorrenti, occorre soffermarsi su quegli aspetti – di carattere tanto procedurale quanto sostanziale – che sembrano potenzialmente in grado di esprimere un rilievo oltre il caso di specie, alla luce del fatto che la gestione del fenomeno migratorio sembra porsi quale ambito “privilegiato” di incontro tra istanze sovranazionali e istanze statali anche in un orizzonte di medio-lungo periodo.

3.1. – Rispetto alla possibilità di considerare l’art. 78.3 TFUE come base giuridica adeguata per l’adozione della misura della *relocation*, la Corte afferma la possibilità di ricondurla alla categoria delle “*provisional measures*”, le quali assumono la natura di atti “non legislativi” finalizzati a introdurre deroghe temporalmente definite e limitate in termini di ambito di azione delle disposizioni previste in materia a livello di diritto secondario della UE. A differenza dell’interpretazione proposta dalla Slovacchia, secondo cui un atto derivante dall’art. 78.3 TFUE non potrebbe in alcun caso introdurre deroghe a un atto legislativo in quanto ciò rappresenterebbe un sostanziale aggiramento della procedura legislativa nel caso specifico individuata dal secondo comma del medesimo articolo (§ 52), secondo la Corte le misure previste dall’art. 78 risulterebbero “complementari” (§ 73): le misure previste dal secondo comma assumono natura legislativa in quanto finalizzate a gestire, in modo generale e per un periodo di tempo indefinito, una questione strutturale sorta all’interno del sistema comune di asilo europeo; le misure adottabili nel quadro del terzo comma, al contrario, mirano a rispondere, attraverso l’adozione di atti non legislativi, in maniera rapida a particolari situazioni di emergenza che riguardano specificamente uno o più Stati Membri.

La Corte di giustizia sembra compiere una razionalizzazione delle misure adottabili a livello europeo a fronte di fenomeni che incidono in modo significativo sulla capacità degli Stati di gestire il fenomeno migratorio, distinguendo tra misure strutturali che, incidendo in modo generale e temporalmente indefinito sul sistema normativo europeo di asilo, devono essere approvate secondo le procedure previste per gli atti legislativi (secondo comma); e misure di carattere eccezionale, provvisorio e temporalmente limitate, che assumono natura di atti non legislativi in quanto non hanno la capacità di modificare in modo definitivo il quadro normativo, quanto piuttosto di introdurre deroghe che devono però essere sufficientemente giustificate (terzo comma). La natura emergenziale dell’evento migratorio assume in questa prospettiva un ruolo decisivo, rilevando quale fonte di legittimità della discrezionalità esercitata dalle autorità europee (in questo caso dal Consiglio) nel determinare la portata concreta delle misure: pertanto, una volta riconosciuta la sussistenza delle condizioni di eccezionalità e provvisorietà dell’intervento, l’ambito sostanziale e temporale di applicazione dell’atto è rimesso alla discrezionalità del soggetto decisore (§ 92). Nel caso specifico il periodo di 24 mesi di operatività delle misure è ritenuto giustificato dalla Corte, tenuto conto della natura delle operazioni richieste, che richiedono un rilevante impegno in termini di risorse, attività preparatorie e logistiche, nonché di coordinamento tra diversi livelli decisionali (§ 97). Gli effetti di lungo periodo sugli Stati verso i quali i richiedenti asilo/protezione vengono ricollocati non possono essere considerati rilevanti nel determinare la legittimità dell’atto, in quanto devono essere considerati “*inherent*” alla misura discussa (§ 99).

Per quanto riguarda l’imprevedibilità dell’evento che ha giustificato l’adozione di misure eccezionali, l’utilizzo dei dati statistici si rivela decisivo nell’orientare l’atteggiamento della Corte, a fronte delle motivazioni del ricorso secondo cui l’afflusso di migranti sarebbe stato ragionevolmente prevedibile e non sarebbe individuabile un chiaro nesso causale tra l’emergenza che caratterizza i sistemi nazionali di accoglienza oggetto della misura (Grecia e Italia) e tale afflusso (§ 106). La Corte di giustizia, infatti, alla luce dei dati a disposizione, afferma l’esistenza di una situazione di emergenza all’interno di una più ampia crisi che caratterizza da tempo i sistemi nazionali di accoglienza e asilo (§ 114), la quale giustifica l’intervento delle istituzioni europee attraverso l’attivazione della clausola del terzo comma

dell'articolo 78 TFUE. Se l'*an* dell'intervento viene dalla Corte considerato fondato su solide basi giuridiche, anche rispetto al *quomodo* del medesimo, rispetto cioè alle modalità concrete di intervento, la Corte riconosce la legittimità della misura, riferendosi a tre ordini di motivazioni, la rilevanza delle quali sembra poter volgersi anche al di là del caso di specie: a) l'affermazione di un ampio margine di discrezionalità delle istituzioni europee in ambiti che richiedono di operare scelte di natura politica e di effettuare valutazioni complesse (§ 124), le quali possono essere sindacate solo nel caso in cui siano riscontrabili palesi errori di valutazione o scelte manifestamente inadeguate (§ 123); b) la rilevanza dei dati statistici al fine di valutare l'azione delle istituzioni europee, alle quali pur a fronte del riconoscimento di un'ampia discrezionalità viene richiesto di esplicitare in modo pervasivo gli elementi fattuali che giustificano le scelte operate (§ 126); c) la presenza di meccanismi di adattabilità della misura adottata, alla luce di eventuali mutamenti del quadro fenomenologico a livello generale o in determinati Stati Membri (§ 132; ad esempio la possibilità di sospendere le procedure di *relocation* verso quegli Stati che siano oggetto di uno straordinario afflusso di migranti, come avvenuto per Austria e Svezia, cfr. § 290), rispetto alla individuazione dei quali viene comunque riconosciuto un ampio margine di discrezionalità politica.

3.2. – In relazione ai motivi sostanziali del ricorso, la Corte di giustizia applica gli *standard of review* tipici del giudizio sulla proporzionalità degli atti normativi. Pertanto, nell'orientare il giudizio nel senso della legittimità della misura, risulta decisivo il riconoscimento della natura politica delle scelte operate e della complessità delle valutazioni svolte dal Consiglio, oltre che l'esigenza che queste ultime fossero svolte in un periodo di tempo limitato in quanto finalizzate a rispondere in modo efficace a una situazione imprevedibile di emergenza (§ 208). In termini di appropriatezza, la Corte non accoglie la prospettiva della Slovacchia, secondo cui la misura della *relocation* si sarebbe dimostrata insufficiente a raggiungere l'obiettivo di correggere (*redress*) i difetti strutturali dei sistemi adottati in Grecia e Italia. Infatti, secondo la Corte, l'obiettivo ha portata più limitata: supportare gli Stati nell'affrontare una situazione di emergenza direttamente provocata da un arrivo imprevedibile di migranti in uno specifico lasso temporale (§ 212), che avrebbe provocato la crisi anche di sistemi di accoglienza e asilo efficienti e non caratterizzati da deficienze sistemiche. In tale prospettiva, la misura non risulta manifestamente inappropriata (sul punto, cfr. l'analisi prognostica svolta da E. Küçük, *The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing*, in *European Law Journal*, vol. 22, 2016, 467 ss.). Riemerge la centralità del riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità nel definire le caratteristiche delle misure da adottare in situazioni di emergenza, al quale corrisponde uno scrutinio debole da parte della Corte di giustizia.

Un altro elemento che tiene assieme i diversi livelli di scrutinio è rappresentato dalla qualificazione della *relocation* come misura che non può essere presa "*in isolation*", ma che deve essere collocata all'interno di un quadro caratterizzato da un insieme di misure dalla diversa natura e che si presentano come complementari e reciprocamente interdipendenti (§ 215). Questo sembra essere un punto particolarmente rilevante, in quanto la Corte di giustizia sembra voler valorizzare lo sforzo compiuto dalle istituzioni europee di approntare un quadro plurale e complementare di misure dalla diversa natura (ordinarie, quali il supporto logistico e finanziario alle autorità nazionali o l'approccio "*hotspot*", e straordinarie, come la *relocation*), accomunate dal generale obiettivo di fornire soluzioni strutturali in grado di affrontare le pressioni eccezionali che possono derivare dal fenomeno migratorio sui singoli sistemi nazionali di asilo (§ 216). A completare l'eshaustività del quadro, occorre rilevare che le autorità europee tendono ad affiancare a iniziative volte a fornire un supporto alle autorità nazionali la previsione di obblighi per queste ultime, nel senso di agire al fine di introdurre misure a livello statale che siano in grado di migliorare l'effettività dei rispettivi sistemi asilo (sembra muoversi in tale direzione la pur criticata riforma introdotta in Italia dal cd. "decreto Minniti", convertito dalla legge n. 46/2017).

Infine, nel riconoscere la natura necessaria della misura, la Corte di giustizia, coerentemente a quanto affermato in relazione ai precedenti motivi di ricorso, individua

quelle che possono essere considerate condizioni di legittimità degli interventi normativi in contesti particolarmente sensibili e caratterizzati da una emergenza acuta: la decisione di adottare un meccanismo obbligatorio per gli Stati Membri deve essere fondata su criteri oggettivi, tra i quali riveste particolare rilievo una adeguata ricostruzione empirica degli eventi che hanno causato la situazione di emergenza; tale decisione, inoltre, può essere censurata solo quando sussistano errori evidenti di valutazione alla luce delle informazioni e dei dati disponibili e quando fosse stato possibile adottare una misura meno restrittiva ma di pari efficacia nel medesimo, ristretto, periodo di tempo (§ 236). Solo a questo punto emerge il riferimento al principio di solidarietà declinato nei termini di condivisione equa delle responsabilità tra Stati (§ 251), il quale sembra però assumere un rilievo sostanzialmente accessorio rispetto alla linea argomentativa principale, quando non meramente simbolico.

4. – In conclusione, si può rilevare come la decisione alla quale era chiamata la Corte di giustizia avesse *in nuce* un elevato potenziale di politicità, derivante dal contesto fattuale, politico e istituzionale nel quale si veniva a inserire. Le questioni connesse alla gestione – management, nelle parole utilizzate dalla Agenda europea per l’immigrazione – dei fenomeni migratori che imprimono una pressione più o meno incisiva, ma destinata ad assumere carattere di ordinarietà, rappresentano e rappresenteranno uno dei contesti in cui la tenuta e la vitalità – non solo in termini operativi ma anche e soprattutto costituzionali – del quadro giuridico europeo verrà messa alla prova in modo sistematico. Questa tendenza viene resa ulteriormente più complessa dal fatto che la gestione del fenomeno, declinata in termini di efficienza, deve necessariamente integrarsi con la tutela dei diritti delle persone coinvolte, rispetto alla quale la questione della effettività delle garanzie assume un rilievo centrale e vede nelle corti gli attori spesso fondamentali (sul ruolo delle corti, B. Oomen, R. Rodrigues de Oliveira, *Relocation and its Numbers – Which Role for the Courts?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 31 maggio 2017, URL: eumigrationlawblog.eu/relocation-and-its-numbers-which-role-for-the-courts/).

740

Probabilmente anche alla luce di queste considerazioni, la Corte di giustizia nell’affermare la piena compatibilità della Decisione che ha introdotto il meccanismo della *relocation* ha deciso di utilizzare i canoni più tradizionali all’interno della propria giurisprudenza – il riferimento alla natura discrezionale delle decisioni assunte, la natura eccezionale del fenomeno disciplinato, il ruolo svolto dalle evidenze empiriche e dei dati statistici quale fondamento delle decisioni, la conseguente natura “debole” dello scrutinio operato – piuttosto che puntare su elementi più innovativi ma meno gestibili in termini di rapporti con le autorità nazionali, effetto che sarebbe stato probabilmente provocato da una piena valorizzazione del principio di solidarietà sancito dall’art. 80 TFUE (su tale principio, C. Favilli, *L’Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell’«emergenza» immigrazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2015, pp. 785-788).

Sullo sfondo di una decisione che appare comunque ben argomentata e condivisibile, in particolare se inserita in un più generale contesto giuridico-istituzionale, si staglia però in modo paradigmatico (e drammatico, in termini di garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti) la sostanziale ineffettività della misura della *relocation*, la quale – caratterizzata *ab initio* da una portata quantitativamente limitata rispetto ai dati statistici che caratterizzano l’ambito dei richiedenti asilo o protezione – non ha potuto garantire la realizzazione degli obiettivi prefissati, restando il numero delle persone concretamente “ricollocate” irrimediabilmente esiguo e sostanzialmente irrilevante. La decisione della Corte di giustizia ha il merito di “resistere”, sulla base di argomentazioni di carattere giuridico e non politico, ai tentativi degli Stati ricorrenti di “forzare” il sistema comune europeo di asilo, rispetto al quale il ruolo svolto dal principio di solidarietà e di equa distribuzione delle responsabilità tra Stati, e dei relativi meccanismi giuridico-istituzionali funzionali a garantirne una effettiva attuazione, è destinata a riemergere quale sorta di fiume carsico che segue il corso degli sviluppi della gestione del fenomeno migratorio a livello europeo, anche e soprattutto quando quest’ultimo non venga più colto quale evento eccezionale, imprevedibile ed emergenziale, ma strutturale e ordinario all’interno del contesto europeo (sull’inadeguata applicazione di tale principio in

materia di asilo, M. den Heijder, J. Rijpma, T. Spijkerboer, *Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, 613 ss.).

L'Unione bancaria al vaglio del Tribunale dell'Unione Europea: prime indicazioni sulla ripartizione delle funzioni di vigilanza prudenziale tra BCE ed Autorità nazionali

di Andrea Pierini

Title: The Union banking before the European Court: first indications about the distribution of banking supervision tasks between the ECB and NCA

Keywords: Banking Union; Single Supervision Mechanism; Distribution of tasks.

1. – Con la sentenza in epigrafe, resa in seguito a ricorso di annullamento della decisione della ECB/SSM/15/1 della Banca Centrale Europea, del 5 gennaio 2015, adottata in applicazione dell'articolo 6, paragrafo 4, e dell'articolo 24, paragrafo 7, del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, il Tribunale dell'Unione Europea affronta per la prima volta la questione nevralgica della ripartizione dei poteri di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi (nonché sulle istituzioni finanziarie ad essi equiparate a tale fine), così come disciplinata nel medesimo Regolamento istitutivo del Meccanismo Unico di Vigilanza (MVU) (di seguito, per brevità, denominato anche: “Regolamento di base”) – primo pilastro dell'Unione bancaria europea.

Lo stesso combinato disposto degli artt. 4 e 6 del Regolamento predetto, nel prevedere, infatti, primariamente (art. 4 par. 1), l'attribuzione alla BCE della “competenza esclusiva” su 9 compiti in materia di vigilanza prudenziale nei confronti degli enti creditizi stabiliti negli Stati membri partecipanti e, secondariamente (art. 6), i criteri di ripartizione dell'esercizio dei compiti predetti tra la stessa BCE e le Autorità nazionali competenti – ANC (criteri facenti leva sui parametri di “significatività” degli stessi enti creditizi sottoposti a controllo), pone il fondamentale problema interpretativo ed operativo della delimitazione e del coordinamento delle medesime competenze, al fine di garantire il corretto ed efficiente funzionamento del Meccanismo Unico di Vigilanza.

Trattasi, evidentemente, di questione di notevole complessità, in considerazione dell'ambivalenza caratterizzante la stessa articolazione delle competenze inerenti il MVU, ambivalenza dovuta al fatto che, da una parte, lo stesso Regolamento istitutivo di quest'ultimo, nel realizzare una sostanziale federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza bancaria, mira all'accentramento delle stesse in capo alla BCE, ai fini del perseguimento degli obiettivi del mantenimento di standards più elevati e coerenti nella conduzione della vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e, nello stesso tempo, di contribuire a garantire l'uniforme applicazione del *corpus* unico di norme sui servizi finanziari in corso di introduzione in Europa (in vista sempre della realizzazione della finalità di carattere più generale della creazione di un mercato unico dei servizi finanziari, in cui le banche europee possano operare nell'ambito di un c.d. “campo di gioco livellato” - *level playing field* - che impedisca alle stesse di trarre vantaggio da differenti regimi statali di vigilanza); dall'altra parte, tuttavia, la medesima integrazione delle competenze in materia di

vigilanza bancaria introdotta sempre con il Regolamento base prevede un complesso strumentario di modelli di ripartizione verticale delle funzioni predette, fondati su differenti livelli di partecipazione all'esercizio di queste ultime da parte delle ANC (tanto da utilizzarsi la locuzione di "pluralismo amministrativo", per contrassegnare tale molteplicità di moduli di strutturazione dei rapporti tra autorità coinvolte).

La sentenza in commento interviene proprio per dirimere una prima fondamentale questione postasi nell'applicazione del criterio base di ripartizione delle competenze tra BCE ed ANC, così come disciplinato dal surrichiamato articolo 6, paragrafo 4 del Reg. 1024/2013, in quanto facente leva sull'identificazione delle istituzioni creditizie da considerarsi significative e, come tali, da sottoporre alla vigilanza esclusiva della BCE: ciò, oltre che per i compiti di cui alle lett. a) e c) del precedente art. 4 (competenze, sempre riservate alla BCE, aventi ad oggetto il rilascio e la revoca dell'autorizzazione e la valutazione delle notifiche di acquisizione e cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi), anche per le ulteriori funzioni di cui alle lett. b) e da d) a g) e i) dello stesso dispositivo (tra le quali quelle di vigilanza sul rispetto degli standard prudenziali in termini di requisiti di capitale, di limiti all'assunzione di rischi ed al ricorso alla leva finanziaria, di presenza di solidi dispositivi di governo societario, nonché di effettuazione di valutazioni prudenziali come stress test e di vigilanza consolidata e supplementare sui gruppi bancari e finanziari misti).

Gli stessi parametri per l'individuazione degli enti creditizi significativi sono, quindi, costituiti, sempre ai sensi dell'art. 6 paragrafo 4, dalle dimensioni di questi ultimi (laddove il primo criterio dimensionale è quello ricorrente nel caso che ci occupa, della disponibilità di attivi per almeno 30 miliardi di euro), dalla valutazione dell'importanza significativa con riguardo all'economia nazionale dell'ente creditizio ed, infine, dalla rilevanza delle attività o passività transfrontaliere della stessa Banca.

Le altre banche che non raggiungano o perdano i requisiti di significatività indicati nella stessa normativa, restano, invece, assoggettate, sempre per quanto riguarda i compiti oggetto di decentramento sopra indicati, alla vigilanza diretta delle autorità nazionali, secondo gli orientamenti, i regolamenti e le istruzioni generali definiti sempre dalla BCE, con possibilità per quest'ultima di esercitare, in qualsiasi momento, la diretta supervisione al fine di assicurare una coerente applicazione degli standard di vigilanza (art. 6. par. 6).

Una tale rigida applicazione del criterio della dimensione degli enti creditizi viene, tuttavia, ad essere attenuata dall'ulteriore previsione di carattere derogatorio (diretta, quindi, a garantire una certa flessibilità al sistema, introducendosi un'eccezione alla regola) per cui gli stessi enti creditizi contemplati dalla normativa ed integranti i parametri dimensionali in essa indicati, non possono essere considerati meno significativi, a meno che una tale classificazione non sia giustificata da "particolari circostanze da specificare nella metodologia".

Evidente è, allora, come la formulazione generica di tale eccezione alla regola che impone la classificazione di un ente creditizio come significativo, sulla base del raggiungimento di determinate soglie dimensionali, imponesse l'ulteriore specificazione normativa dei presupposti per farsi luogo all'applicazione della medesima deroga: una specificazione che è stata, pertanto, prevista nell'ambito del successivo Reg. (UE) n. 468/2014 (Regolamento quadro sul MVU, di seguito, per brevità, denominato anche: "Regolamento quadro"), approvato dal Consiglio Direttivo della BCE, che ha disciplinato, nell'ambito dello stesso MVU, la cooperazione tra la BCE e le Autorità nazionali di vigilanza.

Nel titolo 9 dello stesso Regolamento quadro, si procede, infatti, a precisare (art. 70 c. 1) che le stesse circostanze particolari in grado di giustificare la classificazione di un soggetto vigilato come meno significativo (nonostante i criteri per la classificazione come significativo siano soddisfatti), ricorrono quando "sussistono circostanze specifiche e fattuali che rendono inappropriata la classificazione di un soggetto come significativo, tenuto conto degli obiettivi e dei principi del regolamento sull'MVU e, in particolare, della necessità di garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati" (completandosi la previsione con l'ulteriore precisazione della necessaria interpretazione restrittiva della medesima categoria di "circostanze particolari").

La sentenza in commento, dunque, oltre ad integrare il primo caso in cui la giurisdizione comunitaria si è pronunciata sull'interpretazione ed applicazione del

Regolamento istitutivo dell'MVU e del relativo Regolamento quadro, costituisce, nello stesso tempo, il primo importante tentativo della giurisprudenza comunitaria di operare la corretta delimitazione del riparto di competenze in materia di vigilanza bancaria tra la BCE e le ANC, sulla base della declinazione, operata sempre in via interpretativa, del rapporto tra il principale criterio generale enunciato dallo stesso art. 6 c. 4 del Regolamento base (dimensione degli enti creditizi) e le eccezioni e/o deroghe introdotte nei confronti dell'applicazione dello stesso criterio, così come disciplinate dal combinato disposto delle norme da ultimo richiamate (attraverso il riferimento al concetto di "particolari circostanze", contenuto sempre nell'art. 6 c. 4 del Regolamento base e delle ulteriori specificazioni del contenuto e della portata del concetto predetto, così come contenute negli artt. 70-71. del Regolamento quadro).

Prima di procedere all'analisi dei principi affermati nella decisione, sembra, tuttavia, opportuno accennare brevemente ai fatti che hanno originato lo stesso contenzioso, sfociato innanzi alla giurisdizione comunitaria una volta esaurita la fase amministrativa di riesame innanzi alla BCE.

2. – La domanda di annullamento della decisione della BCE era stata presentata da una delle principali banche regionali tedesche quale la Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank (ossia la banca di investimento e per lo sviluppo del Land del Baden-Württemberg, costituente una persona di diritto pubblico controllata interamente dal Land) contro la decisione, adottata il 5.1.2015, con la quale la BCE aveva definitivamente ritenuto di classificare come Ente significativo la stessa istituzione creditizia, in forza dell'applicazione del primo dei parametri dimensionali previsto dall'art. 6 c. 4 del Regolamento base (titolarità di *asset* superiori a 30 miliardi di Euro).

Nella fase di partecipazione al procedimento amministrativo di formazione della decisione predetta, la Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank aveva contestato la qualificazione operata dalla BCE, adducendo, in particolare, proprio l'esistenza di quelle «circostanze particolari» che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento di base e degli articoli 70 e 71 del regolamento quadro, avrebbero legittimato la classificazione della stessa Banca regionale tedesca tra gli enti meno significativi, come tali sottoposti alla vigilanza primaria delle ANC.

A dire sempre dell'Istituto bancario tedesco, infatti, nella fattispecie in esame, le stesse "circostanze specifiche e fattuali che rendono inappropriata la classificazione di un soggetto come significativo", così come previste dalla normativa da ultimo richiamata, sarebbero state integrate dal fatto che il controllo esercitato sul medesimo Istituto di credito da parte delle Autorità di vigilanza nazionali e del Länder avrebbero dato origine ad una vigilanza prudenziale egualmente sufficiente ed "appropriata" nei confronti dell'ente (atteso, tra l'altro, il basso profilo di rischio di quest'ultimo), tanto da non rendere in alcun modo necessario il passaggio sotto il controllo diretto della BCE.

Per contro, l'Autorità europea ribadiva la piena legittimità della qualificazione della Banca predetta come soggetto significativo, per non essere stato minimamente dimostrato che la stessa classificazione fosse in contrasto con gli obiettivi del regolamento di base ed avesse, per l'effetto, carattere "inappropriato" ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 1, del regolamento quadro sull'MVU (contestando, altresì, sempre la BCE, la surrichiamata interpretazione data dall'Ente creditizio *de quo* alla norma da ultimo citata).

Sottolineava, in particolare, la Commissione amministrativa del riesame delle decisioni di vigilanza della stessa BCE (adita sempre dalla Banca tedesca, ai sensi dell'art. 24 paragrafi 1,5,6 del Regolamento di base), che l'applicazione dei criteri relativi alla significatività elaborati dall'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento di base avrebbero potuto essere derogati sulla base delle «circostanze particolari» richiamate dalla stessa norma, soltanto qualora queste ultime avessero implicato che gli obiettivi del regolamento di base e, in particolare, la necessità di garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati, sarebbero stati meglio garantiti dalla vigilanza diretta delle autorità nazionali competenti (il che non sarebbe stato dimostrato dalla stessa Landeskreditbank).

Esaurito, dunque, con la decisione impugnata (nel senso della ribadita significatività della Banca tedesca *de qua*), il medesimo procedimento amministrativo di riesame dell'originaria conforme decisione dell'1.9.2014, alla Landeskreditbank Baden-Württemberg non rimaneva che presentare ricorso dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea per l'annullamento della decisione.

A fondamento del gravame, la ricorrente ha dedotto vari motivi, vertenti, in sostanza, il primo, sulla violazione dell'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento di base e dell'articolo 70 del regolamento quadro sull'MVU nella scelta dei criteri applicati dalla BCE, gli altri sull'esistenza di carenze istruttorie, errori manifesti di valutazione dei fatti, difetto di motivazione, sviamento di potere dovuto al mancato esercizio del potere discrezionale della BCE.

3. – Venendo, dunque, all'analisi dei contenuti della decisione, si evidenzia come il relativo *iter* argomentativo prenda le mosse proprio dalla fondamentale questione interpretativa, *ut supra* delineata, dell'esegesi del contenuto dell'art. 70, paragrafo 1 del Regolamento quadro, con conseguente delimitazione della portata delle ipotesi di deroga rispetto alla classificazione di un soggetto vigilato come significativo, così come disciplinate dalla stessa norma, in attuazione della previsione di carattere generale contenuta nell'art. 6 paragrafo 4 del Regolamento di base.

Sul punto, infatti, a fronte della divergenza di interpretazioni del disposto della norma predetta, così come operate dall'Istituto di credito ricorrente e dalla convenuta BCE (posizione, quest'ultima, condivisa dall'interveniente Commissione europea), centrale appariva la soluzione della questione, affrontata per l'appunto dal Tribunale adito con dovizia di argomentazioni, della corretta delimitazione della nozione di «circostanze specifiche e fattuali che rendono inappropriata la classificazione di un soggetto come significativo, tenuto conto degli obiettivi e dei principi del regolamento [di base] e, in particolare, della necessità di garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati» (cfr. art. 70 Par. 1 Regolamento quadro).

746

Al riguardo, da un lato, l'Istituto di credito ricorrente ribadiva la tesi, posta a base della precedente richiesta di riesame della prima decisione della BCE, per cui il ricorso a clausole di carattere generale ed a contenuto indeterminato come quella sopra indicata, in quanto facente leva sulla valutazione del carattere della non appropriatezza della classificazione come ente significativo, postulerebbe la necessaria interpretazione ed applicazione di quest'ultima alla stregua dei principi generali del diritto comunitario di proporzionalità (di cui all'art. 5 par. 4 TUE) e sussidiarietà (di cui al par. 3 della stessa norma di diritto comunitario originario).

Di qui, la conclusione, tratta sempre in via interpretativa dalla ricorrente, per cui l'assoggettamento degli enti creditizi a vigilanza diretta della BCE (a fronte chiaramente della sussistenza dei parametri di significatività previsti dal Regolamento di base) sarebbe da escludersi “qualora un controllo da parte dell'autorità competente nazionale sotto la vigilanza macroprudenziale della BCE sarebbe sufficiente a realizzare gli obiettivi del regolamento di base”, essendo a questo punto sufficiente ed appropriata la vigilanza delle ANC e non necessaria, quindi, secondo appunto il principio di proporzionalità, quella diretta della BCE.

Interessante era poi la ricostruzione dei rapporti tra la BCE e le ANC, così come operata sempre dalla ricorrente sulla base della dedotta applicazione del principio di sussidiarietà, laddove la stessa assumeva che il trasferimento di competenze in materia di vigilanza prudenziale alla BCE operato dal Regolamento istitutivo dell'MVU fosse limitato a quelle nei confronti degli enti creditizi significativi, restando la competenza diretta nei confronti di quelli meno significativi di competenza delle ANC, sulla base appunto del principio surrichiamato.

A fronte, dunque, di un tale contrasto interpretativo (derivante dal fatto che la BCE ribadiva la correttezza della decisione impugnata, anche in punto di interpretazione delle norme applicabili), per la prima volta sottoposto a vaglio giurisdizionale, il Tribunale adito,

nella decisione con la quale ha respinto la domanda di annullamento proposta dalla Landeskreditbank Baden-Württemberg, ha operato un'esegesi delle disposizioni predette del tutto difforme dalle prospettazioni della stessa ricorrente, validando contestualmente, per l'effetto, le opposte tesi della BCE, così come poste a fondamento della decisione impugnata.

Ne è derivato un primo importante precedente in materia, suscettibile di incidere sulla successiva interpretazione ed applicazione delle medesime norme.

L'operazione ermeneutica compiuta dal Tribunale fa, infatti, leva sull'applicazione dei principali canoni interpretativi del diritto comunitario, così come elaborati dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, con particolare riferimento, da un lato, al criterio dell'esegesi testuale (per il cui necessario collegamento con quella teleologica e sistematica, si v. sentenza del 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03, 14 ottobre 1999 causa C-223/98, Adidas) e, dall'altro lato, a quello dell'interpretazione conforme (con richiamo dei precedenti del 4 ottobre 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, C-457/05; del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 e del 25 novembre 2009, Germania/Commissione, T-376/07).

Dal primo punto di vista (interpretazione letterale), viene innanzitutto escluso che il riferimento alla nozione di "appropriatezza" della vigilanza della BCE, contenuto nell'art. 70, par. 1 del Regolamento quadro, implichi la valutazione della "necessità" o meno di quest'ultima, postulando, piuttosto, la stessa nozione di appropriatezza la mera disamina dell'idoneità della vigilanza della BCE a perseguire le finalità enunciate nel Regolamento di base.

Ne consegue che l'esclusione (logicamente a fronte dell'integrazione dei parametri di significatività previsti dall'art. 6 par. 4 del Regolamento di base) della sottoposizione a vigilanza diretta della BCE, possa essere disposta solamente nel caso in cui venga dimostrato che la permanenza dell'ente creditizio sotto la vigilanza dell'ANC sia meglio in grado (*ergo* più appropriata) di perseguire gli obiettivi previsti dalla stessa norma, con particolare riferimento a quello della garanzia di una vigilanza coerente ed ottimale sotto il profilo qualitativo (v. considerando 12 Regolamento di base).

Diversamente, non assumerebbe, in ogni caso, alcun rilievo la dimostrazione della mera equivalenza, in termini di efficacia e/o adeguatezza, dei controlli da parte delle medesime Autorità statali, circostanza che peraltro escluderebbe di per sé che la vigilanza della BCE sia da considerarsi "inappropriata" ai sensi della normativa predetta (che, appunto, non prevede minimamente che l'ipotetica equivalenza implichi la classificazione di un "soggetto significativo" in "meno significativo").

A medesime conclusioni induce, poi, sempre seguendo l'articolato ragionamento della Corte adita, l'applicazione del criterio dell'interpretazione conforme, con particolare riferimento al rispetto dei fondamentali principi di proporzionalità e sussidiarietà, anch'essi invocati a supporto della contrapposta interpretazione propugnata dalla ricorrente.

La disamina di tale questione ermeneutica costituisce indubbiamente la parte più interessante e di rilievo dal punto di vista dottrinale della motivazione della sentenza, in quanto, come sottolineato nell'introduzione al presente commento, per la prima volta il Giudice europeo ha operato, in sede di interpretazione del Regolamento istitutivo dell'MVU, la ricostruzione del quadro delle competenze trasferite alla BCE, così come disciplinate dagli art. 4 par. 1 e 6 par. 4 della medesima normativa.

Sul punto, la Corte ha affermato, infatti, i seguenti principi generali, desunti dal coordinamento delle disposizioni predette con i precedenti considerando n. 15, 28 e da 38 a 40, da considerarsi rilevanti ai fini della determinazione dell'*intentio legislatoris*:

- lo stesso Regolamento di base ha, innanzitutto, attribuito alla BCE una competenza esclusiva, avente ad oggetto le funzioni di vigilanza prudenziale indicate nell'art. 4 c. 1, con conseguente esclusione della titolarità di una competenza parallela delle Autorità nazionali sugli enti meno significativi;
- per l'effetto, l'articolo 6 del medesimo regolamento ha "il solo obiettivo di permettere l'"attuazione decentrata" (con enfasi del redattore) nell'ambito dell'MVU di tale competenza da parte delle autorità nazionali, sotto il controllo della BCE, nei confronti dei soggetti meno significativi" (punto 63 sentenza);

- spetta, in ogni caso, ancora una volta alla BCE la competenza relativa alla determinazione delle “circostanze particolari” in cui la vigilanza nei confronti di un’istituzione creditizia da considerarsi significativa, dovrebbe rimanere in capo alle Autorità nazionali.

Una tale posizione di chiara primazia della BCE nell’ambito del MVU, sarebbe, infatti, desumibile dalla serie di disposizioni con le quali lo stesso Regolamento di base ha, in primo luogo, operato l’attribuzione alla BCE di compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi (elencati appunto nell’art. 4 par. 1 del Regolamento), lasciando altri compiti alle autorità nazionali, così come elencati dal Considerando 28 (e non inclusi, tuttavia, nell’elencazione di cui allo stesso art. 4), come quelli di vigilanza sui soggetti che, benché non rientranti nella definizione di «ente creditizio» ai sensi del diritto dell’Unione, vengono sottoposti dalle leggi statali alla stessa vigilanza degli enti creditizi, nonché quelli di controllo sui servizi transfrontalieri e succursali di enti creditizi di paesi terzi, di vigilanza sui servizi di pagamento e di antiriciclaggio.

Di qui, la conferma della chiara volontà del legislatore europeo di prevedere il conferimento di una serie di competenze esclusive alla BCE ed, invece, la competenza residuale degli Stati per i “compiti di vigilanza non attribuiti alla (stessa – n.d.r.) BCE” (tra i quali, appunto, quelli espressamente citati dal disposto surrichiamato).

Detta conclusione interpretativa troverebbe, poi, conferma in altre disposizioni come quella per cui le ANC sono “responsabili dell’assistenza della BCE nella preparazione e nell’attuazione degli atti inerenti all’assolvimento dei suoi compiti di vigilanza, tra cui in particolare la valutazione giornaliera della situazione di un ente creditizio e le relative verifiche *in loco*” (Considerando 37), nonché in quella (art. 6 par. 5) che attribuisce sempre alla BCE la titolarità di importanti prerogative (come l’emanazione di regolamenti, orientamenti, istruzioni generali e finalmente la possibilità di privare un’autorità nazionale della sua competenza di vigilanza diretta su di un soggetto) anche nei casi in cui l’esercizio dei compiti di cui alle lett. b) e da d) a g) ed i) dell’art. 4 par. 1 sia demandato alle ANC (con riferimento, quindi, alla vigilanza sugli enti meno significativi).

Il tutto, completato dal carattere necessariamente restrittivo della deroga introdotta nei confronti della ripartizione di funzioni tra BCE ed ANC, *ut supra* descritta, in quanto affidata all’accertamento della sussistenza di “circostanze particolari” richiamate sempre dall’art. 6 par. 4.

Dalla suddetta qualificazione, in termini di esclusività, delle competenze attribuite alla BCE in forza dell’art. 4 c. 1 del Regolamento di base, consegue, sempre secondo la Corte, la conformità dell’interpretazione dell’art. 70 par. 1 del Regolamento quadro, così come operata dalla BCE nella decisione impugnata, ai principi di sussidiarietà (il quale viene ritenuto non rilevante nel caso in esame, a fronte di competenze esclusive della BCE) e di proporzionalità.

Interessante, su tale ultimo punto (corretta applicazione principio di proporzionalità), è la confutazione della tesi surrichiamata della ricorrente, per cui l’articolo 70, paragrafo 1 imporrebbe una verifica caso per caso, finalizzata ad accertare se, a fronte di un soggetto rientrante nella qualificazione di significativo alla luce dei criteri di cui all’articolo 6, paragrafo 4, del regolamento di base, gli obiettivi di quest’ultimo possano essere realizzati anche per mezzo di una vigilanza diretta da parte delle Autorità nazionali (derivando necessariamente, dunque, dal medesimo giudizio di equivalenza, la permanente classificazione dell’istituzione creditizia come ente meno significativo e l’altrettanto conseguente esclusione della vigilanza diretta della BCE).

Osserva, al riguardo, la Corte che una tale interpretazione porterebbe a rimettere in discussione l’intero equilibrio contenuto nel regolamento di base, in quanto fondato, da un lato, sull’allocazione in capo alla BCE della competenza esclusiva di vigilanza diretta sui soggetti individuati come significativi in base all’applicazione di precisi criteri alternativi indicati di cui all’articolo 6, paragrafo 4 (tra cui quello dimensionale) e, dall’altro, sul carattere decentrato dell’esercizio delle competenze predette, nei confronti degli enti meno significativi.

Di qui, l'ulteriore opzione per un'interpretazione restrittiva della deroga, rispetto alla predetta divisione di funzioni, laddove viene precisato che le “circostanze specifiche e fattuali che rendono inappropriata la classificazione di un soggetto come significativo”, previste dallo stesso Art. 70 del Regolamento quadro, devono riferirsi esclusivamente alle “sole circostanze di fatto specifiche che implicano che una vigilanza diretta da parte delle autorità nazionali è maggiormente in grado di realizzare gli obiettivi ed i principi del regolamento di base e, in particolare, la necessità di garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati” (punto 80).

A tale parte, invero centrale per dovizia di argomentazioni interpretative, della motivazione della sentenza, faceva seguito la reiezione degli ulteriori motivi di ricorso, rigetto essenzialmente fondato proprio sul mancato adempimento, da parte della ricorrente, dell'onere della prova relativo all'esistenza di circostanze particolari, intese, tuttavia, secondo il suesposto, corretto significato.

4. – Sia l'impianto di fondo che le conclusioni cui è pervenuta la Corte nella decisione in commento costituiscono l'espressione del primo difficile tentativo del Giudice europeo di operare una composizione tra istanze contrapposte, che peraltro avevano già contraddistinto la stessa genesi del MVU: da una parte, l'opzione per un ampio conferimento alla BCE delle competenze in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi per garantire più elevati e coerenti standard di supervisione [una posizione peraltro inizialmente contrastata proprio da Paesi come la Germania e la Gran Bretagna, per i quali sarebbe stata, al contrario, necessaria una modifica dei Trattati e non il mero rinvio all'art. 127(6) TFUE]; dall'altra parte, la contrapposta spinta volta a preservare il ruolo delle Autorità nazionali di supervisione, in precedenza titolari dei compiti predetti e, come tali, in possesso di competenze (in termini di *expertise* e di patrimonio di informazioni), organizzazione e mezzi adeguati al relativo esercizio.

Sul punto, come si evince dal triplice principio surrichiamato, affermato nella motivazione della sentenza, la Corte europea ha operato un'interpretazione improntata a forte accentramento della struttura e della divisione dei compiti inerenti il MVU.

Il Giudicante, infatti, nell'affrontare (e risolvere) la questione relativa alla corretta interpretazione della nozione di “circostanze particolari”, posta a base della deroga alla classificazione di un ente come significativo prevista dall'art. 6 par. 4 del Regolamento di base (così come specificata attraverso il riferimento alla valutazione di appropriatezza, da operarsi ai sensi dell'art. 70 del Regolamento quadro), ha necessariamente affrontato, come *prius* logico-giuridico, la più generale questione dell'esatta delimitazione dei compiti di vigilanza trasferiti alla BCE, così come desumibile dal combinato disposto dell'art. 4 par. 1 e del 6 par. 4 del medesimo Regolamenti istitutivo dell'MVU.

La risposta fornita sul punto dalla Corte evidenzia quell'opzione per una logica di netto accentramento di cui si diceva, in considerazione del fatto che la competenza della stessa BCE per i compiti di cui all'art. 4 par. 1 del Regolamento di base è stata ritenuta di carattere esclusivo anche per gli enti da considerarsi meno significativi e, per converso, il ruolo attribuito alle ANC in relazione a questi ultimi costituirebbe l'espressione di un mera “attuazione decentrata” delle stesse competenze (pur sempre, dunque, di titolarità della BCE, nonostante il continuo richiamo al principio della cooperazione interistituzionale).

L'alternativa, pur sempre configurabile astrattamente e per questo avanzata in molteplici ricostruzioni dottrinali della struttura del MVU (v., *ex multis*, R. Ibrido, *L'Unione bancaria europea – profili costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 156 ss, M. Macchia, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in Riv. Trim. Dir. Pub., 2, 2016, p. 367 ss., S. Antoniazzi, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie - Parte Prima -* in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2/2014, p. 400 ss., sia consentito infine rinviare ad A. Pierini, *Unione bancaria europea e mercato unico dei servizi finanziari: dinamiche di integrazione e limiti del processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie*, in www.costituzionalismo.it, n. 3/2016, p. 440), sarebbe stata, invece, quella per cui in

relazione all'esercizio dei compiti di cui alle lett. b) e da d) a g) e i) dell'art. 4 par. 1 del Regolamento di base, permane la competenza delle ANC, pur a fronte dei poteri di supervisione generale ed, in ultima analisi, di intervento diretto e/o avocazione della BCE.

Si verrebbe a proporre, in tale modo, un diverso modello, maggiormente "condiviso", di articolazione delle stesse competenze, che trova elementi di conformità nello stesso regime di imputazione degli atti e responsabilità connesse alle attività di vigilanza.

Ne consegue che la generale ricostruzione, così come operata nella motivazione della sentenza, della *ratio* e della struttura dei complessi meccanismi di ripartizione dei poteri tra BCE ed ANC, non pare immune da dubbi (per una più decisa adesione al *dictum* della Corte, si v., invece, V. Lemma, "*Too big to escape*": un significativo chiarimento sull'ambito di applicazione del Single Supervisory Mechanism, in Riv. Trim. Dir. Ec., 2/2017, p. 75 ss.) e da un certo formalismo interpretativo, tenuto conto, tra l'altro, del ruolo certamente non meramente esecutivo e/o servente assunto dalle ANC, anche ad es. per l'esercizio delle competenze formalmente riservate alla BCE, quali quella di concessione dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (per un'accurata analisi di tale modello di ripartizione, si v. ad es. M. Mancini, *La Banking Union: il riparto delle funzioni di regolazione e di vigilanza*, intervento tenuto al Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11 su Regole e mercato, Siena, 7-9 aprile 2016, reperibile al sito internet www.regolazioneimercati.it).

Quelle che, invece, appaiono pienamente condivisibili sono le conclusioni cui la Corte è pervenuta ai fini del rigetto della specifica domanda di annullamento proposta dall'Istituto di credito ricorrente.

Da questo punto di vista, è indubbio che l'interpretazione estensiva, propugnata dalla ricorrente, della deroga rispetto alla classificazione di un ente come significativo, così come introdotta sempre dall'art. 6 par. 4 Regolamento di base e dalla relativa specificazione contenuta nell'art. 70 par. 1 del Regolamento quadro, avrebbe avuto l'effetto di scardinare l'intero sistema di ripartizione delle funzioni di vigilanza prudenziale (facendo di fatto venir meno la cessione di sovranità realizzata attraverso lo stesso), in quanto fondato sulla devoluzione alla BCE di quella sugli enti significativi, da classificarsi in base ai precisi criteri alternativi dettati sempre dal regolamento di base (salvo, appunto, casi da interpretare restrittivamente di non appropriatezza della vigilanza della BCE).

Se fosse, infatti, passata l'interpretazione della ricorrente, la medesima sottoposizione a vigilanza della BCE sarebbe stata ogni volta sostanzialmente ancorata, oltre che alla verifica dei parametri predetti, ad una serie di valutazioni aggiuntive, implicanti considerevoli margini di incertezza e di variabilità nel tempo, quali quelle attinenti il profilo di rischio individuale del soggetto vigilato e la conseguente idoneità/inidoneità delle ANC a garantire equivalenti risultati in termini di standard elevati di vigilanza.

Di qui, la piena correttezza del finale rigetto della domanda da parte della Corte, a fronte di un chiaro tentativo (non privo, tuttavia, di elementi di raffinatezza interpretativa) della Banca tedesca di sottrarre alla BCE il nucleo duro di competenze di vigilanza ad essa spettanti nell'ambito del MVU (pena, dunque, il venir meno della stessa *ratio* di quest'ultimo).

Libertà religiosa e di impresa: la CGUE detta i criteri per il bilanciamento

di *Benedetta Profumo*

Title: Religious freedom and freedom of enterprise: the ECJ sets the balancing standards

Keywords: Religious freedom; Layoff; Islamic headscarf.

1. – Con sentenza pronunciata il 14 marzo 2017 (causa C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*), la Corte di Giustizia dell'Unione europea è stata chiamata, per la prima volta, a verificare l'incidenza delle norme antidiscriminatorie previste dal diritto dell'Unione Europea sull'uso di indumenti religiosi nell'ambito di un rapporto di lavoro privatistico.

La decisione dei Giudici di Lussemburgo ha avuto origine da un rinvio pregiudiziale presentato dalla Corte di Cassazione belga (*Hof van Cassatie*) in merito all'interpretazione dell'art. 2, par. 2, lettera a) della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, la quale delinea un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

751

2. – La controversia che ha originato la pronuncia è la seguente.

La sig.ra Samira Achbita (da ora in avanti SA), di fede musulmana, lavorava dal 2003 come dipendente a tempo indeterminato, nelle funzioni di *receptionist*, presso l'impresa G4S Secure Solutions NV (da ora in avanti G4S), la quale fornisce servizi di sorveglianza e accoglienza ai clienti nel settore pubblico e privato.

La politica aziendale della G4S era improntata ad una linea di neutralità, perciò, in base ad una regola non scritta, era vietato ai dipendenti indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose.

Nonostante questa prassi, nell'aprile 2006, la SA comunicava ai propri superiori gerarchici di volere indossare in futuro il velo islamico durante l'orario di servizio.

Immediatamente l'impresa si premurava di comunicare alla dipendente che l'utilizzo del velo non sarebbe stato tollerato e, a fronte di un rifiuto a rinunciare al velo da parte della sig.ra Achbita, il comitato aziendale della G4S approvava una modifica del regolamento interno. A seguito di questa modifica il regolamento prevedeva il «divieto ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi rituale che ne derivi».

In forza di questa disposizione interna, il 12 giugno 2006, la SA, perdurando nella propria volontà di indossare il velo sul luogo di lavoro, veniva licenziata.

3. – Con il sostegno del *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* (Centro per le pari opportunità e la lotta al razzismo), la sig.ra Achbita proponeva ricorso avverso

tale provvedimento dinnanzi all'*Arbeidsrechtbank te Antwerpen* (Tribunale del lavoro di Anversa).

La ricorrente lamentava l'illegittimità del licenziamento e richiedeva il risarcimento dei danni per violazione della "Legge antidiscriminatoria", ovvero la legge interna di recepimento della direttiva 2000/78. Come sopra ricordato, tale direttiva è volta a rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento e quindi a vietare qualsiasi discriminazione diretta o indiretta in ambito lavorativo, fondata sulla religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Il Tribunale del lavoro di Anversa respingeva il ricorso, in quanto, a parere dell'autorità giudicante, il licenziamento non era ingiustificato poiché la proibizione di indossare sul luogo di lavoro segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose costituiva un divieto generale rivolto indiscriminatamente a tutti i dipendenti. Pertanto, riteneva che dal licenziamento non discendesse né una discriminazione diretta, né una discriminazione indiretta e neppure una violazione della libertà individuale o religiosa.

Alla medesima conclusione perveniva l'*Arbeidshof te Antwerpen* (Corte d'appello del lavoro di Anversa). In particolare i giudici d'appello escludevano la sussistenza di una discriminazione diretta, rilevando come nessun fatto facesse presumere che la G4S avesse adottato una condotta più conciliante nei confronti di un altro dipendente trovatosi in una situazione analoga, ovvero nei confronti di un altro lavoratore che, avendo differenti ideologie religiose o filosofiche, si fosse durevolmente rifiutato di rispettare il divieto di indossare segni visibili di tali convinzioni.

Nel ricorso per Cassazione, lamentando la ricorrente una erronea interpretazione da parte dei giudici nazionali delle nozioni di «discriminazione diretta» e di «discriminazione indiretta», così come definite dalla direttiva 2000/78, la *Hof van Cassatie* (Corte di Cassazione belga) decideva di sospendere il procedimento e di adire la Corte di Giustizia.

La questione pregiudiziale sollevata riguardava l'interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 e, più nello specifico, si domandava al giudice sovranazionale di chiarire se costituisca una discriminazione diretta il divieto di indossare un velo islamico derivante da una norma interna di un'impresa privata, la quale impone in via generale di non indossare, in modo visibile, qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro.

4. – Nel rispondere a tale quesito innanzitutto la Corte di Giustizia ha stabilito che indossare il velo islamico è espressione della libertà religiosa. Infatti, seppure in mancanza di una espressa definizione della nozione di «religione» da parte della direttiva 2000/78, in base alle norme della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la libertà religiosa deve intendersi come comprensiva sia del fatto di avere convinzioni religiose, sia della possibilità di manifestare pubblicamente la propria fede. Pertanto è corretto qualificare il caso di specie come un'ipotesi in cui si impone un bilanciamento tra libertà religiosa e libertà di impresa.

Successivamente, passando invece alla risoluzione del quesito proposto, i giudici europei ritengono che la norma interna di cui trattasi nel procedimento principale imponga in maniera generale ed indiscriminata una neutralità nell'abbigliamento e tratti perciò in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa.

Sulla scorta di tale considerazione essa ha reputato quindi che detta normativa interna non configuri una disparità di trattamento direttamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a) della direttiva summenzionata. A suffragare questa conclusione è il fatto che non risulta neppure che, in via di prassi, la norma sia stata applicata in maniera diversa a qualsiasi altro dipendente, ma al contrario questa sia sempre stata attuata in modo uniforme.

5. – Tuttavia la valutazione della Corte non si esaurisce nella risposta allo specifico quesito proposto dalla Corte di Cassazione belga. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, la

circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non impedisce alla Corte di fornire al giudice nazionale ogni elemento di interpretazione funzionale alla decisione della causa della quale è investito (v., in particolare, la sentenza *Oil Trading Poland*, C-349/13, p.to 45 e la giurisprudenza ivi citata).

Nel caso in esame pertanto, escluso l'inquadramento della fattispecie nella discriminazione diretta, i giudici di Lussemburgo richiamano l'attenzione sulla nozione di discriminazione indiretta, prevista dall'articolo 2, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2000/78. In base a questa norma «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone».

Richiamando questa definizione la Corte sollecita il giudice del rinvio a riflettere e verificare se la norma aziendale, di cui al procedimento principale, istituisca una disparità di trattamento fondata non direttamente, ma indirettamente sulla religione o sulle convinzioni personali.

Tuttavia, come ben sottolinea nelle sue conclusioni sul caso l'Avvocato Generale Kokott, «non ogni ingerenza nella libertà religiosa deve essere considerata, nell'ottica del principio della parità di trattamento, discriminatoria» (v. p.to 54). In questo senso lo stesso art. 2, paragrafo 2 della direttiva precisa che non sussiste una discriminazione indiretta quando la disposizione, il criterio o la prassi sopracitati siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Tale affermazione è integrata e specificata all'art. 4, paragrafo 1 della direttiva, nella parte in cui prevede che «gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».

In sintesi, perché una limitazione religiosa sia consentita, è necessaria da un lato l'esistenza di una espressa normativa interna volta ad escludere che una data differenza di trattamento costituisca discriminazione e, dall'altro, che questa previsione tenda al perseguimento di una finalità legittima, tenuto conto della dovuta proporzionalità del bilanciamento tra gli interessi in gioco.

6. – In primo luogo l'Avvocato Generale afferma quindi come, nel caso di specie, sia rispettato il dato formale. Infatti, il divieto controverso si basa su una disposizione aziendale interna (adottata peraltro con l'approvazione del comitato aziendale) e quindi è pienamente rispettato l'assunto in base al quale è fatta salva la possibilità per gli Stati membri di stabilire regole professionali che giustificano una disparità di trattamento, non reputando necessario che queste differenze di trattamento siano individuate da leggi o decreti (v. p.to 67 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale).

Questo primo elemento peraltro differenzia il caso di cui trattasi dall'analogo caso *Bougnaoui e ADDH c. Micropole SA* (C-188/15), in cui una dipendente, di fede musulmana, ingegnere progettista, era stata licenziata in quanto si era rifiutata di togliere il velo durante lo svolgimento della propria attività lavorativa. In quel caso infatti mancava una norma interna cogente che vietasse di esibire segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose. Pertanto il giudice sovranazionale aveva ritenuto che il licenziamento di Asma Bougnaoui potesse configurarsi alla stregua di una discriminazione diretta, salva ovviamente l'ipotesi in cui il non portare il velo costituisse comunque un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa (v. p.ti 31 – 34). In particolare nella pronuncia *Bougnaoui* non venivano repute determinanti e quindi sufficienti a giustificare il

licenziamento le lamentele rivolte da parte di un cliente in relazione all'utilizzo del velo da parte della dipendente della Micropole SA.

Per contro, siccome nel caso in esame era presente una normativa aziendale di tale portata, si è reso necessario uno scrutinio rigoroso in merito alla verifica della legittimità dell'obiettivo perseguito e l'idoneità e proporzionalità dei mezzi utilizzati per conseguirlo.

7. – Per quanto riguarda la legittimità dell'obiettivo perseguito, secondo la Corte, la volontà di un datore di lavoro di dare ai clienti un'immagine di neutralità rientra nella libertà d'impresa, riconosciuta dall'articolo 16 della Carta di Nizza, e ha, in linea di principio, carattere legittimo. Come sottolineato dall'Avvocato Generale Kokott, ciò vale a maggior ragione nel caso di specie, avuto riguardo al «tipo di attività lavorativa» e al «contesto» in cui la SA espletava la sua attività e quindi con riferimento alla sua qualità di *receptionist* di un'impresa che si rivolge sia a clienti pubblici che privati, ma anche tenuto conto dell'ambito e del periodo in cui tale convinzione religiosa viene manifestata (in merito v. sentenze *Leyla Şahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98 e *S.A.S. c. Francia*, ricorso n. 43835/11).

Sul punto, la sentenza richiama la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed in particolare la pronuncia *Erweida e a. c. Regno Unito* (Sentenza Corte EDU, 15 gennaio 2013), ovvero il primo caso che ha portato un giudice europeo a pronunciarsi sull'uso dei simboli religiosi all'interno di un rapporto di lavoro privato. In quella sentenza, in particolare, la Corte europea aveva ritenuto legittima la decisione della British Airways di proteggere una certa immagine religiosamente neutrale. Il caso citato tuttavia costituisce un importante precedente non solo sotto questo profilo, ma anche perché, in quell'ipotesi, la Corte EDU si era appunto discostata dal principio della *freedom to resign*, spesso utilizzato dalla Corte nella risoluzione di controversie che vedevano contrapposti diritti fondamentali all'interno di un rapporto di lavoro. In base a questo orientamento la libertà religiosa del lavoratore, nell'ambito del rapporto di lavoro privato, deve considerarsi automaticamente tutelata dal momento in cui questi ha facoltà di scegliere tanto se sottoscrivere il contratto (e conseguentemente vincolarsi a determinate regole di comportamento che comprimono la sua libertà di manifestazione religiosa), quanto se risolverlo dimettendosi. Al contrario, nel caso *Erweida* questo principio aveva conosciuto un temperamento, in quanto, servendosi di vari criteri per effettuare un bilanciamento tra gli interessi in gioco, i giudici sovranazionali avevano ritenuto legittima la possibilità della compagnia aerea di proteggere una certa immagine religiosamente neutrale, ma al contempo avevano giudicato prevalente il diritto della *hostess* della British Airways di portare al collo una catenina con un crocifisso durante l'orario di lavoro (sul punto, più diffusamente, E. Sorda, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Erweida e altri c. Regno Unito*, in *Forum di quaderni costituzionali rassegna online*, n. 11/2013).

A tale riguardo alcuni rilevano come la Corte di Strasburgo – in maniera decisamente più garantista rispetto alla Corte di Lussemburgo – non abbia posto sullo stesso piano la libertà religiosa e la libertà di impresa, definendo il primo come un diritto fondamentale di una società democratica e il secondo come un mero auspicio.

Al contrario, nella Sentenza *Achbita*, la libera iniziativa economica è qualificata come un principio fondamentale dell'Unione Europea, pertanto, non si rende necessario valutare di volta in volta se la definizione della politica aziendale costituisca una legittimazione idonea a giustificare la limitazione della libertà religiosa, posto che tale comportamento parrebbe sempre integrare una «finalità legittima» (cfr. T. Pagotto, E. Ervas, *Achbita v. Erweida: libertà d'impresa e libertà religiosa a confronto*, in *federalismi.it*, n. 2/2017).

8. – Ritorniamo ora all'oggetto del presente contributo e passiamo all'analisi del requisito della proporzionalità.

Questo parametro impone che le misure apprestate siano idonee a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa in questione e, al contempo, non eccedano i limiti di quanto è necessario per raggiungere queste finalità.

Per quanto riguarda la proporzionalità, i giudici sovranazionali, nel suggerire criteri di valutazione idonei, paiono nuovamente rifarsi alla giurisprudenza della Corte EDU.

In particolare, nel vaglio sulla appropriatezza dei mezzi utilizzati, la Corte richiede al giudice nazionale di verificare se tale politica di neutralità sia stata realmente perseguita in modo coerente e sistematico (v. p.to 40), quindi se la norma – come peraltro già controllato dalla Corte d'Appello di Anversa – sia stata applicata in maniera costante e uniforme a tutti i dipendenti della G4S, in conformità con il manifestato obiettivo di creazione di una forte *corporate identity*. Tale criterio era stato utilizzato, tra gli altri, proprio dai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia *Erweida* (sopra citata) per riscontrare una violazione dell'articolo 9 CEDU, in quanto, la British Airways di cui trattasi, in precedenti casi rispetto a quello oggetto della causa, aveva permesso o comunque tollerato il fatto che singoli dipendenti indossassero segni religiosi visibili.

Con riferimento alla idoneità e necessità dei mezzi, i giudici di Lussemburgo richiedono invece al giudice del rinvio di valutare se, nella scelta tra più misure appropriate, sia stata applicata la meno restrittiva, ovvero di verificare se gli inconvenienti causati da detto divieto non siano sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti.

Sotto questo profilo l'Avvocato Generale fa notare come il divieto in questione non riguardi tanto la religione in quanto tale, ma unicamente la manifestazione esterna della stessa libertà religiosa, resa visibile dall'abbigliamento e perciò un unico aspetto dell'esercizio della religione. Pertanto reputa possa essere preteso un certo grado di riservatezza da un lavoratore, che dipende da una valutazione complessiva di tutte le circostanze rilevanti del singolo caso concreto. In particolare, a tal fine, può essere preso in considerazione il grado di visibilità e vistosità dei simboli religiosi (questo parametro è nuovamente ripreso dalla Sentenza *Erweida*), la posizione di alto livello o meno del lavoratore, nonché tutti gli altri interessi in gioco (v. p.ti 117 ss. delle Conclusioni dell'Avvocato Generale).

In ultimo la Corte chiede di verificare se, tenendo conto dei vincoli inerenti all'impresa, e senza che quest'ultima dovesse sostenere un onere aggiuntivo sproporzionato (v., *ex multis*, Sentenze *Schröder HS Kraftfutter*, C-265/87 e *Jippes e a.*, C-189/01 e *ERG e a.*, C-379/08), si sarebbero potuti prendere provvedimenti meno limitativi della libertà religiosa. Ad esempio, se sarebbe stato possibile per la G4S, di fronte a un rifiuto della dipendente di togliere il velo, proporle un posto di lavoro che non comportasse un contatto visivo con i clienti, invece di procedere al suo licenziamento. Tuttavia va segnalato che, come precisa lo stesso Avvocato Generale, il legislatore dell'Unione prescrive di regola «soluzioni ragionevoli» solo per i disabili, «per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento» (segnatamente articolo 5 della direttiva 2000/78), mentre per quanto riguarda altre caratteristiche correlate ad una disparità di trattamento non esige dai datori di lavoro siffatte soluzioni; seppure ciò non escluda che vengano comunque cercate soluzioni individuali in funzione della situazione concreta (v. p.to 110 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale).

9. – Come da prassi, la Corte di Giustizia demanda al giudice del rinvio la soluzione del caso concreto, tuttavia una peculiarità della pronuncia in esame è che la Corte e lo stesso Avvocato Generale, oltre ad individuare delle linee guida idonee a indirizzare il giudice nazionale nella sua valutazione, anticipano già una sorta di soluzione alternativa del caso.

In primo luogo, nel suggerire al giudice nazionale delle linee guida volte a orientare la decisione, la Corte pare rifarsi in gran parte, come sopra evidenziato, ai criteri utilizzati dalla Corte EDU nella sopracitata controversia *Erweida e altri c. Regno Unito*. Tra questi risultano particolarmente efficaci i riferimenti al criterio di applicazione uniforme della norma, alla vistosità del simbolo e all'incidenza dello stesso sulla prestazione lavorativa.

In un secondo momento si sofferma invece su quella che era la possibilità per la G4S di offrire alla dipendente un posto di lavoro che non comportasse un contatto visivo con i clienti, invece di procedere al suo licenziamento (p.to 43). Così facendo, la Corte propone quindi, implicitamente, l'opportunità di vagliare questa soluzione e disporre una reintegrazione sul posto di lavoro della dipendente con nuove mansioni.

In conclusione, appare apprezzabile lo sforzo profuso dai giudici europei – Corte EDU e Corte di Giustizia – volto ad individuare criteri, dotati di portata generale, per la risoluzione di casi che vedono, nell’ambito di un rapporto di lavoro privato, la necessità di bilanciare la libertà religiosa e di impresa.

Infatti, a fronte di una società sempre più multiculturale e conseguentemente caratterizzata da un crescente pluralismo religioso, è necessario fissare degli *standards* idonei a guidare i giudici nazionali nel dirimere le controversie implicanti una ponderazione di tali interessi, al contempo sensibili e socialmente rilevanti.

Questa pronuncia costituisce certamente un primo ed importante passo in questa direzione.

Interesse pubblico alla salute e presunzione di riservatezza: una questione di prove

di Laura Assunta Scialla

Title: Public Health and presumption of confidentiality: it is a problem of evidence in judicial process

Keywords: Public interest; Health; Right to access.

1. – Negli ultimi anni il tema della trasparenza ha acquisito specifico rilievo nel diritto comunitario. Il diritto di accedere agli atti delle Istituzioni comunitarie assume particolare importanza, perché esso consente la partecipazione dei cittadini ai procedimenti nell'esercizio del diritto di difesa e permette di effettuare agli stessi un controllo democratico sull'operato della Pubblica Amministrazione. La disciplina comunitaria, recentemente, tende a valorizzare in particolar modo questo secondo aspetto. In molte occasioni il giudice comunitario ha sottolineato la rilevanza del principio democratico della trasparenza nell'azione procedimentale delle Istituzioni pubbliche, nonché il ruolo dell'accesso agli atti, ai sensi del regolamento n. 1049, quale diritto teso a legittimare la correttezza dell'operato delle Istituzioni europee «nel consentire che i diversi punti di vista vengano apertamente discussi, contribuisce a conferire alle istituzioni una maggiore legittimità agli occhi dei cittadini europei e ad accrescere la loro fiducia» (cfr. Corte giust., sent. 21-7-2011, C-506/08, *Regno di Svezia c My Travel Group plc e Commissione europea*, punto 113. *Ex multis* E. Guichot Reina, *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Sevilla, 2011; D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1019 ss.). Si afferma, in altri termini, l'idea che la carenza di informazioni e di un possibile dibattito pubblico nei procedimenti, possano essere fonti di incertezze sulla solidità dell'azione amministrativa, sia in termine di legittimità che più propriamente in relazione alla razionalità e proporzionalità (A. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012; A. Marchetti, *Il diritto d'accesso: modelli di enforcement e cause di exemptions nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro (cur.), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, 141 ss.).

Tuttavia, è altrettanto palese che all'ampio consenso manifestato sull'esigenza di maggiore trasparenza, non è corrisposta la chiara e condivisa percezione sulla reale portata del principio, soprattutto a causa dell'incertezza determinata dall'imprecisa elaborazione delle diverse eccezioni previste, e in particolare quelle relative all'interesse pubblico, nelle sue varie espressioni (in tal senso, Tribunale primo grado, sent. 22-5-2012, T-300/10, *Internationaler Hilfsfonds eV c Commissione europea*; Corte giust., sent. 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07 P, *Svezia e a. c API e Commissione*, p.ti 69 e 70; sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, *LPN c Commissione*, punto 40; sent. 29-6-2010, c-139/07, *Commissione c Technische Glaswerke Ilmenau*, p.to 51).

2. – Il tema della sentenza in commento rappresenta un evidente esempio di quanto sia complessa la ricerca di un equilibrio tra le esigenze espresse dal principio di trasparenza e la tutela dell'interesse pubblico, soprattutto in settori particolarmente sensibili, come quello delle informazioni connesse alla salute pubblica. Il caso di specie riguarda l'impugnazione della decisione della Commissione europea del 21 giugno 2012, nella parte in cui aveva negato, ai ricorrenti, l'accesso ad una corrispondenza tra la stessa Istituzione comunitaria e la Repubblica di Germania, nell'ambito della procedura EU Pilot 2070/11/SNCO. Nell'agosto 2010, il figlio dei ricorrenti era deceduto probabilmente a causa di un trattamento terapeutico a base di cellule staminali, somministrato in una clinica privata tedesca; gli stessi presentavano, nel marzo 2011, una denuncia alla DG SANTE della Commissione, per comunicare che le suddette attività terapeutiche erano state compiute senza l'adeguato controllo da parte delle autorità tedesche, responsabili, quindi, ad avviso dei ricorrenti, di aver violato le disposizioni del reg. UE n. 1394/2007 sui medicinali per terapie avanzate, recante modifica della dir. UE n. 83/2001 e del reg. UE n. 726/2004. La Commissione avviava una procedura EU Pilot al fine di accertare tali presunte violazioni, inviando richieste di informazioni alle competenti autorità tedesche. Nei primi mesi del 2012, i ricorrenti chiedevano accesso, alla stregua del reg. n.1049, alle osservazioni presentate dalle autorità tedesche e alle domande di informazioni inviate dalla Commissione. Il 26 marzo 2012, la Commissione riteneva che, in base alle informazioni fornite nella denuncia e alle osservazioni trasmesse dalle autorità tedesche sulle sue domande di chiarimenti, non fosse in grado di constatare l'asserita violazione del reg. n. 1394. Nel giugno 2012, la Commissione negava l'accesso alle richieste di informazioni inviate alle autorità tedesche, sostenendo che, divulgando tali documenti, si sarebbe pregiudicato il corretto svolgimento del procedimento di indagine avviato nei confronti della Germania. L'Istituzione comunitaria non ravvisava nemmeno gli estremi per concedere un accesso soltanto parziale, per l'assenza di interesse pubblico prevalente alla divulgazione dei documenti richiesti, fondando, quindi, la sua decisione sull'eccezione di cui all'articolo 4, paragrafo 2 del reg. n. 1049. Nel settembre 2012, la Commissione comunicava ai ricorrenti che la procedura EU Pilot si era definitivamente conclusa e che, nei confronti dello Stato tedesco, non era stata avviata alcuna procedura di infrazione.

In sostanza la Corte di giustizia, nel caso di specie, si è dovuta pronunciare sulla corretta interpretazione fornita dalla Commissione relativamente all'eccezione dell'interesse pubblico, che deve essere ritenuta sussistente per l'accoglimento della richiesta. Le questioni hanno, quindi, riguardato i criteri di applicazione della presunzione generale di riservatezza dei documenti relativi ad una procedura EU Pilot, costantemente valutate in termini restrittivi (Cfr. Corte giust., sent. 1-2-2007, c-266/05 P, *José Maria Sison c. Consiglio e Commissione*; sent. 1-7-2008, c-39/05 P e c-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*; sent. 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07P, cit.), e la possibilità che tale presunzione potesse concernere anche documenti relativi alla fase precontenziosa del procedimento per inadempimento a quelli relativi ad una procedura EU Pilot. Ciò in base al fatto che di norma l'unico scopo di tale procedura è quello di evitare un ricorso per inadempimento, attraverso una fase preliminare di scambio di informazioni.

Il giudice comunitario ritiene costantemente che la presunzione generale per il diniego può essere applicata soltanto quando si rischia di pregiudicare il risultato delle indagini in corso (Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet presentate nelle cause riunite sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, cit., paragrafo 68). Ed il medesimo principio è applicabile alla procedura EU Pilot, nell'ambito della quale la presunzione generale è essenzialmente dettata dalla necessità di assicurare il suo corretto funzionamento. Ma la questione più delicata concerne la sussistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione delle informazioni. Il Tribunale di I grado, nel caso di specie, aveva ritenuto che le richieste fossero prive di una prova sufficiente. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale è il richiedente che deve fornire la prova dell'esistenza di un interesse pubblico prevalente che giustifichi la divulgazione dei documenti. (Cfr. Corte giust., sent. 29-6-2010, c-139/07, cit., p.to 62; sent. 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07 P, cit., punto 103; sent. 28-6-2012, c-477/10, *Commissione c Agrofert Holding*, punto 68; sent. 14-11-2013, c-14/11 P e c-605/11 P, cit., p.ti 93- 94). Eppure la richiesta si fondava, nel caso di

specie, su argomentazioni di pubblico interesse. I richiedenti, infatti, avevano precisato di voler accedere alla documentazione per comprendere se ed in quale misura la clinica avesse praticato trattamenti sanitari illegali, attraverso l'utilizzo di un medicinale per terapie avanzate non autorizzato.

3. – È noto che la Commissione europea utilizzi la procedura EU Pilot, ai fini della risoluzione dei problemi legati alla corretta trasposizione del diritto comunitario per evitare l'avvio di una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, al ricorrere di talune condizioni, ossia quando in base ai fatti ed alla legislazione nazionale, o per conoscenza diretta o sulla base di una denuncia individuale da parte dei privati o di una interrogazione ad essa rivolta da un membro del Parlamento europeo, non è ben chiaro se il diritto europeo sia stato applicato correttamente o meno. (Cfr. Comunicazione della Commissione, 5-9-2007, intitolata “Un’Europa dei risultati- applicazione del diritto comunitario” [COM (2007) 502 def.]). Richiamando una precedente pronuncia del 2013, la Corte afferma che i documenti afferenti ad un procedimento per inadempimento nel corso della fase precontenziosa possono beneficiare della presunzione generale di riservatezza (Cfr. Corte giust., sent., 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, cit. p.to 40). Il rischio di alterare il carattere del procedimento per inadempimento, di modificarne lo svolgimento o di pregiudicarne gli obiettivi, quindi, c’è. La Corte poi conferma nel merito il giudizio del Tribunale di I grado. A suo avviso i richiedenti avrebbero dovuto infatti addurre ulteriori motivazioni atte a dimostrare che la tutela in oggetto rientrasse nell'ipotesi dell'interesse pubblico prevalente.

In realtà, in casi simili, si è accettata l'idea che un richiedente potesse avvalersi di presunzioni generali applicabili a talune categorie di documenti, anziché esaminare ciascun documento, in modo individuale e concreto prima di negare l'accesso (Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet presentate nelle cause riunite sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, cit., paragrafo 55. In dottrina si rinvia a V. Tinto, *Il diritto di accesso del pubblico agli atti dell'Unione europea*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 748 ss.; F. Giulimondi, *Diritto di accesso e trasparenza: veri baluardi della credibilità delle Istituzioni europee*, in questa *Rivista*, 2015, n.4. Si rinvia anche alle sentenze, 1-7-2008, c-39/05 P e c-52/05 P, cit., p.to 50; 29-6-2010, c-139/07, cit., p.to 54; 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07P, cit., p.to 74; sent. 28-11-2013, c-404/10 P, *Commissione c Éditions Odile Jacob*, punto 116; sent. 28-6-2012, c-477/10 P, cit., p.to 57).

Dette presunzioni non hanno solo l'effetto di delimitare l'ambito di applicazione del principio di trasparenza, decretato dall'art. 11 TUE, dall'art. 15 TFUE e dal reg. n.1049, ma anche quello di limitare di fatto l'accesso a determinate categorie di documenti. Pertanto, il ricorso ad esse deve fondarsi su ragioni solide e convincenti (Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet presentate nelle cause riunite sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11P, cit., paragrafo 57) e le limitazioni e le eccezioni al diritto di accesso devono interpretarsi in maniera restrittiva. Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria, il regime delle eccezioni, previsto dall'art. 4 del reg. n. 1049, e segnatamente dal paragrafo 2 dello stesso, si basa sul bilanciamento degli interessi coinvolti in quella situazione: da un lato, quelli che sarebbero favoriti dalla divulgazione dei documenti in questione e, dall'altro, quelli che, invece, sarebbero minacciati da tale divulgazione. La decisione su una domanda di accesso ai documenti dipende, pertanto, dallo stabilire quale debba essere l'interesse prevalente nel caso di specie (Cfr. Corte giust., sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, cit., p.to 42).

La giurisprudenza della Corte ha individuato i documenti che sono coperti da simile presunzione: i documenti elaborati dalla Commissione nell'ambito delle sue competenze di controllo sugli aiuti di Stato ed in materia di concentrazioni tra imprese e di pratiche anticoncorrenziali (Cfr. Corte giust. sent. 29-6-2010, c-139/07 P, cit., p.to 61; sent. 28-11-2013, c-404/10 P, punto 123; sent. 28-6-2012, c-477/10 P, p.to 64); le memorie depositate da un'istituzione nell'ambito di un procedimento giurisdizionale (Cfr. Corte giust., sent. 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07, cit. p.ti 55 e 94); i documenti afferenti al procedimento per inadempimento nella sua fase precontenziosa (Cfr. Corte giust., sent. 14-

11-2013, c-514/11 P e C-605/11P, p.to 65), nonché i documenti contenuti in un fascicolo relativo a un procedimento a norma dell'art. 101TFUE (Cfr. Corte giust., sent. 27-2-2014, c-365/12P, *Commissione c EnBW*, p.ti 55 e 93). Secondo un orientamento giurisprudenziale del solo Tribunale di primo grado, sono state individuate anche altre tre ulteriori presunzioni generali, riguardanti: le offerte in una procedura di appalto pubblico, quando l'accesso è domandato da uno degli offerenti; i documenti relativi alla procedura cosiddetta "E.U. Pilot"; i documenti trasmessi dalle autorità nazionali garanti della concorrenza alla Commissione a norma dell'art. 11, par. 4, del reg. UE n. 1/2003. (Cfr. Trib. I grado, sent. 13-11-2015, T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth c Commissione*, p.to 65). Le presunzioni riconosciute dalla giurisprudenza del supremo giudice comunitario sembrano principalmente rivolte a tutelare l'esercizio libero ed indipendente dei poteri di controllo della Commissione. Ne consegue che le presunzioni che sono state maggiormente invocate, rientrano nell'ambito dell'eccezione prevista al secondo paragrafo, terzo trattino, dell'art. 4, relativa cioè alla protezione degli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile.

Dagli orientamenti giurisprudenziali e dalla sentenza in commento si evince che l'uso delle presunzioni generali di riservatezza rovescia sul richiedente una *probatio diabolica*: o provare la totale assenza di un pregiudizio per gli interessi protetti dal reg. n. 1049, oppure fornire la prova dell'esistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. È una limitazione del diritto di accesso particolarmente estesa, poiché non è l'interesse privato che deve sussistere e essere dimostrato, quanto piuttosto uno specifico interesse alla trasparenza che sia talmente forte e consistente da superare la segretezza imposta (cfr. L.A. Scialla, *Il difficile bilanciamento tra principio di trasparenza e presunzioni generali di riservatezza. Una delicata questione ancora aperta*, in questa *Rivista*, 2016, n. 4). Nel caso di specie la tutela della salute pubblica, ritenuta dal ricorrente come una questione d'interesse pubblico non è stata ritenuta sufficiente a superare la presunzione generale di riservatezza.

In realtà, la Corte di giustizia non entra nel merito della richiesta, ma sposta la sua indagine esclusivamente sull'onere probatorio. Circostanza che lascia alquanto perplessi se si pensi che i sospetti sulle modalità di cure applicate dalla clinica privata erano alquanto gravi, in considerazione che i coniugi richiedenti avevano subito la morte del proprio figlio, a causa di un probabile utilizzo di farmaci non autorizzati. Non vi è forse un rilevante interesse pubblico nel tentare di fare luce su una circostanza così grave, al fine di evitare che possa ripetersi a danno di altri figli di altri genitori? Se è evidente, da un lato, che la richiesta tendeva soprattutto a verificare se vi fossero state responsabilità della clinica per il decesso del piccolo e quindi i motivi dell'istanza erano strettamente collegati agli interessi dei genitori, è anche vero, dall'altro lato, che la conoscenza delle circostanze richieste, se confermate, avrebbe avuto effetti anche su tutti i potenziali e futuri pazienti della clinica. Né si comprende quali ulteriori argomentazioni avrebbero dovuto addurre i richiedenti, per illustrare la sussistenza di quell'interesse pubblico necessario a superare la presunzione di riservatezza che sembra piuttosto essere in *re ipsa*. Si ha la sensazione allora che, nel caso di specie, mancassero soprattutto le prove dell'effettivo utilizzo di farmaci non autorizzati da parte della clinica privata, circostanza dovuta probabilmente ad una insufficiente argomentazione e carenza di documentazione già nella denuncia inoltrata. Se fosse emerso, anche nella fase precontenziosa, il concreto sospetto di una diversa realtà, allora sarebbe stato differente anche il giudizio sulla rilevanza dell'interesse pubblico

La CGUE sulle esenzioni fiscali a favore della Chiesa cattolica: una decisione coerente con delle premesse discutibili

di Luigi Testa

Title: The ECJ on tax exemptions for the Catholic Church: a decision consistent with questionable premises

Keywords: State aid; Tax exemption; Catholic Church.

1. – Con la sentenza del 27 giugno 2017, causa C-74/16, la Corte di Giustizia ha ritenuto che «un'esenzione fiscale (...) di cui beneficia una congregazione appartenente alla Chiesa cattolica per opere realizzate in un immobile destinato all'esercizio di attività prive di finalità strettamente religiosa, può ricadere sotto il divieto» degli aiuti di stato «se, e nella misura in cui, tali attività siano economiche». La decisione del giudice europeo – che non ha invero gli effetti sistemici che sembra invocare l'Avvocato Generale «sul ruolo della religione e delle comunità religiose in una moderna società europea» (p.to 4), ma molto più *modestamente* statuisce circa la specifica questione sollevata – è, invero, del tutto coerente con l'impianto giurisprudenziale elaborato in materia di aiuti di Stato, e più in generale di concorrenza, e per questo il *decisum* era tutto sommato ampiamente prevedibile. Semmai, qualche perplessità può essere riservata a monte, ossia nelle consolidate convinzioni che la Corte qui impiega come premesse alla sua decisione.

Il procedimento principale è occasionato dal ricorso della *Congregación de Escuelas Pías Provincia de Betania* avverso al diniego di rimborso dell'imposta comunale sulle costruzioni, sugli impianti e sulle opere (ICIO). La pretesa avanzata dalla Congregazione si fondava su un decreto del 2001 del Ministero delle finanze spagnolo (*Orden* del 5 giugno 2001; BOE n. 144, del 16/06/2001, pag. 21427 ss.), ai cui sensi l'imposta qui in rilievo rientrerebbe nell'esenzione totale e permanente dalle imposte reali o di ricchezza prevista a favore degli enti ecclesiastici dall'art. IV dell'Accordo sulle questioni economiche tra Stato spagnolo e Santa Sede, del gennaio 1979. Il decreto, invero, era stato modificato da un successivo eguale atto del Ministero competente, del 2009 (*Orden* del 15 ottobre 2009; BOE n. 254, del 21/10/2009, pag. 88046 ss.), a mente del quale l'esenzione dall'ICIO sarebbe valsa soltanto in relazione ai beni immobili destinati esclusivamente a scopi religiosi, ma tale decreto era stato annullato con sentenza del 2013 della Sezione per il contenzioso amministrativo della *Audiencia Nacional* (ES:AN:2013:5382), confermata *sine glossa* dal *Tribunal Supremo* nel 2014 (ES:TS:2014:4901), provocando la reviviscenza della disciplina del 2001, nel senso della generale esenzione dall'imposta. È forse il caso di precisare – mentre forse sul punto le conclusioni dell'Avvocato Generale e la sentenza della Corte non sono sufficientemente chiare – che la decisione dell'*Audiencia Nacional*, e dunque del *Tribunal Supremo*, non affrontava nel merito il tema della legittimità o meno di un'esenzione anche per le attività diverse da quelle con scopo esclusivamente di culto. Il giudice spagnolo rilevava, piuttosto, un vizio *in procedendo* del decreto ministeriale del 2009, per il quale – trattandosi di un atto non meramente interpretativo, bensì con «un efecto real de innovacion» – il principio di

cooperazione previsto dall'art. VI dell'Accordo del '79 avrebbe richiesto un previo accordo con la Santa Sede. (La precisazione, invero, non è da poco. Quello che il giudice spagnolo ritiene violato è il c.d. principio concordatario, chiamato a presiedere le relazioni tra Stato e Chiesa cattolica in diversi ordinamenti, tra cui, appunto, quello spagnolo. Se in Spagna, tuttavia, tale principio non pare trovare copertura costituzionale, in relazione al caso italiano, mercé l'art. 7 della Costituzione, esso potrebbe a pieno titolo rientrare nei principi supremi che fungono da controlimita alla *primauté* del diritto europeo. Ciò, probabilmente, avrebbe orientato gli esiti della vicenda in senso diverso da quelli cui approda la Corte in relazione al sistema spagnolo).

Invero, la questione oggetto di rinvio non è nuova a Strasburgo. Anzi, la Corte se ne era occupata pochi mesi prima, decidendo con sentenza del settembre del 2016 (*CGUE, sent. 15 settembre 2016, causa T-220/13, Scuola Elementare Maria Montessori Srl c. Commissione europea*). In quel caso, si trattava di valutare la legittimità della decisione della Commissione europea, del 19 dicembre 2012, circa la configurabilità come aiuto di stato dell'esenzione dall'imposta comunale sugli immobili prevista a favore dei beni ecclesiastici dal legislatore italiano (C(2012) 9461). La Commissione riteneva violate le relative norme europee fino al cambio di regime tributario intervenuto del 2012, ma non riusciva a condannare il beneficiario dell'esenzione al rimborso delle somme non versate a causa di una "assoluta impossibilità" di individuare i soggetti passivi d'imposta, legata a peculiarità di funzionamento delle banche dati catastali italiane. La Corte di Giustizia confermava nel merito la decisione della Commissione, non ravvisandone alcuna illegittimità, né per quanto atteneva alla impossibilità del recupero né per quanto riguardava la compatibilità del regime fiscale intervenuto dopo il 2012 col sistema dei Trattati, posto che «il regolamento di attuazione esclude espressamente dal campo di applicazione dell'esenzione dall'IMU le attività che, per loro natura, si pongono in concorrenza con quelle di altri operatori del mercato che perseguono uno scopo di lucro» (p.to 137).

2. – Nel giugno 2017, la Corte si trova invece a poter andare *funditus* nel merito della questione, ad esito della vicenda che si ricostruiva appena sopra, con la decisione che qui si annota. La verifica del giudice europeo si articola nei quattro passaggi ritenuti da orientamento costante necessari a valutare la qualifica di una misura come aiuto di Stato, e in ciascuno di questi passaggi la Corte ha gioco facile a richiamare la sua consolidata giurisprudenza in materia, riproponendola senza innovazioni degne di particolare nota.

Quanto, anzitutto, alla nozione di impresa e di attività economica, il requisito risulterebbe soddisfatto ogni volta in cui si tratti di un'attività normalmente fornita dietro remunerazione, e dunque un'attività *astrattamente* perseguibile con scopo di lucro: tale sarebbe, a dire della Corte, l'insegnamento impartito dalla Congregazione religiosa parte attrice della causa – almeno per quella parte di attività didattica di "insegnamento libero", non sovvenzionato con fondi pubblici. Né avrebbe alcuna incidenza la circostanza che l'attività sia esercitata da una comunità religiosa, precisa la Corte, che qui richiama un suo precedente del 1988 che forse non è proprio a proposito: quella decisione, infatti, si limitava a qualificare come attività economica – ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno lavorativo – quella svolta dal membro di una comunità religiosa nel contesto delle attività *ad extra* a questa riferibili, in cambio della prestazioni da questa garantite per il fabbisogno materiale dei suoi membri (*CGCE, sent. 5 ottobre 1988, causa 196/87, Udo Steymann c. Staatssecretaris van Justice*).

Più pacifiche sono le statuizioni circa l'esistenza di un vantaggio economico selettivo, ossia «un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni di mercato normale», e sulla nozione di «aiuto concesso dallo Stato, ovvero mediante risorse statali». L'esenzione dall'imposta comunale è senza dubbio qualificabile, infatti, come un aiuto "a carico" delle finanze pubbliche, procurando comunque una diminuzione di entrate all'erario – e, peraltro, un aiuto non generalizzato, ma riservato *a priori* ad uno specifico operatore del mercato.

Da ultimo, la Corte risolve positivamente il dubbio circa l'incidenza dell'esenzione sugli scambi tra Stati membri tale da falsare la concorrenza. Il giudice europeo ritiene esistente un "mercato europeo della formazione", ritenendo possibile «che l'esenzione dall'ICIO di cui potrebbe beneficiare la Congregazione abbia come effetto di rendere più attraente la fornitura dei suoi servizi di insegnamento rispetto a quella dei servizi offerti da istituti parimenti operanti sul medesimo mercato» (p.to 81).

Sull'esistenza di una concorrenza nei servizi di formazione aveva prudentemente taciuto la Commissione nella decisione del 2012, la quale – argomentando sullo stesso punto di diritto – aveva fatto piuttosto riferimento ai «servizi ricettivi e sanitari (...) effettivamente aperti alla concorrenza e agli scambi all'interno dell'Unione» (p.to 134). Nella decisione in commento, invece, si dà per presupposto che una apertura alla concorrenza e agli scambi all'interno dell'Unione vi sia anche nel campo dell'istruzione, conformemente a quanto suggerito dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni, il quale arriva ad affermare che nel campo delle formazione «esiste di certo un mercato sul quale prestatori di servizi di dimensioni maggiori ma anche minori possono avere un'attività transfrontaliera» (p.to 80). In realtà, l'affermazione è tutta da verificare. Se non altro, dovrebbe essere fuori dibattito che da quegli «istituti parimenti operanti sul medesimo mercato» di cui parla la Corte, e che sarebbero lesi dall'esenzione a favore della Congregazione, andrebbe sottratto l'operatore statale, o comunque pubblico, che per statuto è esente dall'imposta *de qua*, e andrebbe valutata caso per caso la sottrazione anche delle altre istituzioni *onlus* che svolgono attività di formazione, le quali conoscono esenzioni analoghe. E da tale sottrazione non pare residuerebbe molto.

3. – Come si anticipava in apertura, il contenuto della decisione della Corte si poteva prevedere con una ragionevole dose di certezza, anche alla luce delle determinazioni della Commissione, confermate poi dal giudice europeo, in relazione al caso italiano. La scelta di qualificare come aiuto di Stato un'esenzione fiscale per opere realizzate in un immobile destinato all'esercizio di attività economiche, prive di finalità strettamente religiosa, è, in fondo, del tutto coerente con la giurisprudenza europea precedente, che l'Avvocato Generale si era premurato di ricostruire nelle sue conclusioni generali, e che la Corte fa proprie senza rilevanti scostamenti.

Tra tutti gli elementi della fattispecie valutati dal giudice di Lussemburgo, essenziale è la qualifica dell'attività in questione come di un'attività "economica". Qualora la Corte avesse ritenuto di non poter accedere a questa qualificazione, la questione non avrebbe meritato altro approfondimento – come è, ad esempio, per la medesima attività quando essa sia svolta dallo Stato. Richiamando la sua giurisprudenza sul punto, la Corte precisa – in un *obiter* che tutto sommato insinua dubbi più che confermare certezze – che, pur essendo qualificabile come "attività d'impresa", in quanto generalmente offerta in cambio di una remunerazione, l'offerta di un insegnamento non rientrerebbe nel campo della disciplina europea della concorrenza quando fosse «parte di un sistema di insegnamento pubblico» o comunque finanziato «interamente o prevalentemente, mediante fondi pubblici». Tale esenzione si spiegherebbe non in ragione di un *privilege* aprioristico per lo Stato, quanto piuttosto perché l'attività in questione rientrerebbe nei fini coesenziali al potere pubblico stesso. «Infatti, istituendo e mantenendo un siffatto sistema di insegnamento pubblico (...) lo Stato (...) adempie la propria missione nei settori sociale, culturale e educativo nei confronti della propria popolazione» (p.to 50).

Forse, alla Corte sfugge quali sarebbero le conseguenze della piena affermazione del principio che fa dell'aderenza di una attività svolta dal soggetto pubblico alla "missione" dello Stato un valido criterio per escludere l'applicazione della normativa anti-trust. Si tratta di una formula che lascia una apertura pericolosamente indefinita, essendo lo Stato per definizione un ordinamento a fini generali e liberi; salvo voler ritenere che su questi fini (*vel* su questa missione) vi possa essere un sindacato esterno, ma ciò significa abdicare del tutto al carattere politico dell'ordinamento statale. Per assurdo (ma neanche tanto), qualsiasi regime

di monopolio pubblico, in relazione a qualsiasi attività d'impresa, può rientrare nella "missione" che uno Stato intende darsi.

Il paragone, in chiave di contrapposizione, con la posizione dello Stato, rischia di essere fuori luogo. Anche perché, quanto agli oneri tributari, tra la posizione dello Stato e quella di qualsiasi altro soggetto non è possibile in radice alcuna analogia; venendo al caso di specie: una imposta sugli immobili, di proprietà pubblica, in cui è garantita l'istruzione pubblica, è semplicemente un *nonsense*, se non altro per la circolarità di risorse che innescherebbe.

Anzi, il riferimento del p.to 50 della sentenza alla «missione» del soggetto che svolge l'attività d'impresa *de qua* rischia di introdurre il germe della principale obiezione che può farsi non tanto alla sentenza in commento e alla sua (già indiscussa) coerenza interna, quanto piuttosto alla consolidata posizione della Corte sulla corretta qualificazione della "attività commerciali", che qui – come si diceva – è premessa alla decisione della Corte.

Come è noto, e come già in precedenza richiamato, perché un'attività possa definirsi commerciale ai fini che qui interessano, non è necessario che vi sia un effettivo scopo di lucro, ma è sufficiente che l'attività sia suscettibile di essere svolta a tale scopo. Con il ricorso a questo criterio di *idoneità* e non di *effettività*, riceve, dunque, lo stesso trattamento la medesima attività sia quando essa è svolta con lo scopo deliberato di realizzare un utile sia quando lo scopo è soltanto quello dell'autofinanziamento del servizio erogato – quindi, per dirla in altri termini: sia quando la missione è quella di generare profitto, sia quando, invece, si tratti di una missione esclusivamente sociale (educativa, per tornare al caso di specie).

In realtà, è dubbio che questa impostazione sia sovrapponibile a quella che la Commissione faceva propria nella citata decisione del 2012. Lì, infatti, la Commissione salvava la disciplina italiana intervenuta con la novella del 2012, in quanto essa prevede l'esenzione per le sono attività «prive di scopo di lucro» (p.to 166) – laddove ricorra il rispetto di altri requisiti che qui non interessano. La lettera della normativa italiana fa proprio un criterio di *effettività*, non di *astratta idoneità*, e questo non è contestato dalla Commissione, né, d'altra parte, dalla Corte di Giustizia quando con la sentenza del 15 dicembre 2016 conferma la decisione del 2012, rigettandone i vizi di legittimità. Secondo la Corte, infatti, la normativa italiana entrata in vigore nel 2012 non ricadrebbe nel divieto di aiuti di stato perché «il regolamento di attuazione esclude espressamente dal campo di applicazione dell'esenzione dall'IMU le attività che, per loro natura, si pongono in concorrenza con quelle di altri operatori del mercato che perseguono uno scopo di lucro» (p.to 137).

L'orientamento della Corte nella decisione in commento è invece ben più restrittivo, ritenendo rilevante anche la sola idoneità dell'attività in questione ad essere svolta con scopo di lucro. Il che può anche andar bene se la qualificazione di "attività economica" è in senso teleologico rispetto al *totem* del libero mercato (coerentemente con l'affermazione della Commissione nel 2012 per cui gli aiuti di Stato vanno definiti «in relazione ai loro effetti», al p.to 125): sarebbe tale – in questa prospettiva – ogni attività la cui esenzione dai vincoli della normativa *anti-trust* rischia di recar danno alla concorrenza. Lo scrivono con lucidità anche i primi commentatori della decisione annotata: «Se valutate esclusivamente nella chiave prospettica di una violazione delle regole della concorrenza, probabilmente le conclusioni della Corte sono ineccepibili o, quantomeno, non possono assolutamente ritenersi prive di un solido e ragionevole fondamento (...) E tuttavia la stessa questione appare ben più complessa e articolata se valutata alla luce di parametri ulteriori cui la Corte non ha ritenuto di dover fare riferimento» (A. Licastro, A. Ruggeri, *Diritto concordatario versus diritto euro unitario: a chi spetta la primauté?*, in *www.statoecheme.it*, n. 26/2017, 14-15). Si trascura, infatti, che se un danno alla concorrenza sussiste, questo è compensato dall'offerta agli utenti di un servizio in più, il che assume una rilevanza non poco pregnante laddove si guarda alla natura di questo servizio, dall'alto valore sociale – e, peraltro, di un servizio offerto senza un profitto per l'offerente.

Tra l'altro, nelle denegata ipotesi in cui ciò non basterebbe a poter escludere l'esistenza di una "attività economica", proprio questo valore sociale varrebbe senz'altro a giustificare la natura selettiva dell'aiuto concesso all'attività in questione. Sul punto,

l'Avvocato Generale, nella causa in commento, non si premura di argomentare più di tanto, limitandosi a dire che «le ragioni di un'esenzione fiscale della Chiesa cattolica non emergono né dalla sistematica della normativa fiscale applicabile, né dai principi informativi o basilari del sistema fiscale spagnolo» (p.to 72), e la Corte recepisce adesivamente.

Più interessante è invece quanto la Commissione aveva detto nel 2012 – o meglio: più interessante quanto la Commissione, in quella occasione, aveva sorprendentemente negato. Le autorità italiane, infatti, si erano premurate di mostrare che «il trattamento differenziato delle attività che hanno un alto valore sociale e che sono fornite in un'ottica di interesse sociale rientra nella logica del sistema tributario. Tali attività si ispirerebbero al principio di solidarietà, che è un principio fondamentale della legislazione nazionale e dell'Unione». «Gli enti commerciali interessanti – proseguiva ragionevolmente il Governo italiano – condividerebbero (...) con lo Stato determinati compiti di rilevanza sociale». Per la Commissione, tuttavia, «gli articoli della Costituzione italiana cui fa riferimento l'Italia (...) non si riferiscono ad alcun principio informatore del sistema tributario italiano, ma solo ai principi generali di solidarietà sociale» (p.to 123). Come se ci fosse un compartimento della legislazione nazionale che non dovesse essere informato ai principi generali previsti in Costituzione.

In definitiva, che un'attività *dall'alto valore sociale* sia *astrattamente* realizzabile con scopo di lucro non sembra essere un criterio adeguato per negare la legittimità di un trattamento differenziato. Forse realmente dirimente potrebbe essere la considerazione della “missione” del prestatore – come, senza troppa cognizione, suggerisce la Corte al p.to 50. E, in effetti, non è in discussione che moltissime Congregazioni religiose – riferibili alla Chiesa cattolica, ma non solo, invero – siano nate espressamente con una missione educativa (senza scopo di lucro), a supplire un'istruzione pubblica carente o addirittura assente (o comunque ad offrire un'istruzione *personalizzata* per una fascia di utenti con un comune riferimento religioso: il che resta comunque apprezzabile in una società pluralista). Forse, considerare anche questa peculiare funzione delle istituzioni ecclesiastiche in Spagna – ma, come in Spagna, nei paesi di antica tradizione cristiana –, avrebbe aiutato la Corte ad alzare gli occhi dal tavolo delle sue rigide posizioni mercantilistiche.

Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista

di Pasquale Costanzo

Title: On the Internet, the ECHR continues to play by ear

Keywords: Internet; Defamation; Freedom of expression.

1. – Leggendo *Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia* (Corte Edu, III sez., sent. 9-3-2017, n. 74742/14: tra i primi commenti, cfr. C. Melzi D'Eril, G.E. Vigevani, *Diffamazione, il gestore del sito non risponde se elimina i commenti*, nell'edizione online de *IlSole-24Ore*, 10-3-2017, e M. Iaselli, *Diffamazione: gestore del blog non responsabile dei commenti se li elimina prontamente*, in *Altalex*, 4-4-2017), si ha chiara la percezione di una qualche impasse in cui si trova oggi la Corte Edu nella complessa materia della responsabilità per commenti diffamatori postati sulla Rete (C. Melzi d'Eril e G.E. Vigevani, *Diffamazione*, cit., condivisibilmente individuano nella sentenza «un ulteriore tassello nella così faticosa ricerca di un equilibrio tra la tutela dei diritti della personalità e la libera espressione del pensiero in rete, nonché nell'individuazione dei confini della responsabilità dei soggetti che ivi agiscono»).

Si tratta, in altri termini, del tentativo in atto di dar luogo ad un'ampia libertà di principio per la manifestazione del pensiero in internet (per un'illustrazione di questa tendenza, v. L. Seminara, *Libertà di espressione e internet. Riflessioni sulla sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo Delfi AS c. Estonia*, in *KorEuropa*, n. 3. Sulla più complessiva problematica, v. il denso volume di O. Pollicino, G. Romeo (Eds), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Londra, 2016), attraverso grimaldelli argomentativi capaci di fare breccia anche nel margine di apprezzamento che qui come altrove sembra giocoforza riconoscere agli Stati aderenti alla Convenzione di Roma.

Come pare, del resto, dimostrare la tecnica empirica platealmente impiegata nel caso in esame, un quadro univoco di principi generali risulta abbastanza lontano dall'essersi delineato (sembrerebbero ancora valere le cautele enunciate in *Delfi c. Estonia* – G.C., sent. 16-6-2015, n. 64569/09, variamente e diffusamente commentata; v., per tutti, F. Vecchio, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in *Dir. informaz. informatica*, 2014, 43 ss., e G.E. Vigevani, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4-2-2014 – per cui «in particular considering that this is the first case in which the Court has been called upon to examine a complaint of this type in an evolving field of technological innovation, the Court considers it necessary to delineate the scope of its inquiry in the light of the facts of the present case»).

2. – Ma veniamo brevemente ai fatti. Un cittadino svedese veniva tacciato di appartenere ad un movimento politico neonazista da un articolo “postato” su un blog gestito da una piccola associazione senza scopo di lucro. Il giorno successivo, tra le reazioni all’articolo, un commento rincarava la dose, accusando lo stesso cittadino di essere anche dedito al consumo di hascisc. L’interessato pretendeva la cancellazione sia dell’articolo, sia del commento, che in effetti venivano immediatamente rimossi, mentre un trafiletto di scuse veniva pubblicato sul blog a cura della predetta associazione.

Al fine, tuttavia, di veder riconosciuta la responsabilità del gestore del sito per non essersi attivato da subito per rimuovere il contenuto offensivo e di sentirlo condannare ad un risarcimento sia pure simbolico, il cittadino svedese dava luogo ad un defatigante contenzioso davanti alle Corti del suo Paese, dipanatosi per ben tre gradi di giudizio e conclusosi con un’ulteriore azione di responsabilità nei confronti dello stesso Stato svedese per aver omesso di adottare una legislazione in grado di obbligare le Corti a tutelare quei diritti che sarebbero protetti dall’art. 8 della CEDU.

Soffermandoci altrettanto rapidamente sulle motivazioni che hanno però indotto i vari giudici a rigettare la domanda di condanna ed omettendo alcune questioni formali, che pure hanno contribuito a dilatare i tempi processuali, l’assenza di responsabilità dell’associazione è stata configurata dal primo magistrato sulla base della legge speciale svedese che prevede siffatta responsabilità solo in un tassativo numero di ipotesi, nelle quali peraltro non rientra la diffamazione online (di cui veniva, per altro verso, pacificamente accertata la sussistenza nella specie). Questa posizione è stata pienamente condivisa dal giudice di appello, che ha di conseguenza respinto il gravame, mentre su questa stessa base, la Cassazione ha dichiarato inammissibile l’ulteriore ricorso. Persino più *tranchant* è forse stato il verdetto del Justitiekanslern, adito in via definitiva, il quale ha escluso qualsiasi responsabilità dello Stato richiamandosi proprio alla giurisprudenza della Corte Edu e ritenendo, in particolare, applicabili alla specie i principi enunciati nella già evocata *Delfi AS c. Estonia*.

La Corte europea, nel dichiarare, a sua volta, irricevibile il ricorso del signor Pihl, si è fondamentalmente basata sulla marginale portata dell’evento diffamatorio, talché anche il bilanciamento operato dai giudici svedesi tra la tutela della reputazione dell’interessato e la garanzia della libertà di espressione in Rete è stato ritenuto equilibrato. Opinione, questa, suggerita dalla considerazione delle particolari circostanze di fatto e di diritto del caso, per cui, sotto il primo aspetto, la portata offensiva del blog sarebbe stata limitata in ragione del ristretto numero dei suoi potenziali lettori e dal ben visibile richiamo alla correttezza e alla legalità dei post da parte dei manutentori del sito, la cui buona fede risultava confermata anche dal rapido attivarsi per la rimozione dei contenuti segnalati. Sotto il secondo aspetto, le scelte operate dal legislatore svedese in ordine alla limitazione di responsabilità degli intermediari internetiani per le opinioni illecite manifestate tramite le loro piattaforme sono state stimate senz’altro compatibili con il margine di apprezzamento che la materia consente.

Senza, infine, lasciarsi andare a facili psicologismi, è sembrato affiorare nel ragionamento della Corte anche qualche perplessità per l’animosità giudiziaria nei confronti della piccola associazione *no profit* dimostrata dal ricorrente, che avrebbe, oltretutto, rinunciato a coltivare altri mezzi di tutela. Era stato infatti reso noto l’IP di provenienza del materiale offensivo, ma l’interessato probabilmente per le difficoltà – obiettive – di risalire al responsabile, aveva preferito ripiegare sull’associazione intermediaria, mentre è la stessa Corte a ricordare quanto statuito in *Google Spain and Google* (G.S., sent. 13-5-2014, C-131/12) circa gli adempimenti rimediali che possono essere pretesi nei confronti dei motori di ricerca. L’inclinazione della Corte a mettere in conto anche i comportamenti processuali dei protagonisti delle varie questioni non sembra peraltro nuova proprio nella materia de qua, dato che un apprezzamento del genere si trova anche in *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.Hu Zrt c. Hungary*, per cui «The Court also observes that the injured company never requested the applicants to remove the comments but opted to seek justice directly in court – an element that did not attract any attention in the domestic evaluation of the circumstances» (IV sez., sent. 2-2-2016, n. 22947/13, § 83; su talune reazioni alla decisione, cfr. D. Denti, *Ungheria: Libertà d’espressione online, Budapest condannata a Strasburgo*, in *Eást Journal*, 10-2-2016).

3. – Astraendo ora, comunque, per quanto possibile, dal caso di specie, sembra opportuno interrogarsi sulla collocazione della pronuncia in commento nel quadro della complessiva problematica alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.

In questo senso, è la stessa Corte ad indicare la via, chiarendo espressamente di volersi ricollegare al ridetto caso *Delfi c. Estonia* quanto alla copertura che l'art. 8 della CEDU offrirebbe ai commenti offensivi *de quibus*, sicché se è vero che la garanzia convenzionale resta potenzialmente attiva, non può escludersi che, nei confronti di gestori di piattaforme di blog, la sua messa in atto possa, a livello nazionale comparativamente con altre tutele, essere posposta almeno fino a quando il vulnus alla vita privata di una persona (fisica) non raggiunga un certo livello di gravità.

Tale “esonero” di responsabilità, tuttavia, rispetto a quello già previsto nella disciplina eurounitaria e in quelle nazionali di attuazione per quanto riguarda i cd. intermediari tecnici, risulta in parte diverso ed in parte simile (al proposito, resta inspiegabile la quantità di commenti online e cartacei che, già a partire da *Delfi c. Estonia*, non hanno colto la differenza tra un ISP ed un fornitore/editore di notizie). Diverso perché, per questi ultimi, l'esclusione di responsabilità per quanto pubblicato mercé il loro intervento sulla connessione e/o sulle tecniche di memorizzazione si configura a priori come assoluta, salvo comprovati, diretti, apporti all'illecito od ingiustificata inerzia nel farlo cessare; mentre, per i gestori di un blog, da considerarsi come intermediari di secondo grado, pur valendo analogamente un obbligo di diligenza nel rimuovere prontamente i contenuti contestati (cd. *notice and take down*), la responsabilità risulta da un giudizio a posteriori in funzione della caratteristiche qualitative e quantitative dell'evento.

4. – In quest'ultima prospettiva, la Corte fa anche qui applicazione dei quattro criteri elaborati a partire proprio da *Delfi c. Estonia* ed utilizzati poi in *Magyar Tartalomszolgáltatók*, al fine di allestire un quadro giuridico organico per risolvere con qualche coerenza i conflitti, ormai all'ordine del giorno, tra libertà di manifestazione del pensiero in Rete e tutela della reputazione e della riservatezza personali.

Valendo forse la pena di riassumerli, tali criteri possono – con qualche inevitabile oscillazione da un caso all'altro – essere così identificati:

- I. – Ovviamente il tenore, ma anche il “verso” dei contenuti pubblicati dall'utente (in particolare se le reazioni risultano più o meno sollecitate, magari per promuovere prodotti commerciali). In altri termini, sembra, per questo primo criterio, rilevare il grado di «protagonismo» e di interesse del gestore del sito (blogger e simili) nella raccolta dei commenti, che potrebbe andare da una situazione meramente passiva e attendista ad una attiva ed interventista. Laddove anche il carattere professionale e commerciale del sito andrebbe tenuto nel massimo conto per la valutazione del contesto (*Magyar Tartalomszolgáltatók*, cit., §§ 72 e 73), dal momento che tale specifica caratura del soggetto intermediario dovrebbe farne presumere la capacità di valutare sia il tenore dei contenuti “postati”, sia la loro potenzialità diffusiva (anche a prescindere dall'apposizione di *disclaimer* tendenti a “ribaltare” sugli utenti gli obblighi di correttezza e legalità dei contenuti), sia ancora di attrezzarsi al proposito;
- II. – Le cautele obbiettivamente istituite dall'intermediario, quali ex ante la predisposizione di strumenti di filtraggio o, forse in modo necessario e sufficiente, di automatica ed immediata rimozione di contenuti ritenuti critici – dato che, con riferimento al primo sistema, «this amounts to requiring excessive and impracticable forethought capable of undermining freedom of the right to impart information on the Internet» (*Magyar Tartalomszolgáltatók*, cit., § 82. E ciò persino nel caso di discorsi di odio e violenza, se lo Stato interessato facesse una tale scelta. V. *Delfi c. Estonia*, cit., §159, secondo cui: «Lastly, the Court observes that the applicant company has argued ... that the Court should have due regard to the notice-and-take-down system that it had introduced. If accompanied by effective procedures allowing for rapid response, this system can in the Court's view function in many cases as an appropriate tool for balancing the rights and

interests of all those involved. However, in cases such as the present one, where third-party user comments are in the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, as understood in the Court's case-law ..., the Court considers, as stated above ..., that the rights and interests of others and of society as a whole may entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals, without contravening Article 10 of the Convention, if they fail to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties»), nonché *ex post* la loro effettiva attivazione nel caso concreto;

- III. – L'allocazione dell'addebito per i commenti illeciti anche e/o solo sul soggetto intermediario piuttosto che sull'utente: con la concentrazione dei riflettori sulla responsabilità dell'intermediario quando, a causa di imprevidenza, inefficienza, o scelte tecniche consapevoli, l'identità dei reali autori dei commenti illeciti resti coperta dal velo dell'anonimato;
- IV. – L'impatto e la proporzionalità delle sanzioni irrogate, in primo luogo, sulle condizioni economiche e reputazionali dell'intermediario, derivandone, ad es., l'accettabilità di conseguenze minime e marginali («Based on the concrete assessment of the above aspects ... in particular the extreme nature of the comments in question, the fact that the comments were posted in reaction to an article published by the applicant company on its professionally managed news portal run on a commercial basis, the insufficiency of the measures taken by the applicant company to remove without delay after publication comments amounting to hate speech and speech inciting violence and to ensure a realistic prospect of the authors of such comments being held liable, and the moderate sanction imposed on the applicant company, the Court finds that the domestic courts' imposition of liability on the applicant company was based on relevant and sufficient grounds, having regard to the margin of appreciation afforded to the respondent State» sicché «the measure did not constitute a disproportionate restriction on the applicant company's right to freedom of expression», *Delfi c. Estonia*, cit., §162, e, in secondo luogo, sulla stessa circolazione delle idee e delle informazioni in internet, valutata forse con maggior preoccupazione, dato che «For the Court, these consequences may have, directly or indirectly, a chilling effect on the freedom of expression on the Internet» laddove «This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website» – *Magyar Tartalomszolgáltatók*, cit., § 86).

5. – Tornando ora specificamente sulla sentenza in parola, tra i quattro criteri *Delfi*, un ulteriore rilievo merita probabilmente quello sub I per quanto riguarda i contenuti pubblicati. Qui infatti è con particolare forza ribadito come il principale discrimine passi, per la Corte di Strasburgo, tra commenti ingiuriosi, per così dire, tra privati e commenti, anche diffamatori, ma di portata più generale, incitanti il pubblico all'odio e alla violenza nei confronti di persone, gruppi, minoranze di ogni tipo, ecc. Pur se anche la prima ipotesi non risulta priva di proprie sfumature allorché le valutazioni espresse oscillino tra la vera e propria ingiuria ed il giudizio critico magari espresso in maniera volgare («but the use of vulgar phrases in itself is not decisive in the assessment of an offensive expression. For the Court, style constitutes part of the communication as the form of expression and is as such protected together with the content of the expression») o potenzialmente pregiudizievole per l'attività commerciale svolta, che, quindi, potrebbe trovare ugualmente copertura nell'art. 10 della Convenzione Edu (*Magyar Tartalomszolgáltatók*, cit., § 75).

L'esempio appena sembra ben denotare la particolare fluidità dei criteri *Delfi*. Si osservi ancora al proposito quello sub III, rispetto al quale l'addebitabilità dovrebbe tenere conto del carattere giornalistico dell'attività dell'intermediario (*Magyar Tartalomszolgáltatók*, cit., § 79), che non dovrebbe condurre in automatico a privilegiare i beni protetti dall'art. 8 della Convenzione per la fondamentale ragione che, nella gerarchia dei valori a cui si ispira questo stesso documento, la reputazione e la libertà di espressione (ex art. 10) godrebbero

dello stesso rango, sicché solo un adeguato bilanciamento sorretto da ragioni molto stringenti devono giustificare la preferenza accordata all'una o all'altra.

6. – Non sorprendentemente quindi, come sovente accade in sede di applicazione della CEDU, è l'indagine casistica a fornire gli strumenti interpretativi per la soluzione delle questioni concrete più che le dirette ed immediate deduzioni da principi normativi.

Ciò nonostante, non pare azzardato far riferimento, come si accennava all'inizio, ad un principio informatore forte circa la più ampia libertà di manifestazione del pensiero in internet nella giurisprudenza di Strasburgo, per quanto riguarda la responsabilità in parola. È quanto può trarsi dalla tendenza a scongiurare che la Rete (*id est*: i suoi vari intermediari informativi) diventi il bersaglio grosso (efficacemente M. Iaselli, *Diffamazione*, cit. rileva che «Ancora una volta, quindi, la CEDU cerca di limitare la responsabilità del blogger, tracciandone dei precisi confini, anche in queste difficili circostanze dove la persona offesa di fronte all'impossibilità o comunque difficoltà di individuare l'autore del commento diffamatorio cerca nel blogger il capro espiatorio») di chi più o meno fondatamente pretenda di essere risarcito per i pregiudizi reputazionali subiti. Principio dunque che, se non attinge ai livelli "stratosferici" della Corte Suprema americana, pure sembrerebbe esigere che le altre situazioni protette siano pregiudizialmente poste con esso razionalmente in equilibrio, come esemplarmente si deduce ancora da *Magyar Tartalomszolgáltatók* («The Court considers that the rigid stance of the Hungarian courts reflects a notion of liability which effectively precludes the balancing between the competing rights according to the criteria laid down in the Court's case law» – *Magyar Tartalomszolgáltatók*, cit., § 89).

Ma, come anche qui si accennava, della tenuta precettiva di un tale principio, almeno per il momento e in un "ordinamento" scomposto in altre decine, sembra lecito dubitare, vuoi per la clausola del margine di apprezzamento sovente utilizzato dalla Corte per avallare squilibri protettivi tra i diversi Paesi aderenti, vuoi in definitiva per l'andamento case by case della stessa Corte che fiacca il tentativo di applicazione uniforme dei suoi stessi criteri (analogamente ci pare L. Nannipieri, *L'aggiunta di commenti offensivi in calce ad un articolo di un portale informativo online in una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *mediaLAWs*, 13-1-2014, già con riferimento a *Delfi c. Estonia*, cit.).

Certo si è probabilmente agli esordi di un lungo tragitto: ciò che sconsiglia vivamente prognosi e diagnosi assolute, ma sollecita senz'altro la vigile attenzione dei commentatori.

Surveillance in the workplace: States' positive obligations in the case-law of the European Court of Human Rights

di Elena Yurkina

Title: Sorveglianza sul luogo di lavoro: obblighi positivi degli Stati nella giurisprudenza della Corte Edu

Keywords: Surveillance in workplace; Positive obligations; Private life.

1. – In January 2016 the European Court on Human Rights adopted a judgment in a case concerning the surveillance in the workplace (*Bărbulescu v. Romania* Application no. 61496/08, Merits and Just Satisfaction, 12 January 2016), which later was sent for re-examination by the Grand Chamber. The facts of the case are as follows. The applicant was dismissed from a private company for a breach of internal policy, which prohibited the use of the company's computers for personal purposes. Mr Bărbulescu used his Yahoo Messenger account – which he had installed at the request of the company for client-related communication – to correspond with his fiancée and brother. At some point, the applicant was accused by the company of using that Yahoo account for personal communications. The surveillance revealed that the applicant was having personal communications on both his professional and his personal Yahoo accounts. He was subsequently dismissed. The applicant challenged his dismissal in the domestic courts based on the unlawful monitoring of his computer, in breach of his right to respect for his private life.

The domestic courts ruled against the applicant. Their reasoning was that the company had the right to check the manner in which professional tasks were being completed; the monitoring procedures were transparent as the applicant had been aware of a similar procedure applied to his colleague, who had been dismissed as a result; the necessity of the monitoring was founded on “the possibilities that, through use of the Internet, employees could damage the company's IT systems, or engage in illicit activities in the company's name, or reveal the company's commercial secrets”.

2. – The European Court found no violation of Article 8, on the following grounds. The employer's interference was limited in scope, proportionate and served a legitimate aim – to act as a disciplinary measure for an offence committed by the applicant. The domestic authorities managed to strike a fair balance between the applicant's right to respect for his private life under Article 8 and the interests of the company in ensuring its employees' compliance with their professional obligations during working hours.

In its analysis, the Court distinguished the case in question from its previous cases concerning surveillance in the workplace: namely, *Halford v. the UK* (Application no. 20605/92, Merits and Just Satisfaction, 25 June 1997) and *Copland v. the UK* (Application no. 62617/00, Merits and Just Satisfaction, 3 April 2007).

The *Halford* case concerns interception by the police of the telephone calls of a police officer who sued her local police department for discrimination against her on the grounds of her sex. In this case the applicant had a telephone in her workplace for personal use. She sought assurance from her boss that she had authorisation to use that telephone to discuss her discrimination case with her lawyer. The applicant received such assurance and therefore reasonably expected that her employer would respect her privacy. At some point she was informed by an anonymous that her calls made from her home and her office telephones were intercepted with the primary aim of gathering material to assist in the defence of the sex-discrimination proceedings brought against them. Ms Halford applied to the Interception of Communications Tribunal for an investigation and then brought a complaint to the European Court. The Court found a violation of Article 8 since the domestic law did not provide adequate protection to Ms Halford against interferences by the police with her right to respect for her private life and correspondence.

In *Copland v. the UK*, the ECHR ruled that Article 8 was breached when an employer monitored the applicant's phone calls, e-mails and Internet use in the workplace to determine whether she was using workplace tools excessively for personal purposes in the absence of any internal regulation.

Thus, the main distinction between those cases and the *Bărbulescu* case is that in those cases the applicants had reasonable expectation of privacy because the personal use of professional technical equipment was allowed, or at least tolerated, by their employers. Such reasonable expectation may arise in the absence of any prior warning of monitoring of computers or telephones in the workplace (*Bărbulescu v. Romania*, Supra n 1, at paras 38 and 39). In the *Bărbulescu* case, the applicant was aware of the company's internal policy prohibiting employees from using computers for their personal purposes.

3. – The important issue here is whether work-related correspondence falls under protection from interception. The Government argued among other things that the case was inadmissible as the applicant had declared that his Yahoo account contained only his professional correspondence, which, according to the Government, was not covered by Article 8.

The Court did not accept that argument and pointed out that communication from the workplace fell within the scope of Article 8, with reference to the cases of *Halford v. the UK*, *Copland v. the UK* and *Amann v. Switzerland* (Application no. 27798/95, Merits and Just Satisfaction, 16 February 2000). However, in those cases the interference concerned personal communication, while the Government argued that in *Bărbulescu* it concerned professional communication. This is an important nuance: should professional and personal correspondence and communication enjoy the same level of protection? Unfortunately, the *Bărbulescu* judgment omits the respective analysis and the Court simply concluded that all correspondence is covered by Article 8. However, it may be assumed that the level of protection may vary depending on whether the communication is personal or professional. If professional and personal correspondence enjoy the same level of protection, a reasoned explanation of that approach would be very helpful in understanding the legal aspects of surveillance in the workplace.

4. – In its admissibility analysis, the Court stated that the decisive factors of the admissibility of such cases are (i) whether an employee had a reasonable expectation of privacy (which is the case if the employee was not notified of the monitoring beforehand) and (ii) whether personal communication was tolerated by the company (*Bărbulescu v. Romania*, Supra n 1, at para 42). It follows from this approach that if no personal communication is allowed and the person was notified of the possible monitoring of his or her communications, an application to the European Court would be inadmissible. However, the Court decided that the case was admissible, even though the parties disagreed as to whether the applicant had been notified of the monitoring before the company had started it (*Bărbulescu v. Romania*, Supra n 1, at

para 43). Does this mean that the absence of prior notification in fact is not decisive for the admissibility of the case? It appears that a clear position of the Court as to the admissibility factors is absent from the judgment.

It is not clear whether these two factors (employer's tolerance and notification of the employee) were present in the case. Following the logic of the Court in absence of any of these factors the application should be declared inadmissible. However, in this case the Court did not find out whether both factors were present and proceeded to examine the case on the merits. It may appear to be contradictory.

Some commentators (S. Peers, *Is Workplace Privacy Dead? Comments on the Barbulescu judgment*, in *EU Law Analysis*, available at eulawanalysis.blogspot.fr, accessed 2-9-2016) argue that the crucial distinction between this case and the previous case-law on surveillance in the workplace was not the employer's tolerance, but the absence of notification of the monitoring. «That's a crucial distinction because it's not clear whether the employee knew about the surveillance in this case ... Of course, the point has much broader relevance: there may be many other employers in Europe which have a blanket ban on employee use of the Internet, but which have not informed their employees about surveillance. Is that failure to inform crucial (*Copland*), or (apparently) not (*Bărbulescu*)? Or is it only crucial where the private use of employer equipment is not banned?» (Steve Peers, *ibid.*). It appears that internal regulations which place a blanket ban on personal use of the Internet in the workplace cannot justify the interception of personal messages and specific warning of monitoring should be given before its commencement. Otherwise, any employer could monitor any employee's correspondence merely on the basis of the relevant provision of the internal regulations. This could give employers total control. Unfortunately, the Court left the question of prior notification unanswered and did not underline the importance of such notification.

It appears from the facts of the case that the applicant had two Yahoo accounts: one, professional, installed at the request of the employer (*Bărbulescu v. Romania*, *supra* n. 1, at para 6), and another, private one (par. 31). The company monitored both of them. The Court did not examine the issue of the monitoring of the personal account and only looked into the question of the monitoring of the applicant's professional account: «The Court must therefore examine whether in the present case the applicant had a reasonable expectation of privacy when communicating from the Yahoo Messenger account that he had registered at his employer's request» (par. 38). But what about his personal Yahoo Messenger account? Should the applicant have had an expectation of privacy in its regard? If the question is asked in a broader way, is communication from personal messengers or mail boxes in the workplace covered by the right to privacy? And, if it is prohibited to use the Internet for personal purposes, is no protection of personal communication to be expected? Can the right to privacy at the workplace be denied so easily if a company has internal regulations prohibiting to use the Internet for personal purposes?

5. – In the *Bărbulescu* case, the Court verified how the applicant's right to respect for his private life under Article 8 was balanced against the interest of the company in verifying that its employees were discharging their professional duties during working hours.

Certain commentators criticise the judgment because it did not explicitly consider all the criteria laid down in paragraph 2 of Article 8 of the Convention. In particular, the Court did not explain why the interference was 'in accordance with the law'. In fact, the threefold test of interference (an interference should be (1) based on law, (2) pursue a legitimate aim of public interest (3) be necessary, and proportionate) is applied to cases concerning negative obligations of the States. In positive obligation cases, however, this test is not used as the interference is not performed by the State but rather by a third party. The State's role in such cases is only to ensure that human rights are protected in private relationships. In cases concerning positive obligations, the Court applies a twofold test: «[...] the European Court has had to devise a specific method for reviewing compliance with positive obligations, being unable to apply in full the methods envisaged by the Convention for reviewing interference»

(Jean-François Akandji-Kombe *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2007, 19).

The twofold test applied to positive obligation cases comprises the following elements. First, the Court examines the justifications for the domestic authorities' actions, i.e. whether there was a legitimate general interest. Secondly, it reviews the appropriateness of the State's conduct, which is analogous to the review of necessity and proportionality in the test applied to cases where States interfere with human rights. The Court applied the twofold test and came to the conclusion that there had been a fair balance between the applicant's right to respect for his private life and the interests of the company.

6. – It appears that the domestic courts balanced the right to respect for private life against different legitimate interests: professional discipline and protection of the company's IT system. As mentioned in the judgment, the first-instance court stated that «[s]ome of the reasons that make the employer's checks necessary are the possibilities that through use of the Internet employees could damage the company's IT systems, or engage in illicit activities in the company's name, or reveal the company's commercial secrets» (*Bărbulescu v. Romania*, Supra n 1, at para 10). In the final judgment, the national court stated that «... it cannot be held that ...] the proper balance between the need to protect [the applicant's] private life and the right of the employer to supervise the functioning of its business was not struck» (*Bărbulescu v. Romania*, Supra n 1, at para 10). The European Court in its turn analysed the appropriateness of the interference as balanced against the general interest of the company to maintain discipline: «the Court finds that it is not unreasonable for an employer to want to verify that the employees are completing their professional tasks during working hours» (para. 59). As to the interest of the employer in maintaining its IT system undamaged, the Court only stated that no damage had been done: «it is true that it had not been claimed that the applicant had caused actual damage to his employer». Why did the Court refrain from balancing the need for the interference against all the interests of the company which were mentioned in the proceedings at the national level? Why did the Court neglect to balance the interference against the need to protect the IT system from harm? Moreover, the interest of maintaining discipline in the company may be open to criticism from the point of view of balancing that interest against the right to personal privacy. Can the requirement of discipline justify interference in personal life? If so, to what extent?

Yet another question is whether the employer must have a real suspicion of a breach of discipline before starting to monitor its employees? Or should companies be able to randomly monitor all their employees for the sake of checking on discipline? Probably not, as stated by Judge Pinto De Albuquerque in his partly dissenting opinion: «... only targeted surveillance based on well founded suspicions is admissible» (Para. 13 of the partly dissenting opinion of Judge Pinto De Albuquerque to the *Bărbulescu judgment*)

7. – On the basis of some of the arguments set out above, it appears that clearer, stricter rules on corporate surveillance of employees should be adopted by State parties to the ECHR. Otherwise, a general ban on personal communications at work could allow corporations to carry out unrestricted surveillance.

One of the main instruments in the European Union regulating personal data is the Directive 95/46/EC (Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [1995] OL J 281) which provides for instruction to the Member States to prohibit processing of personal data (*Bărbulescu v. Romania*, supra n 1, at para 18) and establishes a Data Protection Working Party ('DPWP') in order to examine the issue of surveillance of electronic communications in the workplace and to evaluate the implications of data protection for employees and employers. DPWP, an independent EU advisory body, in May 2002 produced the Working document on the surveillance and the monitoring of electronic communications in the

workplace. The document offers a list of four tests that any monitoring measure must pass: transparency, necessity, fairness and proportionality. Had these criteria been applied to the *Bărbulescu* case, the monitoring would not have passed the test.

First, transparency: transparency means that employees should be informed of any monitoring before it is carried out. As mentioned in section 0 above, the parties disagreed as to whether the applicant had been notified of the monitoring of his Yahoo account prior to the monitoring. It also appears that no notification of the monitoring of the private Yahoo account was given to the employee.

Secondly, necessity: again, there is the question of why the monitoring of the applicant's communications was necessary. The issue of the necessity of the monitoring is examined in section 0 above.

Thirdly, fairness: in relation to this point, the remarks of Steve Peers may be used as an illustration. «[I]n the presentation of the facts (at para 7), the accusation that the employee was using work equipment for personal reasons was based on placing him under surveillance. In other words, he was put under surveillance first. This isn't a minor quibble, because it raises an important question of whether employers which impose a general ban on the private use of work equipment have a general prerogative to place their employees under surveillance, or whether there must be some specific reason (such as the employee's denial of an accusation to that effect) to do so» (Steve Peers, *supra*).

How to guarantee that corporations act fairly when using their right to monitor employees' use of the Internet? As rightly stated by Judge Pinto De Albuquerque in his partly dissenting opinion, with reference to the Working party Working Document, «a blanket ban on personal use of the Internet by employees is inadmissible, as is any policy of blanket, automatic, continuous monitoring of Internet usage by employees» (Dissenting opinion, para 11). «Before implementing any concrete monitoring measure, the employer should assess whether the benefits of that measure outweigh the adverse impact on the right to privacy of the concerned employee and of third persons who communicate with him or her» (Dissenting opinion, para 11).

Fourthly, proportionality: the question here is who should decide whether the interference is proportionate? Can an assessment of proportionality made by a company which monitors its employees be considered as impartial? In this regard, an argument put forward by Judge Pinto De Albuquerque is very pertinent: «Unconsented collection, access and analysis of the employee's communications, including metadata, may be permitted only exceptionally, with judicial authorisation, since employees suspected of policy breaches in disciplinary or civil proceedings must not be treated less fairly than presumed offenders in criminal procedure. Only targeted surveillance in respect of well-founded suspicions of policy violations is admissible, with general, unrestricted monitoring being manifestly excessive snooping on employees» (Dissenting opinion, para 11).

Indeed, if monitoring by States requires court authorisation, why should corporations be able to do it without any independent control? Should there be control by an independent body, such as a trade union, for example? How can we guarantee that the data collected will not be used for purposes other than those for which they were collected?

8. – Judge Pinto De Albuquerque raises another issue in his Dissenting opinion: «the transcripts of the messages in the applicant's personal account were made available to the applicant's colleagues and even discussed by them: Even if one were to accept that the interference with the applicant's right to respect for private life was justified in this case, which it was not, the employer did not take the necessary precautionary measures to ensure that the highly sensitive messages were restricted to the disciplinary proceedings. In other words, the employer's interference went far beyond what was necessary» (Dissenting opinion, para 20).

Yet another point to be considered by the Grand Chamber.

One of the Court's arguments in the case is that the domestic courts did not ground their conclusions on the content of the messages (Dissenting opinion, para 58). This means

that the content was not decisive for the national courts. Neither was it for the European Court. Why then was the information about the content of the messages, specifically sex and health related issues of the applicant mentioned in the judgment? (Dissenting opinion, para 58) Especially taking into account that such information is sensitive for every person who is the subject of it. It may be presumed that the content of the messages is disclosed in the judgment in order to specify the kind of data concerned, as there are special requirements when sensitive data is processed, and sensitive data includes sex and health issues (see whereas 10 and articles 2 and 8, Directive 95/46/EC). According to Steve Peers: «Another issue is that some of the data concerned the employee's health and sex life. EU law prohibits processing this and other 'sensitive' personal data. But this prohibition is a legal fiction, as in fact a number of grounds for processing sensitive data are permitted. In practice, it's more accurate to say that it's harder to justify processing such data. Applying that rule to this case, the Directive states that such data can be processed if 'necessary' to carry out the employer's obligations and rights 'in the specific field of employment law', if that is 'authorized by national law providing for adequate safeguards'. It's hard to know if these criteria were met in this case» (Steve Peers, *supra*).

The judgment does not contain an analysis related to special protection of sensitive personal data which would excuse such mention of the content of the applicant's personal messages. Should the European Court itself have refrained from touching upon the content of the messages by merely mentioning that the messages contained intimate or sensitive or very personal information? Is this a good example of the protection of personal life enshrined in Article 8 of the Convention?

9. – Today many employees use the Internet and communication programs, including e-mails, outside their working hours and office premises for work-related purposes. In such circumstances is it possible to limit the use of the Internet by employees to strictly professional purposes?

778

As stated by Judge Pinto De Albuquerque «Internet surveillance in the workplace is not at the employer's discretionary power. In a time when technology has blurred the dividing line between work life and private life, and some employers allow the use of company-owned equipment for employees» personal purposes, others allow employees to use their own equipment for work-related matters and still other employers permit both, the employer's right to maintain a compliant workplace and the employee's obligation to complete his or her professional tasks adequately does not justify unfettered control of the employee's expression on the Internet (Dissenting opinion, para 4).

Indeed, how can an employer expect employees not to use work equipment for personal purposes and at the same time require them to set up a messaging service designed for personal correspondence for professional use? Is there a balance?

The United Nations' Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression stated in his report on the use of encryption and anonymity in digital communications that «As e-mail, instant-messaging, Voice-over-Internet Protocols, videoconferencing and social media moved from niche services to predominant and easily monitored modes of communication, individuals developed a need for security online, so that they could seek, receive and impart information without the risk of repercussions, disclosure, surveillance... A common thread in the law is that, because the rights to privacy and to freedom of expression are so foundational to human dignity and democratic governance, limitations must be narrowly drawn, established by law and applied strictly and only in exceptional circumstances. In a digital age, protecting such rights demands exceptional vigilance» (David Kaye, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/HRC/29/32, 22 May 2015, available at www.ohchr.org).

It is thus crucial that individuals should enjoy privacy on line and that Governments should provide for this in law and policy.

There is an opportunity to lay down clearer guidelines in this domain. It is hoped that the Grand Chamber will clarify the limits of companies' surveillance of their employees and set out clear principles on the conditions of the legitimacy of surveillance. These could be based on existing regulations, such as those of the Working Party, and would not be less strict than the requirements applicable to surveillance by the State. If this is not done, there will be a loophole which could be used to the detriment of the protection of human rights and, in particular, to respect for privacy.

Il Conseil Constitutionnel avalla il CETA: la Francia procede speditamente verso la ratifica?

di Giuliaserena Stegher

Title: The Conseil Constitutionnel validates the CETA: Does France proceed to ratify?

Keywords: Trade Agreement; Parliamentary opposition; Constitutional Council.

1. – Con la decisione n. 2017-749 DC del 31 luglio 2017, il Consiglio costituzionale si è pronunciato su un ricorso presentato da oltre un centinaio di deputati sull'Accordo economico e commerciale globale (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, cd. "CETA") tra l'Unione europea e il Canada, in virtù dell'articolo 54 della Costituzione, che impedisce l'autorizzazione alla ratifica o l'approvazione di un impegno internazionale qualora questo comporti una clausola contraria alla Costituzione. Nel caso in cui si volesse proseguire in tal senso, si impone come necessaria un'opportuna revisione della Costituzione.

L'Accordo questionato, firmato il 30 ottobre 2016 ed approvato dal Parlamento europeo il 15 febbraio 2017, ha come precipua finalità quella di eliminare quasi del tutto i dazi doganali, da intendersi come ostacoli alla libera circolazione delle merci, nonché implementare il commercio di servizi, gli investimenti, gli appalti pubblici e lo sviluppo sostenibile. Ciò dovrebbe avvenire, qualora il Ceta entrasse in vigore, sulla base di norme chiare e vantaggiose per entrambe le parti, sia per quanto riguarda il commercio sia relativamente agli investimenti, giacché l'accordo è molto ampio. Lo stesso si articola infatti in 30 capitoli, cui si aggiungono uno strumento interpretativo comune, trentotto dichiarazioni e gli allegati (i documenti aggiuntivi sono da considerarsi parte integrante dell'Accordo secondo quanto previsto espressamente previsto dall'articolo 30.1 del Ceta).

Il Consiglio costituzionale, chiamato a pronunciarsi sull'eventuale presenza nell'Accordo di una clausola contraria alla Costituzione francese, lo ha ritenuto a questa compatibile, decretando che l'assenso della Francia non richieda l'avvio di procedimenti di revisione costituzionale.

Come è ben noto, la Francia fa parte dell'Unione europea e, con la riforma costituzionale di ampio respiro del 2008 (loi constitutionnelle n. 2008-724 du 23 juillet 2008 "de modernisation des institutions de la Ve République"), è stato introdotto l'art. 88-1, in virtù del quale è stata riconosciuta la sua partecipazione all'ente sovranazionale, composto "da Stati che hanno scelto liberamente di esercitare in comune alcune delle loro competenze ai sensi del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quali risultano dal trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007". Sebbene con tale formulazione si è dato formalmente avvio al processo di integrazione tra i due ordinamenti (l'uno francese, l'altro sovranazionale), nel caso in cui gli impegni derivanti dalla partecipazione all'organismo europeo dovessero comportare l'adozione di una clausola contraria alla Costituzione, oppure violare i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti o ancora inficiare le condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale, l'autorizzazione a ratificare i trattati impone necessariamente di intraprendere un

procedimento di revisione aggravato. In ragione di ciò, a febbraio 2017, un cospicuo numero di deputati – ben oltre il numero minimo richiesto dalla previsione costituzionale – ha presentato ricorso avverso al Consiglio costituzionale contro la ratifica del Ceta da parte della Francia.

È doveroso premettere, così come nell'incipit della decisione, che il Ceta rappresenta una novità rispetto al passato, giacché trattasi di un accordo di tipo misto, ossia un accordo che vede il coinvolgimento sia materie di competenza esclusiva dell'Unione, derivanti da trasferimenti di potestà legislativa già attuati da trattati sottoscritti dalla Francia in passato, sia quelle di competenza degli Stati. A tal ragione, l'organo di garanzia costituzionale ha constatato che nelle materie in cui l'Unione ha competenza esclusiva non vi è il coinvolgimento di alcuna regola o principio; mentre, per quanto concerne le materie che rientrano in una competenza condivisa tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, si è limitato a verificare la compatibilità delle disposizioni del Ceta questionate.

Nel ricorso, i deputati ricorrenti sottolineano come molte disposizioni del Trattato violino principi e libertà costituzionali e, in particolare, che: 1) le disposizioni del Trattato che incidono sull'elaborazione di norme nazionali ovvero che conferiscono a terzi o ad enti esterni all'ordinamento giuridico francese e europeo un potere di definire obblighi che si possono ripercuotere negativamente sullo Stato francese, incidono sulle norme nazionali vigenti e violano quindi le condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale; 2) il meccanismo di risoluzione delle controversie è configurato in modo tale da comportare beneficio solo per gli investitori esteri, influenzando le condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale ed in contrasto non solo con quanto sancito dall'articolo 88-1 Cost. (per cui la Francia “partecipa all'Unione europea, costituita da Stati che hanno scelto liberamente di esercitare in comune alcune delle loro competenze in virtù del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quali risultanti dal trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007”), ma anche in conflitto con il principio di indipendenza e imparzialità dei giudici; 3) le disposizioni del Secondo quanto disposto dall'art. 88-1 la Francia “partecipa all'Unione europea, costituita da Stati che hanno scelto liberamente di esercitare in comune alcune delle loro competenze in virtù del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quali risultanti dal trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007”, Trattati che conferiscono ai potenziali investitori canadesi taluni diritti speciali rispetto agli investitori francesi o di altra nazionalità, nonché le disposizioni relative alla procedura di risoluzione delle controversie a loro riservata, violano il principio di uguaglianza dinnanzi alla legge; 4) il Trattato pregiudica il principio di precauzione, dal momento che se da un lato lo stesso non consentirebbe agli Stati membri e all'Unione europea di avvalersi di questo principio nei confronti del Canada, dei suoi investitori e dei diversi organi e/o istituti previsti nel testo; dall'altro imporrebbe di riferirsi esclusivamente a norme internazionali che non riconoscono questo principio; e 5) che le condizioni per la cessazione del Trattato e la sua applicazione provvisoria inficiano sull'esercizio della sovranità nazionale. In ragione di tali premesse, quindi, i ricorrenti hanno basato le fondamenta del ricorso ([Saisine par 60 députés - 2017-749 DC](#)) su quattro motivazioni: le “condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale”, il “principio di indipendenza e l'imparzialità dei giudici”, il “principio di uguaglianza dinnanzi alla legge” e la “non conformità rispetto al principio di precauzione”.

Relativamente al primo punto questionato, nonostante i ricorrenti abbiano sottolineato come il Ceta introduca norme vincolanti per l'elaborazione di norme di diritto interno in misura tale da incidere sulle condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale, come emerge dalla decisione, il Consiglio non ha ritenuto che l'Accordo possa mettere in discussione uno dei principi fondamentali, ossia quello del “l'identità costituzionale della Francia”, su cui lo stesso si riserva il diritto di decidere in seguito su eventuali e futuri trattati commerciali conclusi dall'Unione europea. In merito a ciò, è opportuno ricordare come, nell'ordinamento francese, il principio di sovranità sia richiamato in fondamentali documenti: innanzitutto nel preambolo della Costituzione del 1958, giacché *ivi* si afferma che il popolo francese proclama solennemente “il suo impegno per i diritti umani e dei principi della sovranità nazionale come definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal il preambolo della Costituzione 1946”. In secondo luogo, è doveroso richiamare l'articolo

3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, in ragione del quale "il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione". Inoltre, il primo comma dell'art. 3 del testo costituzionale del 1958 sancisce che "la sovranità nazionale appartiene al popolo che la esercita attraverso i loro rappresentanti e mediante referendum". Eventuali limitazioni di sovranità sono giustificate in ragione di quanto sancito dal preambolo della Costituzione del 1946, per cui l'ordinamento francese si conforma "alle norme del diritto internazionale pubblico" e che in "condizione di reciprocità" la Francia tali limitazioni se necessarie "per l'organizzazione e la difesa della pace".

Per quanto riguarda il rispetto del summenzionato articolo 88-1 della Costituzione, non spetta al Consiglio costituzionale, ai sensi dell'articolo 54 della Costituzione, esaminare la compatibilità di un impegno internazionale con altri impegni (sia di ordine internazionale che europeo) della Francia. L'interpretazione offerta dall'art. 88-1 della Costituzione, infatti, non introduce la competenza a riesaminare la compatibilità di un obbligo internazionale con le disposizioni dei trattati di cui all'articolo stesso. Pertanto, dal momento che non spetta al Consiglio siffatto potere, la supposta violazione del suddetto articolo è da considerarsi respinta.

Altro punto molto controverso e che ha generato aspre critiche – non solo in Francia, ma anche in altri Paesi come la Germania, ove è stato presentato un ricorso al *Bundesverfassungsgericht* che ha richiesto formalmente in sede di definizione del testo dell'Accordo l'inserimento di talune clausole –, è il meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitori e gli Stati membri previsto dal Ceta (cd. *Investor-State Dispute Settlement*, ISDS). Proprio con riferimento a ciò, i ricorrenti ne hanno contestato la costituzionalità, invocando la rottura del principio di uguaglianza dinnanzi alla legge, dal momento che secondo i più strenui oppositori l'introduzione di un siffatto meccanismo di mediazione, che innesta nelle procedure tipiche degli arbitrati elementi di carattere prettamente giurisdizionale, potrebbe avvantaggiare esclusivamente gli investitori esteri privati. Questi ultimi, nel caso in cui ritengano che le decisioni pubbliche assunte dagli Stati siano in contrasto con gli obblighi derivanti dall'Accordo, possono citarli in giudizio causando, secondo i ricorrenti, ingenti danni agli stessi Stati, vittime passive di uno strumento non adeguatamente analizzato e strutturato. (In particolare associazioni quali la *Foodwatch*, *l'Institut Veblen* e la *Fondation Nicolas Hulot pour la nature et l'homme* ritengono che la rottura del principio costituzionale di uguaglianza derivi dal fatto che le imprese francesi siano ingiustamente escluse dall'accesso a tale organo giurisdizionale).

Ragion per cui, i deputati ritengono il meccanismo totalmente fallimentare – nonché contrario alla Costituzione – per due ordini di ragioni: da un lato perché consente agli investitori canadesi di sfuggire alla giurisdizione francese, ponendosi in una posizione privilegiata e, d'altra, perché in tal modo si viola la competenza esclusiva della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Il *Conseil*, sulla base di quanto previsto dall'Accordo, ha però ritenuto che la finalità di tale organismo sia quella di contribuire alla protezione degli investimenti negli Stati aderenti, che il suo campo di applicazione sia espressamente determinato dal Ceta e che le regole che ne disciplinano il funzionamento siano da ritenersi adeguate e bilanciate. Pertanto, in considerazione di quanto puntualmente disciplinano dall'art. 8.39 dell'Accordo, non sussistono dubbi circa il fatto che i poteri spettanti al Tribunale siano esclusivamente circoscritti all'eventuale ingiunzione di pagamento di danni pecuniari e alla restituzione di beni. Non rientrano dunque tra i poteri dello stesso organo giurisdizionale quelli di interpretare o annullare eventuali decisioni assunte dai singoli Stati membri.

Tra l'altro, si legge nella decisione, non solo il numero di membri del Tribunale designati dall'Unione è maggiore rispetto a quello spettante al Canada (i 15 membri saranno nominati da un comitato misto CETA al momento dell'entrata in vigore dell'Accordo secondo quanto disciplinato dal capo 8 sezione F); ma anche che qualsiasi controversia, se necessario, può essere rinviata al giudice nazionale. Più che altro sarebbe utile approfondire l'eventuale determinazione di meccanismi finalizzati ad evitare l'ingenerarsi di conflitti e/o divergenze tra il Tribunale stabilito dall'Accordo e le singole Corti nazionali. Tra l'altro, non si esclude, dal momento che non rientra nell'ambito di applicazione del Ceta, che gli

investitori stranieri possano citare in giudizio la controparte in caso di controversia dinanzi al giudice nazionale piuttosto che presso l'organo giurisdizionale solennizzato nell'Accordo. Pertanto, il Consiglio, tenendo conto dell'oggetto del Ceta, della composizione e delle competenze attribuite al Tribunale, ma più in generale del meccanismo di risoluzione delle controversie, ha ritenuto che le disposizioni questionate non incidono sulle condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale.

Inoltre, il Consiglio ha sconfessato la posizione dei ricorrenti, per i quali le disposizioni chiamate a disciplinare il Tribunale inficiano anche sul principio di eguaglianza. Secondo i giudici costituzionali, non solo le norme previste nel Ceta creano un quadro protettivo per gli investitori francesi in Canada, ma consentono altresì di attirare investimenti canadesi sul suolo francese (parr. 35 e ss.). Da queste premesse, dunque, i giudici hanno ritenuto non solo che il "principio di uguaglianza" non ne risulti violato, ma che l'Accordo "non ignora le condizioni per l'esercizio della sovranità nazionale".

Per quanto riguarda invece il rispetto dei principi di indipendenza e di imparzialità, il Consiglio, richiamando l'art. 16 della Dichiarazione del 1789 (per cui "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una Costituzione"), ha ritenuto che suddetti principi, da considerarsi inseparabili dall'esercizio delle funzioni giudiziarie, non risultano violati da quanto sancito dagli articoli 8.27 8.30 del Ceta, rispettivamente attinenti alla costituzione del Tribunale alle norme etiche per la nomina di giudici.

Relativamente al principio di precauzione (parr. 54 e ss.), invece, è stato evidenziato nel ricorso come questo non sia stato considerato in nessuna parte dell'Accordo, sebbene lo stesso sia disciplinato dall'articolo 5 della Carta per l'ambiente ed abbia quindi valore costituzionale. Il Consiglio costituzionale, nel pronunciarsi nel merito della questione, ha però ritenuto che tale principio sia riconosciuto implicitamente, richiamando in proposito l'articolo 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Ribadendone il suo valore costituzionale e richiamando gli impegni assunti da ambedue le parti nel capitolo 22 del Ceta – concernenti il commercio e lo sviluppo sostenibile – il *Conseil* ha ritenuto che la mancanza di una menzione esplicita del principio di precauzione nelle disposizioni del testo dell'Accordo – che rientrano in una competenza condivisa tra l'Unione europea e gli Stati membri – non sia da considerare come una violazione del principio stesso. I giudici costituzionali sono andati oltre e, con l'obiettivo di avvalorare la tesi appena esposta, hanno richiamato altresì il comma 2 dell'art. 24.8 del Ceta, che sancisce "le parti riconoscono che, laddove esista il rischio di danni gravi o irreversibili, la mancanza di una certezza scientifica assoluta non deve essere addotta quale motivo per posticipare l'adozione di misure efficaci in termini di costi atte a prevenire il degrado ambientale". Ciò sta a significare che le parti non solo sono legittimate ad intraprendere misure economicamente efficaci al fine di prevenire il degrado ambientale in caso di rischio di danni gravi o irreversibili; ma anche che le parti sono tenute a garantire e incoraggiare elevati livelli di protezione ambientale, in ragione di quanto precisato dallo strumento interpretativo comune che integra l'accordo.

Proprio per queste ragioni, i giudici hanno ritenuto che il combinato disposto delle predette norme deve considerarsi idoneo a garantire il rispetto del principio di precauzione proclamato nell'articolo 5 della Carta per l'ambiente.

Ulteriori perplessità sono state espresse con riferimento all'applicazione provvisoria dell'Accordo (ex articolo 30.7 del Ceta), prevista per il prossimo 21 settembre. La stessa, ritenuta dai ricorrenti contraria alla Costituzione, si è resa necessaria per il lungo processo di negoziazione, il cui avvio risale al 2009 e per la complessa procedura di ratifica in itinere, che vede il coinvolgimento di ben 38 Assemblee parlamentari nazionali e regionali. È necessario però precisare che, nonostante le critiche, l'applicazione provvisoria interessa unicamente le disposizioni di competenza esclusiva dell'UE (che rappresentano circa il 90% del Trattato) e quelle concernenti l'accesso al mercato. I timori, espressi e motivati nel ricorso, riguardano principalmente la possibilità di interrompere l'applicazione provvisoria dell'Accordo, che secondo i deputati che si oppongono alla ratifica del Ceta, è disciplinata da una disposizione dal contenuto incerto, potenzialmente in grado di minare le condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale, giacché la Francia sarebbe irrimediabilmente vincolata ad aderire all'impegno internazionale. Tuttavia, sulla base di quanto disposto dall'art. 30.9

del Ceta, le parti non sono vincolate in maniera irrevocabile dall'Accordo. Perciò, come già anticipato, l'applicazione provvisoria riguarda le disposizioni attinenti le materie di competenza esclusiva dell'Unione ed inoltre l'Accordo prevede la possibilità di sospendere tale clausola nel caso in cui una delle parti si trovi nell'impossibilità di ratificarlo.

Per di più, contrariamente a quanto sostenuto dai deputati ricorrenti, i giudici costituzionali hanno ritenuto che le disposizioni relative alle condizioni di una sua cessazione non siano da ritenersi incostituzionali, perché non solo esso non è irrevocabile, ma non incide su una zona inerente alla sovranità nazionale.

In conclusione, il Consiglio costituzionale, sulla base delle motivazioni riportate, ha ritenuto che l'accordo globale economico e commerciale tra il Canada e l'Unione europea e i suoi Stati membri non contenga clausole contrarie alla Costituzione.

Tra l'altro, nei primi giorni di maggio, il neo-eletto Presidente Macron, schieratosi sin dall'inizio a favore della ratifica del Ceta da parte della Francia, ha paventato la possibilità di riconsiderare la sua posizione qualora il Comitato di esperti nominato per l'occasione dovesse pronunciarsi contro. Tale comitato, composto da nove esperti in materia di salute, ambiente, agricoltura e da avvocati specializzati in diritto internazionale, è stato formalmente istituito dal Primo ministro Edouard Philippe il 6 luglio scorso e presenterà il proprio rapporto nella prima parte del mese di settembre. Nel frattempo, la parola passa al Parlamento francese.

La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”: ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo

di Arianna Angeli, Angela Di Gregorio, Jan Sawicki

Title: The tormented approval of the “Justice package” in Poland: further reflections on the Polish constitutional crisis in the light of the European context

Keywords: Constitutional crisis; Poland; Justice reform.

1. – Per quale motivo il Presidente della Polonia, Andrzej Duda, ha riscoperto il proprio ruolo costituzionale di supremo garante («vigila sul rispetto della Costituzione») previsto dall’art. 126, c. 2 cost., e il 24 luglio ha dunque rinviato alla Dieta (Sejm) – esercitando una sorta di potere politico di veto – due delle tre leggi che il Parlamento ha recentemente approvato, in particolare quella sul Consiglio Nazionale della Magistratura (KRS) e quella sulla Corte suprema (mentre ha deciso di promulgare la terza, quella sui tribunali “comuni” di primo grado, penali e civili)?

Enunciamo in ordine crescente di plausibilità le possibili spiegazioni. La prima si fonda su una presa di coscienza autonoma e autentica, da parte del Presidente, del proprio ruolo di garante *super partes* in un contesto di iniziale deterioramento, nonché successivo – e sempre più inarrestabile – annichimento delle garanzie di tipo *countermajoritarian* che pure sono assai analiticamente enfatizzate dalla Costituzione del 1997, a cominciare dai più elementari rudimenti di separazione dei poteri e indipendenza della magistratura almeno giudicante. La seconda spiegazione è legata alle pressioni internazionali ed eurocomunitarie, tra cui un fermo richiamo del senatore americano John McCain, in questo affiancato dal [Dipartimento di Stato degli USA](#) (una potenza che ha ancora qualche capacità di persuasione sulla classe dirigente polacca) e soprattutto i rinnovati avvertimenti operati dalla Commissione europea in merito all’attivazione di una procedura di infrazione (per la quale si rinvia al par. 3). La terza è collegata a un parziale risveglio dell’opinione pubblica interna che, seppur sempre riferito a una parte specifica della società, ha manifestato in molte città, in molte decine di migliaia, con forme anche innovative ed efficaci sul piano della comunicazione. La quarta, ed ultima, ha a che fare con uno scontro di potere. Esso è tutto interno al partito di governo in Polonia, “Diritto e giustizia” (acronimo PiS), ed è venuto a focalizzarsi, pur in modo sotterraneo, tra il Presidente Duda e il [Ministro della Giustizia Zbigniew Ziobro](#), il quale ad avviso di quasi tutta la pubblicistica libera (*Rzeczpospolita*, *Gazeta Wyborcza*) in seguito alle leggi per cui si è tanto adoperato, sarebbe diventato l’uomo più potente del paese, fino a contendere questo ruolo al leader del partito, e semplice deputato, Jarosław Kaczyński. Non si vuole eccedere in valutazioni politiche; occorre però riconoscere che queste servono talora a spiegare l’attivazione di alcuni meccanismi giuridici piuttosto che di altri, e ne fanno meglio comprendere la vita concreta.

¹ Pur essendo il lavoro frutto di riflessioni comuni, i paragrafi 1 e 4 sono da attribuire a Jan Sawicki, il 2. ad Arianna Angeli ed il 3. a Angela Di Gregorio.

Qualche parola va spesa sul potere di “veto” presidenziale sulle leggi. Senza ricordarne le remote ragioni storiche, esso stabilisce che una legge rinviata dal Presidente della Repubblica possa entrare in vigore solo se riapprovata dalla camera bassa – il Sejm – a maggioranza di tre quinti dei presenti in presenza di almeno la metà dei suoi componenti (art. 122, c. 5 cost.). Il messaggio di rinvio deve essere motivato, ma l’istituto è alternativo e solo parzialmente fungibile con quello del ricorso preventivo al Tribunale costituzionale (art. 122, cc. 3-4 cost.), nel senso che, se quest’ultimo deve essere argomentato dal capo dello Stato con rilievi di natura giuridica rigorosa, nulla vieta che il primo possa fondarsi anche su discrezionali valutazioni di opportunità politica. Il Presidente Duda avrebbe ben potuto ammantarsi delle sue (stavolta fondatissime) argomentazioni costituzionali e promuovere un giudizio in via diretta al riguardo, smussando un [conflitto](#) che diversamente si è fatto incandescente, nella forma esasperatamente politicizzata che ora ha assunto. Ma potrebbe anche aver calcolato che proprio l’opera di mutazione genetica cui l’organo di giustizia costituzionale è stato sottoposto tra la fine del 2015 e la fine del 2016 – con il determinante contributo del Presidente Duda – ne ha fatto sì un organo di garanzia, ma per i *desiderata* del partito di governo, con il rischio di vedersi restituire due pronunce a lui non favorevoli.

Per quanto riguarda il veto, invece, esso presenta delle *chance* di successo più consistenti. Il partito di governo detiene 234 deputati sul plenum costituzionale di 460 (il Senato non è coinvolto nei rinvii legislativi presidenziali). È quindi lontano dalla maggioranza qualificata dei tre quinti. Ma non far parte della maggioranza di governo non significa essere solo per questo all’opposizione. Se i due partiti di opposizione liberale o moderata, “Nowoczesna” (“Moderna”) e Piattaforma civica, possono contare su 167 deputati – mentre due liste di sinistra, con quasi l’11% dei voti, rimasero totalmente escluse dalla rappresentanza per il modo in cui si presentarono e dispersero i consensi alle elezioni del 2015, regalando al PiS la maggioranza assoluta con il 37,5% dei voti –, vi è una formazione antisistema, quella di Kukiz’15, con anche alcuni suoi fuoriusciti, che è antiliberal per lo meno quanto è distante dall’attuale governo, e il cui comportamento parlamentare è piuttosto imprevedibile (anche se proprio sulle leggi in materia di giustizia tale partito ha condizionato il relativo processo, di sponda con Duda e contro “Diritto e giustizia”). Le possibilità che i veti non siano rovesciati sono insomma elevate, nonostante teorie complottiste contemplino anche sorprese di segno opposto.

Il contenuto delle tre leggi, di quella promulgata e delle due rinviate, sarà esaminato puntualmente nel successivo paragrafo, insieme al relativo iter. Qui se ne rilevano appena due aspetti di contorno, peraltro significativi. Esse, come ormai è consuetudine nell’attuale legislatura, hanno preso avvio nella forma dell’iniziativa parlamentare (con l’eccezione di quella sul Consiglio della magistratura, nella sua ultima versione) sebbene a ciascuno sia nota la paternità e il ferreo controllo da parte del Ministero della Giustizia e del suo titolare politico, Ziobro. Diversamente dai disegni di legge governativi, le iniziative parlamentari consentono di evitare fastidiose audizioni e consultazioni con categorie interessate dai provvedimenti. In secondo luogo, le leggi rinviate non solo affidano all’esecutivo competenze esorbitanti tali da interferire nell’esercizio della funzione giudicante da parte della magistratura; ma, nell’ambito di tali competenze, hanno accentuato il ruolo del Ministro della Giustizia a scapito di quello del Presidente della Repubblica (che pure appartiene secondo Costituzione all’esecutivo, ma cui spetta anche la posizione di “vigilanza” sopra richiamata, in una sorta di ossimoro costituzionale).

È possibile che l’attribuzione di eccessivi poteri al capo dello Stato, anziché al Ministro della Giustizia, avrebbe comportato una parziale attenuazione dei profili patenti di incostituzionalità di queste leggi; in ogni caso, Duda – con il proprio [rinvio selettivo](#) di due leggi su tre – ha evidenziato rilievi relativi soltanto ad alcuni aspetti, come appunto l’ingerenza del Ministro della Giustizia nella selezione dei giudici, ma non ha avuto nulla da obiettare in merito alla violazione della durata, costituzionalmente fissata, del mandato dei membri del Consiglio Nazionale della Magistratura (art. 187, c. 3 cost.) e del primo presidente della Corte suprema (art. 183, c. 3 cost.), come specificazione ulteriore della garanzia di indipendenza dell’ordine giudiziario già enunciata in generale nell’art. 10 della Costituzione. D’intesa con il gruppo Kukiz’15, con il quale sta tessendo un rapporto intenso, Duda era riuscito a far accettare dal partito di maggioranza un emendamento grazie al quale

i membri del Consiglio Nazionale della Magistratura di estrazione parlamentare sarebbero stati eletti con la maggioranza dei tre quinti dei voti, anziché la maggioranza assoluta. Ciò avrebbe senz'altro contribuito a rendere più pluralistica la composizione del collegio, facendola dipendere dalla volontà non di un singolo partito dominante, ma semmai dalla combinazione di questa con compromessi raggiunti con altre forze (esperienza non aliena ad altri ordinamenti). Da questo punto di vista, non sono infondate le obiezioni avanzate soprattutto dal Ministro Ziobro, secondo cui l'adozione di una maggioranza qualificata aumenta i rischi di stallo, specie in un contesto di alta conflittualità e scarsa leale cooperazione tra forze politiche che hanno smesso di riconoscersi reciprocamente. Vi è da chiedersi però se sia più temibile il rischio di pur provvisorie situazioni di stallo o non piuttosto quello in cui i componenti di un organo di garanzia siano facilmente eletti a maggioranza relativa, con la possibilità però di violenti contraccolpi di delegittimazione a effetto ritardato, come è avvenuto in Polonia nel 2015. Vi è ormai una copiosa bibliografia sulla crisi del Tribunale costituzionale polacco; ci si permette di rinviare ad un proprio precedente scritto al riguardo (J. Sawicki, *Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016*, in *Nomos*, n. 1/2016, www.nomosleattualitaneldiritto.it) nel quale, proprio sotto lo specifico aspetto, si era messo in rilievo come il basso quorum funzionale – maggioranza assoluta dei voti – per l'elezione dei giudici non sarà stata forse l'unica ragione per l'ostilità del partito di governo nei confronti della giustizia costituzionale, ma abbia formato – complice la congiuntura di una singolare serie di eventi – il detonatore per scatenare una guerra distruttiva nei confronti dell'intero istituto. A distanza di tempo, e pur considerando tutti gli allarmanti sviluppi successivi – di cui, anche con riferimenti di dottrina, si darà nota nei paragrafi seguenti – si ha ragione di ribadire quanto in precedenza sostenuto, ovvero che la crisi del Tribunale costituzionale, iniziata nel 2015 e provocata non dalla reazione a specifiche decisioni o ad un orientamento giurisprudenziale complessivo, ma da recriminazioni legate alla sua mera composizione – ritenuta oltremodo squilibrata secondo criteri partitici –, non avrebbe diversamente avuto ragione di insorgere. Bisogna infatti considerare che alcune forzature anche legislative – di cui si parla nel contributo citato –, legate tra l'altro alla combinazione tra scadenza di una legislatura parlamentare e rinnovo parziale di alcuni mandati vacanti nel Tribunale, non avrebbero avuto ragione di prodursi se tali rinnovi avessero dovuto avvenire a maggioranza qualificata, atteso che nessuna compagine maggioritaria, nell'una e nell'altra legislatura, ha mai avuto la forza numerica corrispondente a tale maggioranza, e sempre, dunque, avrebbero dovuto essere raggiunte soluzioni di compromesso con l'opposizione. Si era perciò formulato un elogio nei confronti del sistema misto italiano di selezione dei giudici costituzionali, nel quale è da ritenersi come male minore la possibilità che per qualche tempo risulti difficoltoso eleggerne qualcuno.

In ogni caso, se le due leggi fossero state promulgate, sarebbero entrate ugualmente in vigore norme così incisive da alterare a vantaggio dell'esecutivo il processo di selezione e responsabilizzazione dei giudici, dal momento che il Consiglio Nazionale della Magistratura, nel testo della legge poi rinviata, sarebbe stato composto di due sezioni rigidamente separate, una formata di giudici e una di tecnici del diritto (ma sostanzialmente politici) eletti dal Parlamento, ma con la possibilità per quest'ultima di bloccare una parte consistente delle decisioni assunte dalla prima, soprattutto nel processo di reclutamento dei magistrati. Non sono però aspetti come questo ad aver attirato l'attenzione critica del Presidente Duda, per sua stessa ammissione, ma solo quelli sopra richiamati. Il Presidente Duda ha rinviato infatti questa legge con l'argomentazione “tecnica” di un suo legame indissolubile con quella sulla Corte suprema. Il Presidente non è parso invece contrariato dalla studiata operazione compiuta dal governo, che ha cercato di manipolare le funzioni – o meglio il funzionamento – del Consiglio senza formalmente alterarne la composizione, per come essa è dettagliatamente stabilita dall'art. 187 cost., approfittando però di una piccola lacuna. Tale articolo, infatti, non prevede ma neanche vieta che il Consiglio sia diviso in sezioni, con possibilità di reciproci veti, non prevede ma neanche vieta che anche i suoi membri “togati” – salve le alte cariche che ne fanno parte di diritto – siano eletti dal Sejm (inoltre la divisione in sezioni può consentire anche a quella con un numero di componenti minore di bloccare le deliberazioni di quella più numerosa per volere del costituente, nel formalistico rispetto della Carta). Da questo punto di vista, in una prospettiva di comparazione con il CSM italiano – è cosa poco

nota, ma si tratta dell'unico organo di rilevanza costituzionale al quale in Polonia ci si fosse dichiaratamente ispirati nel periodo costituente – non è di poco rilievo che l'art. 104, c. 4 della nostra Costituzione stabilisca, letteralmente, sia un «tra» sia un «da» con riferimento alle modalità di elezione sia dei membri “laici” sia di quelli “togati”, assicurando ampia autonomia al Parlamento per la selezione dei primi e alla magistratura ordinaria nella selezione dei secondi, mentre il corrispondente art. 187, c.1 nn. 2 e 3 della [Costituzione polacca](#) – omissione per errore? – specifica come debba avvenire l'elezione parlamentare dei “laici” mentre è muta su chi sia competente ad eleggere i “togati” (per vero, la [legge](#) del 2011 tuttora in vigore, all'art. 11, aveva fatto salvo il tacito principio di autonomia al riguardo).

Con queste innovazioni, e nel contesto del nuovo rapporto di forze che si è instaurato nel Tribunale costituzionale, è verosimile che quest'ultimo, se anche fosse stato investito della questione, si sarebbe limitato a riscontrare il mero rispetto formalistico della disposizione costituzionale citata, aprendo fessure per un tradimento del suo “spirito” nel formale ossequio alla sua “lettera”. È il caso di notare come nessuno più del Presidente Duda, nella Polonia attuale, possa essere maggiormente consapevole di una tale eventualità. Il coinvolgimento diretto del Tribunale con una sentenza concernente poteri e composizione della Corte suprema avrebbe posto ulteriori problemi nei rapporti tra soggetti investiti di funzioni giurisdizionali (per quanto riguarda la Corte suprema, i motivi della sua conflittualità con il Tribunale costituzionale sono già stati esacerbati dall'attuale maggioranza politica per cause messe in evidenza da L. Bojarski, *A Polish legal road roller: Can the political sentence be stopped?*, in [www.constitutionnet.org](#), 31 luglio 2017, di modo che è da considerarsi benefico che il TC non sia stato chiamato a pronunciarsi sulla relativa legge).

Confermata l'improbabilità di un superamento parlamentare dei veti presidenziali, resta difficile prevedere gli ulteriori sviluppi. Il Presidente Duda, che non nega a parole la necessità di una radicale riforma dell'ordinamento giudiziario polacco, ha assunto un inedito ruolo di protagonista nella vicenda, facendosi promotore, nelle settimane successive all'apposizione dei due veti, di due separate iniziative dedicate rispettivamente alla Corte suprema e al Consiglio Nazionale della Magistratura. Esse prenderanno la forma di due disegni di legge presidenziali, come consentito dalla Costituzione, e come conforme a una tradizione e a una prassi che proprio nella materia del giudiziario contemplanò un ruolo attivo del capo dello Stato. Per il momento nulla è dato sapere sul contenuto materiale di tali iniziative, che però si suppone potrebbero essere meno radicali delle leggi già rinviate. A margine di questo, non si può al momento prescindere da una considerazione diffusa negli ambienti del PiS, il partito di governo. Se i progetti di iniziativa presidenziale dovessero rivelarsi molto meno dirompenti, e soprattutto più rispettosi della divisione dei poteri, si potrebbe creare una situazione di questo tipo: il PiS, forte della sua finora compatta coesione, potrebbe modificare i progetti presidenziali richiamando in vita, in sostanza, le norme che ora sono state respinte. Al termine dell'iter parlamentare, Duda potrebbe trovarsi nell'imbarazzo della scelta tra accettare l'entrata in vigore di norme che in sostanza riproducono quelle cui già si era opposto, ovvero apporre di nuovo il veto su due leggi che comunque, formalmente, muovono dalla sua iniziativa, dovendo giustificare una tale posizione davanti al paese. È quanto gli è stato già lasciato intendere dal partito dominante, anche se la questione resta ovviamente aperta ai più vari sviluppi.

Il contesto sociale e politico più generale della vicenda legata a queste leggi è difficile da interpretare. Ciò soprattutto per il ruolo “enigmatico” dell'opinione pubblica, che, da un lato, in base agli ultimi sondaggi e indagini demoscopiche, esprime attaccamento per la democrazia, facendo salvi anche i meccanismi di limitazione del potere che servono a proteggerla da un predominio delle maggioranze politiche. La considerazione è fondata – solo per dare l'ultimo esempio – se si tiene a mente la schiacciante [maggioranza](#) a sostegno dei veti del Presidente Duda (69% a favore contro il 12%, il resto indecisi), nella persuasione che le tre leggi del luglio scorso avessero come pretesto quello di rimuovere i privilegi di una “casta” giudiziaria poco limpida, ma come vero obiettivo quello di subordinare la magistratura al partito di governo. Ma dall'altro lato la stessa opinione pubblica, stando a tutti i [sondaggi](#) ancora liberi e indipendenti effettuati dalle stesse società (i media privati, e anche i *social networks*, sono tra i prossimi obiettivi del governo), continua a sostenere “Diritto e giustizia” con ampio margine di vantaggio sul primo partito di opposizione, con

un'incoerenza difficile da decifrare. È questa ambivalenza, più di ogni altra cosa, a generare incertezza sul futuro del paese. Ma gli orientamenti della società devono misurarsi comunque con la forza di un apparato statale rispetto al quale l'efficacia della Costituzione come strumento di limitazione del potere è stata, se non annientata, alquanto affievolita dopo la “cura” riservata all'organo che avrebbe dovuto garantirne il rispetto.

Ed è qui che il caso della Polonia contrasta maggiormente con quello dell'Ungheria. In Polonia il partito vincitore delle elezioni ha ottenuto, con la fortuna che si è detto, un mandato indiscutibile a governare. Ma non ha avuto, diversamente dall'Ungheria, una maggioranza costituzionale. I risultati pratici che si sono potuti raggiungere sono inquietanti da questo punto di vista, poiché la Costituzione, anziché essere modificata o addirittura sostituita introducendo principi discutibili – ancorché secondo procedure legittime – rischia di essere semplicemente svuotata, degradata al rango di un documento politico privo di valore vincolante, come lo era stata nei decenni del socialismo reale. Si può ancora osservare come il gruppo dominante al potere in Polonia, che moltiplica ormai gli argomenti di frizione con l'Unione europea, mostri minore sottigliezza e propensione al compromesso, finto o autentico, rispetto al governo ungherese, confidando nella grezza constatazione del maggior peso demografico e politico del paese. L'attuale classe dirigente, da un lato smentisce categoricamente di puntare a una *Polexit*, a far uscire la Polonia dall'Unione europea; dall'altro sembra non comprendere che non è possibile opporsi a ogni forma di ulteriore integrazione, chiamarsi fuori da processi nei quali pure alcuni partner europei sarebbero interessati a coinvolgerla, e però cercare con ogni mezzo di impedire che la strada di quella maggiore integrazione sia ricercata da altri. Il corso degli eventi, insomma, è tale da poter compromettere, ad un tempo, oltre un quarto di secolo di transizione e felice consolidamento della democrazia, e quasi un quindicennio di riuscita integrazione nell'Unione europea.

2. – Nel mese di luglio il Parlamento polacco ha approvato tre progetti di legge – ovvero il progetto di legge di iniziativa governativa n. 1423 “Che emenda la legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura e altre leggi”, il progetto di legge di iniziativa parlamentare n. 1727 “Sulla Corte suprema” ed il progetto di legge di iniziativa parlamentare n. 1491 “Che emenda la legge sul sistema delle corti comuni [*sądy powszechne*] e altre leggi” – che hanno portato ad un'ondata di proteste nelle principali città della Polonia, tra le più imponenti dal 1989. I manifestanti riuniti sotto l'emblematico slogan “3XNIE” (ossia, “TRE NO”) hanno richiesto al Presidente della Repubblica di porre il veto su tutte e tre le leggi (P. Sobczak, P. Florkiewicz, *Thousands protest after Polish lawmakers approve judiciary overhaul, defying EU*, in reuters.com, 20 luglio 2017; T.T. Koncewicz, *Constitutional Fidelity and the Polish Constitution*, in www.icconnectblog.com, 11 agosto 2017).

Per tutta risposta, il 24 luglio 2017, il capo dello Stato ha rinviato al Sejm – con messaggio motivato – la legge sulla Corte suprema (*Sąd Najwyższy*) e la legge di modifica della legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa, infra* KRS) per un riesame, sulla base della procedura prevista dall'art. 122, c. 5 della Costituzione. Per superare il veto presidenziale – sebbene non sia previsto alcun limite di tempo entro il quale il Sejm sia chiamato a pronunciarsi – è necessario, come detto sopra, che i due testi vengano nuovamente approvati dal Sejm a maggioranza dei tre quinti. Il 26 luglio 2017 il Presidente della Repubblica ha firmato la legge “Che emenda la legge sul sistema delle corti comuni e altre leggi”, che è entrata in vigore il 9 agosto 2017 (M. Matczak, *Is Poland's President Duda on the road to Damascus?*, in www.verfassungsblog.de, 26 luglio 2017).

La legge del 12 luglio 2017 “Che emenda la legge sul sistema delle corti comuni e altre leggi” apporta significative modifiche ad una serie di leggi che disciplinano gli organi del potere giudiziario, tra le quali la legge del 27 luglio 2001 “Sul sistema delle corti comuni” e la legge del 16 novembre 2016 “Che emenda la legge sulle pensioni del Fondo di previdenza sociale e altre leggi”.

Innanzitutto, la legge del 12 luglio 2017 attribuisce unicamente al Ministro della Giustizia il potere di nomina dei presidenti delle corti d'appello, di distretto e di circoscrizione, senza che venga richiesto il parere né della rispettiva assemblea generale dei

giudici (o dell'assemblea generale di livello superiore, nel caso delle corti di circoscrizione) né del Consiglio Nazionale della Magistratura, come previsto invece dalla precedente disciplina. In particolare, la legge “Sul sistema delle corti comuni” del 27 luglio 2001, all'art. 23, prevedeva che i presidenti delle corti d'appello, di distretto e di circoscrizione fossero nominati dal Ministro della Giustizia «sentito il parere della rispettiva assemblea generale». Nel caso l'assemblea generale avesse espresso un parere positivo o non si fosse espressa, il Ministro della Giustizia avrebbe potuto procedere alla nomina del presidente della corte d'appello, distretto o circoscrizione. Nel caso di parere negativo, il Ministro della Giustizia avrebbe dovuto rivolgersi al Consiglio Nazionale della Magistratura, il cui parere era vincolante. Secondo quanto previsto invece dall'art. 1, c. 6 della legge del 12 luglio 2017, i presidenti delle corti di appello, distretto e circoscrizione sono nominati dal Ministro della Giustizia e successivamente presentati alla rispettiva assemblea generale dei giudici.

Per quanto concerne la revoca dei presidenti e dei vice presidenti delle corti comuni, la procedura prevista dalla legge del 12 luglio 2017 è molto simile alla precedente. I presidenti ed i vice-presidenti di tali corti possono essere revocati dal Ministro della Giustizia nel corso del proprio mandato in una serie di ipotesi elencate all'art. 1, c. 7, tra le quali: il mancato esercizio delle proprie funzioni; nel caso la prosecuzione dello svolgimento delle proprie funzioni si ponga in contrasto con i fini della giustizia; in caso di dimissioni; «per la scarsa efficienza nella supervisione e nell'organizzazione dei lavori delle corti di livello inferiore». Quest'ultima ipotesi non era contemplata dalla legge del 27 luglio 2001.

Il Ministro della Giustizia notifica, in forma scritta, la propria intenzione di revocare il presidente o il vice-presidente di una corte comune e richiede un parere al Consiglio Nazionale della Magistratura. Nell'ambito di tale procedura, il Ministro della Giustizia può sospendere temporaneamente dall'esercizio delle funzioni il presidente o il vice-presidente di una corte comune. Il parere negativo del KRS è vincolante per il Ministro della Giustizia se adottato a maggioranza dei due terzi dei voti. Qualora invece il KRS non si esprima entro 30 giorni, il Ministro della Giustizia può procedere con la revoca del presidente o vice-presidente della corte.

792

Tali disposizioni assicurano all'esecutivo il pieno controllo sulle corti comuni, soprattutto se si considera che i presidenti delle corti d'appello e distrettuali sono incaricati di determinare – entro il mese di novembre di ogni anno e previa consultazione con la rispettiva assemblea generale dei giudici – l'organizzazione dei lavori delle corti stesse, per quanto concerne in particolare l'assegnazione e il trasferimento dei giudici (art. 1, c. 5, legge 12 luglio 2017).

La legge del 12 luglio 2017 emenda inoltre la legge del 16 novembre 2016 “Sulle pensioni del Fondo di previdenza sociale”. All'art. 13, c. 1 della legge novellata si prevede che i giudici raggiungano l'età pensionabile al compimento del sessantesimo anno d'età, se donne, e del sessantacinquesimo anno, se uomini. Un giudice può però, entro sei mesi dal raggiungimento dell'età pensionabile, presentare una richiesta al Ministro della Giustizia nella quale manifesta l'intenzione di proseguire nello svolgimento delle funzioni, insieme ad una certificazione sul proprio stato di salute. Tale disposizione era già stata introdotta dalla legge del 16 novembre 2016 “Sulle pensioni del Fondo di previdenza sociale”, nella quale si attribuiva al Ministro della Giustizia il potere di decidere sulla prosecuzione della carriera del giudice che avesse raggiunto l'età pensionabile, ma non era prevista alcuna differenza tra uomini e donne. Come sottolineato dalla Commissione europea, tale disposizione si pone in contrasto con il principio di eguaglianza tra uomini e donne (*European Commission launches infringement against Poland over measures affecting the judiciary*, in europa.eu, 29 luglio 2017).

Le competenze attribuite dalla legge del 12 luglio 2017 al Ministro della Giustizia – di nomina e revoca dei presidenti e vice-presidenti delle corti comuni, nonché quelle relative al potenziale prolungamento della carriera dei giudici oltre l'età pensionabile – costituiscono una grave minaccia ai principi di separazione dei poteri e di indipendenza dei giudici. Non è previsto oltretutto alcun limite temporale per quanto concerne la possibilità del Ministro della Giustizia e Procuratore generale di pronunciarsi sulla richiesta dei giudici di proseguire nell'esercizio delle proprie funzioni al raggiungimento dell'età pensionabile. Tali disposizioni attribuiscono in questo modo al Ministro della Giustizia un potere arbitrario sulla carriera

dei singoli giudici, in contrasto con il principio di inamovibilità degli stessi (art. 180, c. 1 cost.).

Dall’analisi del contenuto delle due leggi sulle quali il Presidente della Repubblica ha posto il veto il 24 luglio, emergono elementi altrettanto preoccupanti. *In primis*, sia la modifica alla legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura che la nuova legge sulla Corte suprema prevedono che le funzioni dei componenti dei due organi cessino con l’entrata in vigore dei due testi. Tali previsioni si pongono anch’esse gravemente in contrasto con il principio di inamovibilità dei giudici. In secondo luogo, vengono modificate le modalità di selezione dei membri sia del KRS che della Corte suprema, assicurando al potere esecutivo una maggiore influenza su entrambi gli organi (T.T. Koncewicz, *Farewell to the Separation of Powers – On the Judicial Purge and the Capture in the Heart of Europe*, in www.verfassungsblog.de, 19 luglio 2017; M. Kisilowski, *Poland’s point of no return*, in www.politico.eu, 14 luglio 2017).

Per quanto concerne la legge “Che emenda la legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura e altre leggi”, si ricorda che un primo progetto di legge era stato presentato dal Ministro della Giustizia già il 25 gennaio 2017, subito dopo la conclusione della crisi che aveva coinvolto il Tribunale costituzionale. Il KRS si era espresso in maniera fortemente critica sul testo, con il parere del 30 gennaio 2017 (per ulteriori approfondimenti si rimanda a P. Mikuli, *An Explicit Constitutional Change by Means of an Ordinary Statute? On a Bill Concerning the Reform of the National Council of the Judiciary in Poland*, in www.verfassungsblog.de, 23 febbraio 2017; A. Angeli, *Poland. A new controversial bill to reform the National Council of the Judiciary*, in www.dipeo.unimi.it, 3 marzo 2017).

Il nuovo progetto di modifica della legge sul KRS è stato presentato il 14 marzo 2017 ed approvato dal Sejm in prima lettura il 7 aprile, in seconda lettura l’8 giugno, in terza lettura il 12 luglio. Il testo è stato infine approvato senza modifiche dal Senato il 15 luglio. In esso, sono presenti molte delle disposizioni sulle quali il KRS aveva espresso grande preoccupazione.

Secondo quanto previsto dalla Costituzione, agli artt. 186-187, il KRS è un organo incaricato di vigilare sull’indipendenza delle corti e dei giudici e si compone del primo presidente della Corte suprema, del Ministro della Giustizia, del presidente della Suprema Corte amministrativa, di un membro nominato dal Presidente della Repubblica, di quattro membri eletti dal Sejm tra i deputati, di due membri eletti dal Senato tra i senatori, e di 15 membri eletti tra i giudici della Corte suprema, delle corti comuni, amministrative e militari. Il KRS è dunque composto da 10 membri “non togati” e da 15 membri “togati”.

La legge “Che emenda la legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura e altre leggi” sulla quale il Presidente della Repubblica ha posto il veto, all’art. 5 prevede che il mandato dei 15 membri togati del KRS termini entro trenta giorni dall’entrata in vigore della legge stessa. Tale disposizione, come già rilevato, si pone in aperto contrasto con il principio di inamovibilità dei giudici. Qualora la nuova legge entrasse in vigore, inoltre, attribuirebbe al Sejm invece che ai giudici – ovvero alla Corte suprema, alla Suprema Corte amministrativa, alle corti di appello, distrettuali e militari – la competenza di eleggere i 15 membri togati del Consiglio (art. 1, c. 1). Secondo quanto previsto dall’art. 85, c. 1 della legge sulla Corte suprema, i membri togati del KRS sarebbero eletti a maggioranza dei tre quinti dei presenti, alla presenza della metà dei membri del Sejm. L’aumento della maggioranza prevista per l’elezione dei membri togati del KRS – dalla maggioranza assoluta dei presenti (art. 31, regolamento del Sejm) alla maggioranza dei tre quinti – è stato inserito nel testo su proposta del Presidente della Repubblica per assicurare il coinvolgimento dei partiti di opposizione, ma è stato interpretato in maniera negativa da una parte della dottrina per due principali ragioni. In primo luogo, così facendo il Presidente della Repubblica avrebbe legittimato l’elezione dei membri del Consiglio da parte del Sejm invece che dei giudici. In secondo luogo, l’introduzione di una maggioranza qualificata per l’elezione dei membri del KRS potrebbe in realtà generare situazioni di stallo nel Sejm e lasciare delle posizioni vacanti nel KRS (M. Matczak, *Who’s next? On the Future of the Rule of Law in Poland, and why President Duda will not save it*, in www.verfassungsblog.de, 19 luglio 2017).

Qualora la modifica della legge sul KRS entrasse in vigore, inoltre, la struttura interna del Consiglio verrebbe riorganizzata, attraverso l'istituzione di due sezioni (art. 1, c. 4, che modifica l'art. 15 della legge sul KRS): la prima sezione sarebbe composta dal Ministro della Giustizia, dal primo presidente della Corte suprema, dal presidente della Suprema Corte amministrativa, da una persona nominata dal Presidente, da quattro membri eletti dal Sejm tra i deputati e due membri eletti dal Senato tra i senatori; mentre la seconda sezione sarebbe composta da 15 membri eletti dal Sejm tra i giudici della Corte suprema, delle corti comuni, amministrative e militari (art. 1, c. 7 che introduce l'art. 21b nella legge sul KRS). Tale disposizione indebolirebbe ulteriormente la posizione dei membri togati all'interno dell'organo poiché invece di detenere una solida maggioranza all'interno di un collegio unico (15 su 25 membri), rappresenterebbero solo una delle due sezioni nelle quali si articolerebbe il KRS.

La nuova struttura andrebbe a modificare radicalmente le modalità attraverso le quali il KRS opera. In particolare, per quanto concerne la nomina dei giudici della Corte suprema, delle corti comuni, amministrative e militari, le due sezioni del KRS esprimerebbero tramite risoluzione (*uchwała*) la propria valutazione dei candidati; una valutazione positiva da parte di entrambe le sezioni su un medesimo candidato corrisponderebbe ad una richiesta di nomina (*wnoisek o powołanie*) indirizzata al Presidente della Repubblica, mentre due valutazioni discordanti potrebbero essere superate solo attraverso la convocazione di una seduta comune del Consiglio (art. 1, c. 11 che introduce l'art. 31b nella legge sul KRS). Rispetto alla prima versione della legge del 25 gennaio, l'attuale testo deve essere valutato positivamente, in particolare perché non attribuisce più al Presidente della Repubblica il potere, non previsto dalla Costituzione, di nominare i giudici tra i candidati proposti dalle due sezioni del KRS. Tuttavia, l'accordo richiesto tra le due sezioni per adottare le risoluzioni sulla nomina dei giudici potrebbe rallentare i lavori.

La seconda legge sulla quale il Presidente della Repubblica ha posto il veto riguarda invece la Corte suprema, ed è stata approvata in tempi decisamente rapidi dal Parlamento, soprattutto se si considera che pretende di innovare tutta la disciplina dell'organo al vertice della giustizia civile, penale, del lavoro e militare. Il progetto di legge è stato infatti presentato al Sejm il 12 luglio 2017 ed è stato approvato in prima lettura il 18 luglio, in seconda lettura il 19 luglio e in terza lettura il 20 luglio. Infine, il testo è stato approvato senza modifiche dal Senato il 22 luglio.

Come ricordato, l'aspetto più problematico relativo legge sulla Corte suprema riguarda la cessazione dalle funzioni (o meglio il pensionamento anticipato) di tutti i giudici della Corte dal giorno successivo all'entrata in vigore della stessa, ad esclusione dei giudici che rimarrebbero in carica sulla base del procedimento previsto dall'art. 88. Ovvero, entro 14 giorni dall'entrata in vigore della legge il Ministro della Giustizia dovrebbe proporre al KRS un elenco di giudici della Corte suprema che rimarrebbero in carica in considerazione della necessità di dare attuazione alla riforma e di assicurare la continuità dei lavori della Corte stessa. Il KRS si dovrebbe pronunciare, entro 14 giorni, con una risoluzione non vincolante per ciascuno dei giudici indicati dal Ministro della Giustizia, i quali riceverebbero infine l'approvazione del Presidente della Repubblica. Il potere attribuito all'esecutivo – al Ministro della Giustizia *in primis* ed al Presidente della Repubblica in ultima istanza – nella scelta dei membri della Corte che continuerebbero a svolgere le proprie funzioni, non essendo previsti criteri specifici ai quali fare riferimento, sembra totalmente discrezionale.

Qualora la legge in esame entrasse in vigore sarebbe necessario procedere alla nomina dei nuovi giudici della Corte suprema. Si ritiene a questo scopo importante considerare sia le disposizioni contenute nella legge sulla Corte suprema, che non presentano particolari criticità sotto questo aspetto, sia quelle della legge sul KRS, che richiedono invece maggiore attenzione. La legge sulla Corte suprema del 20 luglio 2017 prevede – così come la legge del 23 novembre 2002 attualmente in vigore – che i giudici della Corte suprema siano nominati dal Presidente della Repubblica su richiesta del Consiglio Nazionale della Magistratura (art. 23). Sono altresì previsti rigidi requisiti per accedere alla carica di giudice della Corte suprema (art. 24).

Tuttavia, come osservato sopra, le nuove disposizioni sulla modalità di elezione dei membri del KRS (con particolare riferimento all'elezione di 15 membri da parte del Sejm), qualora entrassero in vigore, condurrebbero ad una inevitabile politicizzazione dell'organo ed avrebbero serie conseguenze anche sulla composizione della Corte suprema, i cui membri sono nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del KRS, generando pericolose interferenze da parte del potere legislativo ed esecutivo sull'organo apicale del potere giudiziario.

Per quanto concerne il pensionamento dei giudici della Corte suprema, la legge del 20 luglio, sulla quale il Presidente ha posto il veto, introduce una procedura analoga a quella prevista per i giudici delle corti comuni, ma per alcuni aspetti meno problematica. Secondo quanto previsto dall'art. 31 della legge, infatti, i giudici raggiungerebbero l'età pensionabile al compimento del sessantesimo anno di età se donne e del sessantacinquesimo anno di età se uomini e potrebbero continuare a svolgere le proprie funzioni fino al raggiungimento dei settant'anni presentando una richiesta ed un certificato sul proprio stato di salute. Tuttavia, sarebbe il KRS e non il Ministro della Giustizia a pronunciarsi in ultima istanza sulla richiesta dei giudici. La legge sulla Corte suprema prevede però che il mandato del primo presidente termini con il compimento del sessantacinquesimo anno di età (art. 12, c. 10, punto 3). Tale disposizione, non ammettendo la possibilità di proroga fino al settantesimo anno per il primo presidente, introdurrebbe un requisito diverso rispetto a quello previsto per gli altri giudici della Corte suprema che sembra motivato unicamente da considerazioni di natura politica (essendo finalizzato ad eliminare un avversario autorevole e scomodo). Infatti l'attuale primo presidente della Corte Suprema, Małgorzata Gersdorf – che si è strenuamente battuta in difesa dello stato di diritto negli ultimi mesi, soprattutto a seguito della completa riscrittura della legislazione sul Tribunale costituzionale – compirà 65 anni il prossimo novembre.

Inoltre, la legge sulla Corte suprema attribuisce al Presidente della Repubblica il potere di approvare il regolamento interno della Corte, su proposta del Ministro della Giustizia e sentito il parere del Consiglio Nazionale della Magistratura (art. 1, c. 2). Si tratta di una disposizione che era stata eliminata dalla legge sulla Corte suprema del 23 novembre 2002, per assicurare l'indipendenza dell'organo nell'adozione del proprio regolamento interno. Tale garanzia verrebbe meno con l'entrata in vigore della nuova legge. La riforma porterebbe infine ad una modifica della struttura interna della Corte, con l'introduzione di tre camere (di diritto pubblico, diritto privato e disciplinare) invece delle quattro previste dalla disciplina in vigore, che corrispondono agli ambiti nei quali la Corte esercita la propria giurisdizione (civile, penale, del lavoro e militare).

Come detto sopra, il Presidente Duda ha rinviato all'esame del Sejm la legge sulla Corte suprema e la legge “Che emenda la legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura e altre leggi” con messaggio motivato, nel quale ha ricordato però quanto sia avvertita nel paese la necessità di procedere ad una riforma di ampia portata del sistema giudiziario (*Vetoed bills sent back to parliament*, in www.president.pl, 31 luglio 2017). Per quanto concerne la legge sulla Corte suprema, tuttavia, il Presidente ha rilevato che vi sono sia aspetti formali (come la presenza di contraddizioni) che sostanziali che necessitano di essere rivisti prima dell'entrata in vigore del testo. A suo avviso, considerata l'importanza dell'organo e l'ampiezza della materia sarebbe stato più opportuno che il processo di approvazione della legge fosse stato più lungo, meditato ed inclusivo. Il capo dello Stato ha ritenuto inoltre che le competenze attribuite al Ministro della Giustizia (che è anche Procuratore generale) sarebbero tanto ampie da fare temere per l'indipendenza della Corte. Infine, il Presidente ha valutato in maniera negativa l'esclusione dal testo della legge delle disposizioni relative alla competenza della Corte suprema di formulare pareri sui progetti di legge, che potrebbe influire sulla qualità dei testi.

Per quanto concerne le motivazioni relative alla modifica della legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura, il Presidente si è richiamato innanzitutto alla sentenza K 5/17 del 20 giugno 2017 nella quale il Tribunale costituzionale – pronunciandosi su richiesta del Ministro della Giustizia sulla costituzionalità della legge sul Consiglio del 12 maggio 2011 – ha affermato che la Costituzione non indica quale sia l'organo incaricato dell'elezione dei 15

membri togati del KRS (per ulteriori approfondimenti si rimanda a M. Matczak, *How to Demolish an Independent Judiciary with the Help of a Constitutional Court*, in www.verfassungsblog.de, 23 giugno 2017). Per questo, il capo dello Stato si dichiara in linea di principio non contrario all'attribuzione di tale funzione al Sejm, ma ritiene che sia necessaria la maggioranza dei tre quinti, per assicurare l'indipendenza dell'organo ed evitare che i suoi membri vengano identificati con un solo partito politico. Secondo il Presidente, l'elezione dei membri del KRS da parte del Sejm consentirebbe inoltre di superare la scarsa rappresentanza nel KRS delle corti di livello inferiore (quelle distrettuali in particolare) rispetto alle corti di livello superiore, sottolineata anche da una parte della dottrina (B. Kostyk, *Niekonstytucyjność trybu wyboru części członków Krajowej Rady Sądownictwa* [L'incostituzionalità delle modalità di elezione di alcune componenti del KRS], in *Iustitia*, n. 2, 2015, p. 88; K. Zawiślak, *Pozycja ustrojowa, kompetencje i skład Krajowej Rady Sądownictwa* [Ruolo, poteri e composizione del KRS], in *Iustitia*, n. 3, 2012, p. 124).

Infine, il Presidente della Repubblica ha invitato il Sejm, nel riesaminare la modifica della legge sul KRS, a considerare anche le modifiche da apportare alle leggi ad essa connesse. Il Presidente fa riferimento, in particolare, alla legge dell'11 maggio 2017 "Che emenda la legge sulla Scuola nazionale della Magistratura e della Procura, la legge sul sistema delle corti comuni e altre leggi". In essa si prevede che il KRS abbia un solo mese di tempo per pronunciarsi sull'elenco dei candidati alla carica di giudice proposto dal Ministro della Giustizia, sulla base delle informazioni fornite dal Direttore della Scuola nazionale della Magistratura e della Procura. Nel caso il KRS non formuli alcuna obiezione in tale arco di tempo, l'elenco si ritiene approvato (art. 2, c. 36). Tuttavia, qualora le modifiche apportate alla struttura interna del KRS non consentissero all'organo di pronunciarsi in un lasso di tempo così limitato, il Consiglio perderebbe di fatto la facoltà di esercitare tale competenza.

3. – Quest'anno la Costituzione polacca compie 20 anni e mai contingenze politiche furono più nefaste per questa celebrazione. L'exasperato nazionalismo politico degli ultimi due anni porta a magnificare più la Costituzione del 3 maggio 1791 (la prima Costituzione di stampo liberale in Europa, che ha preceduto di qualche mese quella francese del 3 settembre ma che fu applicata per pochi mesi; vedi J. Wawrzyniak, *La Polonia e le sue Costituzioni dal 1791 ad oggi*, Maggioli, Rimini, 1992) che l'attuale Costituzione post-comunista frutto dei compromessi tra forze ex comuniste e forze ex Solidarność, alla fine di una legislatura che aveva espresso un esecutivo di centro-sinistra (la Costituzione è stata approvata il 2 aprile 1997 dalle due camere riunite in Assemblea nazionale, con 451 voti a favore, 40 contrari e 6 astenuti, per poi essere ratificata dal referendum del 25 maggio successivo con un consenso del 53% ed entrare in vigore il 17 ottobre). Alla base dell'attuale corso politico polacco vi sarebbe proprio il rifiuto del sistema consensuale, patteggiato e compromissorio frutto della lunga stagione costituente polacca, iniziata nell'ottobre 1989 ed arrivata, tramite tappe incrementalmente, all'ottobre del 1997. I precursori del PiS, allora costola minoritaria del movimento Solidarność che aveva scardinato l'ortodossia comunista, avevano dissentito e si erano per anni trincerati dietro lo sdegnato rifiuto di riconoscersi nel patto costituente. Questa auto-esclusione, il fallimento della breve stagione in cui il PiS è stato al governo tra il 2005 e il 2007, e la tragica morte nel 2010 del Presidente Lech Kaczyński e di circa 100 altri alti funzionari pubblici hanno segnato in maniera indelebile la psiche e il comportamento politico dell'attuale leader del PiS Jarosław Kaczyński. Ma basta solo questo a spiegare l'accaduto?

Ricordiamo alcuni passaggi. Seguendo da vicino il precedente ungherese, la nuova leadership polacca vincitrice delle elezioni parlamentari del 25 ottobre 2015 (e delle precedenti elezioni presidenziali del 24 maggio) ha gradualmente e sistematicamente iniziato a riportare sotto il controllo della maggioranza di governo i principali poteri contro-maggioritari, a cominciare dal Tribunale costituzionale e proseguendo con i *media* e la procura. Senza entrare nel dettaglio delle vicende che riguardano il Tribunale costituzionale (per le quali si rinvia a A. Angeli, *Polonia. Le derive di una democrazia (quasi) maggioritaria*, in federalismi.it, n. 17/2016; J. Sawicki, *La conquista della Corte costituzionale ad opera della*

maggioranza che non si riconosce nella Costituzione, in *Nomos*, n. 3, 2016; A. Młynarska-Sobaczewska, *Polish Constitutional Tribunal Crisis: Political Dispute or Falling Kelsenian Dogma of Constitutional Review*, in *European Public Law*, n. 23, Issue 3, 2017, pp. 489–506; vari contributi di costituzionalisti polacchi su www.verfassungsblog.de), tra le leggi restrittive che sono intervenute prima dell'ultimo pacchetto giustizia esaminato nel paragrafo precedente menzioniamo la legge del 15 gennaio 2016 di modifica della legge sulla Polizia (più competenze nella sorveglianza *online* escludendo controlli giurisdizionali: c'è stato anche un parere della Commissione di Venezia dell'11 giugno 2016), la legge del 28 gennaio 2016 sull'Ufficio del Procuratore (che ha fuso la carica di Procuratore Generale con quella di Ministro della Giustizia così sottoponendo i procuratori all'esecutivo), la legge del 18 marzo 2016 sull'ombudsman (ne ha limitato le garanzie di indipendenza), la legge del 10 giugno 2016 sulle misure anti-terrorismo, etc. Tutti questi provvedimenti (su alcuni dei quali si vedano le valutazioni dell'OSCE: www.legislationline.org/search/runSearch/1/country/10/rows/10/type/2/page/1), insieme alla nuova legge sulla funzione pubblica del 30 dicembre 2015 ed ad una serie di leggi sui *media* pubblici e sulla libertà di riunione (come la legge del 22 giugno 2016 sul Consiglio nazionale dei *media* e la legge del 18 marzo 2017 di modifica della legge sul diritto di riunione, ritenuta legittima dal “nuovo” Tribunale costituzionale), hanno già profondamente vulnerato una serie di diritti fondamentali e dunque eroso lo stato di diritto, come evidenziato dalla Commissione europea nella Raccomandazione 2016/1374 del 27 luglio 2016 sulla rule of law in Polonia, peraltro rimasta senza seguito nonostante l'ulteriore Raccomandazione 2017/146 del 21 dicembre 2016 (T.T. Koncewicz, *Polish Constitutional Drama: Of Courts, Democracy, Constitutional Shenanigans and Constitutional Self-Defense*, in www.iconnectblog.com, 6 dicembre 2015; M. Methivier, *L'état de droit, enjeu central de la crise institutionnelle et politique en Pologne*, in *Lettre de l'Est*, n. 4/2015, pp. 5-15). Ulteriori aspetti della “presa di potere” del PiS riguardano le nomine ad una serie di istituzioni e aziende pubbliche ed anche la trasformazione dei programmi scolastici in una direzione più patriottica e conservatrice (e ultra cattolica: dopo un fallito tentativo ad iniziativa del PiS nel 2006, il Parlamento ha approvato l'incoronazione simbolica di Gesù Cristo come re di Polonia nell'aprile 2016 e la cerimonia si è svolta solennemente alla presenza delle maggiori cariche dello Stato, compreso il Presidente, il 19 novembre 2016 a Cracovia). Per quanto riguarda le sorti del Consiglio Nazionale della Magistratura, anche se la faccenda ha raggiunto il suo apice drammatico nel luglio 2017, l'attacco era già iniziato nell'autunno scorso (W. Zurek, *The National Council of the Judiciary is under attack in different ways*, in www.verfassungsblog.de, 11 ottobre 2016; A. Angeli, *Poland. A new controversial bill to reform the National Council of the Judiciary*, cit.).

Come evidenziato da alcuni costituzionalisti polacchi (T.T. Koncewicz, *Farewell to the Separation of Powers- On the Judicial Purge and the Capture in the Heart of Europe*, cit.; A. Śledzińska-Simon, *The Polish Revolution: 2015-2017*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 25 luglio 2017: questa autrice considera anche le implicazioni indirette della riforma della giustizia come la gestione del controllo su elezioni e referendum, che spetta alla Corte suprema, il controllo del Tribunale di Stato che giudica i reati costituzionali ed è presieduto dal primo presidente della Corte suprema, etc.) il disegno “riformatore” del PiS è stato preparato da tempo e poi portato avanti con scientifico rigore. Non è un caso che si sia iniziato col paralizzare e poi rendere innocuo il Tribunale costituzionale, che avrebbe sicuramente considerato incostituzionali i provvedimenti proposti dal nuovo governo. Ciò conferma che non si è trattato solo di seguire il “modello” ungherese (che a confronto con quanto sta accadendo in Polonia sembra più ingenuo e raffazzonato) quanto di una propria precisa linea politica ed ideologica che si era cercato invano di attuare già nel periodo 2005-2007 (sull'ideologia del PiS si veda D. Bunikowski, *The crisis in Poland, and Schmittian questions in “the rule of law” debate*, paper presentato al seminario su *The erosion of the Rule of Law in East Central Europe*, University of Helsinki, 15 febbraio 2017 www.academia.edu/31450497/The_crisis_in_Poland_and_Schmittian_questions_in_the_rule_of_law_debate; mettono in rilievo la sottovalutazione del programma di governo del PiS del 2005 I. Krastev, *The Strange Death of the Liberal Consensus*, in *Journal of Democracy*, 18(4), 2007 e T. G. Daly, *Diagnosing Democratic Decay*, Comparative Constitutional Law Roundtable, Gilbert & Tobin Centre of Public Law,

UNSW, Sidney, 7 agosto 2017, su www.academia.edu/34052302/Diagnosing_Democratic_Decay). Va inoltre considerato che l'attacco alla magistratura deriva da una serie di decisioni non gradite, o inchieste che pericolosamente si avvicinano ai leader politici, e che perciò vanno messe a tacere (in proposito Ł. Bojarski, *A Polish legal road roller: Can the political sentence be stopped?*, cit., che ricorda il noto caso Kamiński). La presentazione delle ultime riforme concernenti la giustizia è stata preceduta da una campagna diffamatoria nei confronti della magistratura, dipinta come una casta elitaria e corrotta. Lo stesso sta accadendo nei confronti delle ong straniere (saranno il prossimo obiettivo del governo insieme ai *media* privati).

Per affrontare le degenerazioni costituzionali degli ultimi due anni si sono attivati diversi tipi di anticorpi, sia esterni che interni. Finora, i più efficaci sono stati quelli interni, se si considera che le sentite manifestazioni di piazza (organizzate dall'opposizione, ma non solo), con pubbliche letture della Costituzione, hanno già fatto ritirare nell'ottobre scorso una modifica alla legge sull'aborto particolarmente limitativa della libertà di scelta della donna e, da ultimo, hanno esercitato una pressione sul Presidente Duda inducendolo ad apporre il veto a due delle tre leggi del pacchetto giustizia (anche se si tratta di un veto che rischia di non avere risvolti del tutto positivi per l'autonomia della magistratura, come evidenziato da M. Matczak, *Who's next? On the Future of the Rule of Law in Poland, and why President Duda will not save it*, in www.verfassungsblog.de, 19 luglio 2017; tra l'altro Duda ha apertamente appoggiato il programma di riforma del potere giudiziario anche se certe modifiche limitano proprio i poteri del capo dello Stato a vantaggio di quelli della maggioranza parlamentare e del Ministro della Giustizia). Si sono mobilitati anche i *media*, le facoltà di giurisprudenza (nonostante una serie di costituzionalisti pro "riforme", come B. Banaszak, M. Muszyński e M. Warciński: questi due ultimi sono stati eletti giudici costituzionali rispettivamente nel dicembre 2015 e nel dicembre 2016 mentre il primo è stato nominato nella Commissione di Venezia nell'aprile 2016 e nel Tribunale di Stato nel gennaio 2017; Muszyński, che è uno dei tre giudici "illegittimi" eletti dal Sejm in violazione delle sentenze del Tribunale costituzionale del 3 e 9 dicembre 2015, è anche membro sostituto della Commissione di Venezia ed è stato nominato vice presidente del Tribunale dopo un periodo di ferie forzate del predecessore il 15 luglio 2017), diverse ong, e un movimento spontaneo nato su Facebook chiamato KOD, *Komitet Obrony Demokracji* (Comitato per la protezione della democrazia), seguito dal movimento "Cittadini della Repubblica".

Altri anticorpi sono stati finora messi in azione dagli stessi giudici o da organi territoriali (si vedano i ripetuti appelli al rispetto delle sentenze del TC nonostante la mancata pubblicazione di alcune delle decisioni più intollerabili per il governo, sia da parte di giudici ordinari che di consigli regionali, o l'impegno di una serie di giudici comuni a non rispettare le sentenze adottate dai tre giudici costituzionali "impostori"; l'aperto sostegno al TC da parte dello stesso Consiglio Superiore della Magistratura; la contestazione dinanzi ai tribunali ordinari dell'elezione del presidente del TC Przyłębska: alcune di queste vicende in A. Angeli, *Le derive*, cit., pp. 19-22) e forse proprio per questo la riforma in corso cerca di metterli a tacere, dopo avere ridotto il Tribunale costituzionale ad un organo di fatto non funzionante (come ammesso dalla stessa Commissione europea nella Raccomandazione del 26 luglio 2017). Inoltre, da quando la riforma del Tribunale costituzionale è diventata effettiva i giudici di ogni grado si sono mobilitati per mettere in piedi una sorta di controllo di costituzionalità diffuso, in questo supportati dalla dottrina (P. Mikuli, *Toward a diffused judicial review system in Poland?*; M. Wyrzykowski, *Decline of control of constitutionality v. fragmentation of the legal system*, papers presentati all'ICON-S 2017 Conference on Courts, Power, Public Law, University of Copenhagen, 5-7 luglio 2017; Wyrzykowski auspica anche una crescita delle *preliminary references* alla Corte di Lussemburgo per spostare al di fuori del paese la tutela di alcuni diritti fondamentali; in entrambi i casi ci si appella all'applicazione diretta della Costituzione prevista dall'art. 8, c. 2 della stessa). In alcune decisioni della Corte suprema e della Corte amministrativa suprema si trovano tracce di questo tipo di controllo che la dottrina giustifica sulla base del principio di necessità.

Per quanto riguarda le pressioni esterne, queste si sostanziano prevalentemente nella mobilitazione dell'opinione pubblica internazionale e in blande minacce da parte degli

organismi dell’Unione europea. Le uniche possibilità pratiche di incidere sul governo polacco risiedono nell’attivazione della procedura di infrazione da parte della Commissione (iniziata il 29 luglio 2017 con l’invio di una lettera formale di notifica al governo polacco: purtroppo si possono contestare solo aspetti limitati dell’ampio progetto di riforma della giustizia che si sostanzia in ben 4 leggi, e precisamente la discriminazione di genere nell’età di pensionamento dei giudici che sarebbe contraria all’art. 157 TFEU ed alla direttiva 2006/54, anche se nella lettera di notifica la Commissione ha condannato gli estesi poteri attribuiti al Ministro della Giustizia che potrebbero violare il principio di indipendenza del giudiziario ex art. 19(1) TEU e 47 della Carta dei diritti fondamentali), già sperimentata nel caso ungherese con risultati limitati (la Corte di Giustizia ha condannato l’Ungheria per il pensionamento anticipato dei giudici ma questi non sono stati riammessi in servizio avendo preferito accettare una compensazione monetaria). Invece la procedura puramente simbolica del *rule of law framework*, applicata per la prima volta proprio nei confronti della Polonia, ha già fallito nell’ottobre scorso, quando i tre mesi concessi alla Polonia per modificare le disposizioni di legge lesive dello stato di diritto sono inutilmente trascorsi senza alcuna sanzione come pure gli ulteriori due mesi concessi dalla nuova Raccomandazione del 21 dicembre 2016 (pur avendo il Parlamento polacco eliminato alcune delle disposizioni controverse – evidenziate anche dai pareri della Commissione di Venezia – nella legge sul TC del 22 luglio 2016, tuttavia oggetto di valutazione negativa nel parere dell’organo del Consiglio d’Europa il 15 ottobre successivo). La stessa procedura di *infringement* che può portare alla pronuncia della Corte di giustizia è lunga ed ha una serie di limiti intrinseci, non essendo pensata per violazioni sistemiche e di tale natura. Il 26 luglio 2017 la Commissione europea, adottando una nuova *Rule of law Recommendation*, ha minacciato anche l’attivazione dell’art. 7 del TUE ma difficilmente si procederà in questo senso. Su questa o altre soluzioni, alcune molto originali e fantasiose, si segnalano diversi contributi della dottrina in lingua inglese (tra cui quelli raccolti nel volume a cura di C. Closa and D. Kochenov, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016).

L’analisi dettagliata dei singoli provvedimenti adottati in Polonia dal novembre 2015 ad oggi non è utile se non accompagnata da considerazioni più generali sullo stato di salute delle democrazie costituzionali in generale e sulle giustificazioni concettuali che gli stessi dirigenti polacchi adottano per spiegare il proprio percorso (con la netta contrapposizione tra “democrazia” – in realtà demagogia populista – e “costituzionalismo liberale”, da essi inteso come insieme di congegni non democratici, elitari ed intellettualmente avulsi dalle necessità popolari). La vicenda polacca rischia di essere un’altra cronaca di una morte annunciata, un esempio di come una democrazia, benché giovane, assista annichilita alla disapplicazione del dettato costituzionale ed alla revisione tacita dello stesso tramite legislazione ordinaria (il Presidente Duda ha addirittura promesso un referendum consultivo sulla riforma costituzionale: anche questo *contra constitutionem*). Si tratta di un virus che può colpire anche democrazie più antiche in nome della superiorità della volontà degli eletti sui complicati meccanismi costituzionali di garanzia.

Da quanto detto non stupisce che l’involuzione polacca e quella ungherese abbiano dato vita negli ultimi anni ad un ricco dibattito della dottrina, prevalentemente in lingua inglese, relativamente al decadimento delle democrazie. Il pregio di queste ricerche è di produrre nuove formule esplicative che vadano oltre le tradizionali categorie del diritto pubblico e della scienza politica evitando la secca alternativa autocrazia/democrazia, e in grado di tenere insieme fenomeni geneticamente diversi (“abusive constitutionalism”, “unconstitutional constitution”, “authoritarian democracy”, “democratic backsliding”, “democratic deconsolidation”, “constitutional deconstruction”, “democratic decay”, “democratorship”, “populist constitutionalism”; più neutri i termini “constitutional crisis” o “democratic crisis”, “constitutional retrogression”: vari contributi di T.G. Daly, A. von Bogdandy, P. Sonnevend, N. Bermeo, K. L. Scheppele, P. Blokker, J.W. Müller, molti sono pubblicati sul *Journal of Democracy*; utili anche alcuni riferimenti dottrinali al *political constitutionalism* che sembra vivere nuovi fasti). Tuttavia alcuni di questi interventi non possono fare a meno di suscitare perplessità, per la tendenza ad accomunare fenomeni diversi in aree geografiche distanti e in casi in cui la democrazia non ha mai attecchito. Certamente

condivisibili sono alcuni spunti interpretativi, come il fallimento della condizionalità democratica di diverse organizzazioni sovranazionali e soprattutto dei meccanismi puramente giurisdizionali di soluzione di questi contrasti a favore di una mediazione para-diplomatica o della *soft law* (così T.G. Daly, *The Democratic Recession and the 'New' Public Law: Toward Systematic Analysis*, paper presentato alla I-CON Conference su *Borders, Migration and the Other*, Berlino, 17-19 giugno 2016). Prima di certificare apoditticamente la fine della democrazia nel cuore dell'Europa è però opportuno attendere qualche altro sviluppo o ricordare quanto ciclicamente avvenuto nell'area in tempi non molto remoti e soprattutto evitare pericolose condanne cumulative.

Il politologo e filosofo del diritto ungherese István Bibó parlava, nel 1946, del «nazionalismo antidemocratico», della «mistificazione della democrazia», e di «una certa arretratezza costituzionale nel campo della cultura politica» dei paesi dell'Europa centrale e orientale (trad. it. *Miseria dei piccoli Stati dell'Europa orientale*, il Mulino, 1994, pp. 56-57). Sono passati diversi decenni e due profonde trasformazioni politico-costituzionali nei paesi dell'area (quella comunista e quella post-comunista) ma i giudizi, *mutatis mutandis*, possono essere replicati. Anche gli attori regionali sotto la cui egida queste piccole – o meno piccole – nazioni si muovono sono più o meno gli stessi: l'Europa, la Russia, gli USA (più NATO). Si confermerebbe dunque per (alcuni) di questi paesi una risposta negativa al tentativo di instaurare un sistema democratico duraturo (così smentendo l'ottimismo di chi dava per scontato il consolidamento della democrazia con l'ingresso nella UE). Già nel periodo tra le due guerre, alla nascita dello Stato nazionale in quest'area geografica, ci si poneva gli stessi interrogativi ossia se fosse possibile la democrazia nell'Europa orientale a causa delle «carenze morali, intellettuali e culturali» non solo delle masse «ma soprattutto delle classi dominanti» (H. Seton-Watson, *Le democrazie impossibili. L'Europa orientale tra le due guerre mondiali*, Rubettino editore, Soveria Mannelli, 1992, pp. 313). Anche allora, come oggi, il problema della sovranità era molto sensibile. L'Unione europea viene percepita oggi dalla Polonia come un attore esterno colpevole di ingerirsi negli affari interni della “democrazia” polacca (per un commento delle dichiarazioni pubbliche di vari esponenti dell'esecutivo polacco vedi K. Lane Scheppele, L. Pech, *Poland and the European Commission, Part III: Requiem for the Rule of Law*, in www.verfassungsblog.de, 3 marzo 2017).

La maggioranza di centro-destra polacca sembra intenzionata ad andare avanti a tutti i costi, avendo ignorato apertamente finora non solo le Raccomandazioni della Commissione europea e gli appelli di altri organismi istituzionali internazionali, ma la stessa comunità nazionale dei giuristi (per l'elenco dei pareri negativi sul nuovo pacchetto giustizia da parte dei tribunali ed altri organi direttamente interessati compresi i procuratori e gli ex presidenti del TC, e anche di organizzazioni di categoria delle principali professioni legali, si rinvia alla terza Raccomandazione della Commissione europea sulla rule of law in Polonia del 26 luglio 2017 già citata).

Tuttavia bisogna stare attenti a distinguere i paesi e le situazioni. Diverse narrative mistificatorie aleggiano nella pubblicistica italiana di questi ultimi mesi. Ad esempio che l'Unione europea non avrebbe verificato le cosiddette credenziali democratiche di questi paesi (V. Zagrebelski, *Le democrazie illiberali contro i giudici*, in *La Stampa*, 21 luglio 2017) appiattendolo il suo controllo su mere verifiche di stampo tecnico-economico, così dimenticando il lungo e faticoso percorso della condizionalità democratica europea. Un altro mito da sfatare è quello che porta ad accomunare i paesi di Visegrad in riferimento alle degenerazioni nazionaliste ed alle violazioni della rule of law. Ora, se i V4 hanno adottato una posizione comune in merito alla distribuzione delle quote dei migranti, sotto l'impulso del premier ungherese, non è assolutamente corretto accomunarli dal punto di vista dello sviluppo politico e costituzionale. Anche tra Polonia ed Ungheria ci sono enormi differenze ma certamente né la Slovacchia né tanto meno la Repubblica ceca meritano una valutazione fuori contesto e senza alcun riferimento concreto (tra l'altro il 24 luglio scorso i presidenti delle corti costituzionale, suprema, amministrativa suprema, il procuratore generale e l'ombudsman cechi hanno pubblicato una dichiarazione congiunta di aperta condanna della legislazione di riforma del sistema giudiziario in Polonia esprimendo la loro preoccupazione circa la violazione dei valori della civiltà europea). Analogamente non risulta praticabile, a

nostro avviso, una comparazione così ampia con paesi molti distanti culturalmente e geograficamente per ravvisare a tutti i costi un trend generale di decadimento delle democrazie, in una sorta di riedizione delle ondate (questa volta regressive) di huntingtoniana memoria (vedi A.Z. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA Law Review*, Vol. 65, 2018). Se delle similitudini possono ravvisarsi con la Russia putiniana (è evidente che le restrizioni sui *media*, le ong straniere e le manifestazioni pubbliche sono un diretto portato di quel modello; e del resto non sarebbe la prima volta che la Russia esporta modelli in questi paesi), azzardati sono i raffronti con Turchia, USA di Trump, Venezuela, Sudafrica e simili. Francamente esagerato appare anche chi parla della fine dell'Europa centrale e del ritorno della semplificazione dicotomica Europa occidentale-Europa orientale (B. Bugarcic, *Disappearance of Mitteleuropa? On the Resurgence of Nationalist Populism in Post-communist Europe*, paper presentato all'ICON-S 2017 Conference on Courts, Power, Public Law, University of Copenhagen, 5-7 luglio 2017).

Nonostante i motivi per sperare in una soluzione felice della vicenda siano pochi, perlomeno a breve termine, alla luce della limitata incidenza degli attori europei gli anticorpi interni sono gli unici che, nel lungo periodo, possono portare alla soluzione dei deficit democratici osservati. Polonia e Ungheria hanno già dimostrato in passato di avere la forza di ribaltare situazioni politiche estreme con la forza dell'opposizione civica, europeista, e delle proprie tradizioni culturali: una nuova Solidarność nel caso polacco e un riscatto delle forze di sinistra nel caso ungherese? La mobilitazione civica (di cittadini, associazioni, attori culturali come le università, etc.) e la lettura pubblica della Costituzione testimoniano che questa esce dal dominio ristretto degli specialisti per diventare di dominio sociale. Vedremo se la fine del dominio elitario sul discorso costituzionale potrà portare ad un riscatto popolare contro le più bieche strumentalizzazioni populiste.

4. – Nelle more della pubblicazione di questa Nota, sono intervenuti gli aggiornamenti attesi. Entro il termine dei due mesi che aveva promesso dal momento dell'apposizione dei propri veti, e precisamente il 24 settembre, il Presidente Duda ha trasmesso al *Sejm* [i due disegni di legge di propria iniziativa sulla Corte suprema e sul Consiglio nazionale della magistratura](#).

Con riguardo alla Corte suprema, Duda sottolinea con enfasi, nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, il ricorrere nel mese di ottobre di quest'anno del centenario della sua istituzione (in effetti [celebrata tra tante apprensioni](#)). L'iniziativa presidenziale conferma in primo luogo la revisione della divisione in sezioni della Corte suprema, con l'aggiunta di una sezione «di controllo straordinario e degli affari pubblici» e di una sezione disciplinare alle tre già esistenti. La prima delle due nuove sezioni sarebbe competente a conoscere e giudicare in merito a ricorsi straordinari contro sentenze che sono già passate in giudicato, ma che secondo i titolari del diritto a ricorrere – che dovrebbero essere una serie di istituzioni di garanzia, ma anche minoranze parlamentari e il Ministro della giustizia-Procuratore generale – siano lesive di principi o diritti di libertà espressi nella Costituzione, fondate su un'erronea interpretazione del diritto o una sua inappropriata applicazione, contengano errori di fatto o contraddizioni nei propri dispositivi e motivazioni rispetto agli elementi di prova raccolti nel procedimento. La sezione disciplinare è di per sé causa di preoccupazioni per i rischi almeno potenziali di intimidazione che la sua azione può esercitare nei confronti dell'intera magistratura comune giudicante. Di impatto non minore le previsioni in ordine alla composizione dell'organo e allo status dei suoi membri. Diversamente dalla legge già rinviata, la proposta presidenziale non stabilisce la decadenza e il pensionamento immediato e automatico – salvo eccezioni volute dal Governo – di tutti i giudici della Corte suprema in carica, ma unicamente di quelli che hanno compiuto i 65 anni di età, salve norme transitorie ed eccezioni di breve durata che implicano comunque un discrezionale coinvolgimento del potere politico (ritorna qui la controversia relativa alla prima presidente M. Gersdorf, affrontata nel par. 2, per cui sarebbe comunque “calpestata” la durata in carica di sei anni prevista dall'art. 183, c. 3 cost.). Un'altra previsione aggiuntiva è quella che conferisce alla già menzionata sezione di controllo straordinario il potere di decidere definitivamente in merito alla validità delle elezioni legislative, presidenziali,

amministrative ed europee, che preoccupa a causa dell'eccessiva influenza del potere esecutivo in merito alla composizione di tale sezione. Elementi critici sono aggiunti dall'istituzione di giurie popolari nei procedimenti dinnanzi alle singole sezioni, che rischiano di creare confusione e alterazione degli equilibri esistenti.

Per quanto riguarda il progetto sul Consiglio nazionale della magistratura, si mantiene in pieno la previsione dell'elezione parlamentare anche dei membri "togati", con il che sono mantenute tutte le ragioni di critica già sopra espresse, compresi i rilievi sulla maggioranza dei tre quinti. Il Presidente Duda si è posto il problema del rischio di stalli e ha pensato di risolverlo con la soluzione di riserva del voto limitato in aula (incrementando così la probabilità che risulti eletta una maggioranza di giudici voluta dal PiS, che potrebbe anche puntare, in sede di prima votazione, a far mancare i tre quinti proprio per passare al secondo metodo di voto). Egli ha riconosciuto che non si tratta della soluzione ideale, la quale invece – a suo avviso – consisterebbe nell'avocazione a se medesimo del potere di nomina dei membri togati, qualora il Sejm non riuscisse a pervenire a un tale compromesso. Ma simile innovazione sarebbe **incostituzionale**, sempre secondo Duda, in quanto non prevista tra i poteri presidenziali enumerati nel comma 3 dell'art. 144 Cost. Sarebbe dunque il caso di modificare la Costituzione per introdurre una simile competenza, aggirando con norma costituzionale un presunto divieto che a quel livello sarebbe stato posto, piegando la legge fondamentale alle esigenze di quella ordinaria. Ora, a parte che altre ben più pesanti e palesi lesioni costituzionali non sembrano esser state degne di un tale scrupolo, va rilevato che l'elencazione di ben trenta tipi di atto ad opera della norma sopra citata non è affatto esaustiva dei poteri presidenziali – che, come tali, non sono sottoposti ad enumerazione – ma è unicamente riferita ad atti che il costituente ha voluto come svincolati dall'obbligo di controfirma ministeriale o governativa, il che già implicitamente fa assumere che il capo dello Stato disponga di altri poteri assegnati dalla Costituzione o dalla legge (come infatti avviene). Nulla escluderebbe, nel silenzio per il resto della Costituzione, che il capo dello Stato potesse procedere a tali nomine, o almeno una tale facoltà non sarebbe molto più incostituzionale della previsione formulata dell'elezione parlamentare. Ma vi sarebbe appunto l'obbligo di controfirma, ciò che nella situazione attuale può non essere più così scontato.

Le reazioni alle proposte presidenziali non sono delle più favorevoli, e ciò per motivi differenziati a seconda di chi le ha espresse. Le opposizioni parlamentari, e ancor più quella parte dell'opinione pubblica che si era duramente opposta alle leggi di luglio, esprimono tutto il proprio rammarico e la delusione – sarebbe meglio parlare di disillusione – per i progetti presentati, dai quali si attendevano (o mostravano di attendersi) una cura autentica per la divisione dei poteri. Dalla dottrina, sia pure con la brevità di reazioni 'a caldo', piovono già commenti a dir poco taglienti (tra tutti, in inglese, M. Matczak, *President Duda is destroying the Rule of Law Instead of Fixing it*, in www.verfassungsblog.de, 29 settembre 2017). Per quanto riguarda il partito di governo, Diritto e giustizia (PiS), le reazioni sono miste a prevalenza negativa. Si teme che i progetti presidenziali rallentino quella riforma radicale della giustizia di cui si sostiene la necessità; si avanza il dubbio che Duda possa cercare troppi compromessi con le opposizioni dopo essersi riconquistato uno spazio autonomo nella politica giudiziaria; si contesta in generale l'insufficiente radicalismo delle soluzioni proposte.

Sul piano delle prospettive politiche, la situazione che si registra è dunque della massima incertezza. Si è argomentato che se solo Kaczyński lo avesse voluto, dato il ritmo impresso ai lavori parlamentari negli ultimi due anni, i progetti presidenziali depositati il 24 settembre sarebbero già a uno stadio avanzato del proprio iter, se non già legge in vigore dello Stato, e che il fatto che così non sia farebbe sorgere qualche dubbio sull'identificazione del vero leader politico della nazione. In effetti, le minacce alla Costituzione contenute nei nuovi progetti, in quanto appena meno marcate, non sono per ciò stesso meno reali delle precedenti, con ciò confermando l'ipotesi di partenza, ossia che i veti presidenziali fossero legati per l'essenziale a equilibri in seno al partito al potere. Ed è per questo, verosimilmente, che le iniziative di Duda sono state per il momento nascoste nei cassetti delle competenti

commissioni del Sejm, anche se vi è chi teme che possano tornare alla luce appena se ne creino le condizioni.

Si rileva in conclusione un paradosso. Una parte di democrazia liberale, un brandello sia pure importante di legalità costituzionale, potrebbe essere portato in salvo in Polonia, sia pure a tempo determinato e in senso formale – già enormi essendo i danni arrecati alla fiducia popolare nella giustizia –, non perché vi sia una forza formale e sostanziale della Costituzione a difesa di se stessa (essendo questa già stata liquidata da tempo); non perché l’opposizione, o le proteste popolari, o le pressioni europee e internazionali siano riuscite a frenare questo processo con le proprie iniziative; ma solo per i reciproci freni derivanti da uno scontro di potere, e di prestigio, in seno al partito dominante. Forse anche dai paradossi può derivare una parte di bene e di speranza.

La sicurezza nell'era Macron: la regola confermerà l'eccezione?

di Chiara Graziani

Title: Security in Macron's age: will the rule prove the exception?

Keywords: France; Terrorism; Emergency.

1. – Lo scorso 7 giugno il Governo francese ha presentato il c.d. nuovo pacchetto sicurezza, ossia il «*Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*».

Dopo che, il 15 giugno, il *Conseil d'État* si è espresso favorevolmente su di esso, il progetto di legge è stato approvato dal *Conseil des Ministres* su presentazione del Ministro dell'Interno, Gérard Collomb, e trasmesso al Senato per la prima lettura il 22 giugno. Il 28 giugno, poi, il Governo ha fatto richiesta di applicazione della procedura legislativa accelerata al fine di una più sollecita conclusione dell'*iter legis*. Il Senato ha esaminato il testo e lo ha adottato il 18 luglio (229 voti favorevoli e 106 contrari). Il progetto è stato quindi trasmesso all'Assemblea nazionale il giorno successivo, la quale lo sta al momento esaminando.

Va sin da subito sottolineato che, contestualmente al progetto di legge in esame, ne è stato presentato e approvato un altro, volto a prorogare fino al 1° novembre 2017 l'*état d'urgence*, che sarebbe altrimenti terminato il 15 luglio 2017. La legge è stata votata in Parlamento il 6 luglio (*loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*). Si tratta della sesta proroga da quando lo stato d'urgenza è stato per la prima volta proclamato, nel novembre 2015, e poi sistematicamente rinnovato.

Tuttavia, non è possibile concepire che lo stato d'urgenza continui ad essere esteso *sine die*. È proprio questa la *ratio* del *projet de loi* qui commentato, il quale, stando alle spiegazioni fornite dal Governo, mira a dotare il diritto comune di strumenti di lotta al terrorismo internazionale che si rivelino efficaci a tal punto da permettere l'uscita dallo stato d'urgenza. Infatti, la relazione introduttiva al progetto di legge, in cui vengono esposti i motivi della presentazione dello stesso, sottolinea che lo stato d'urgenza deve essere concepito come uno strumento cui fare ricorso in circostanze eccezionali. Se però la minaccia terroristica dà prova di essere una condizione permanente, cosa che sta effettivamente accadendo, e i suoi effetti non appaiono mitigarsi con il tempo, risulta necessario che essa sia fronteggiata tramite strumenti di diritto comune. Pertanto, il progetto di legge in esame si propone la finalità di dotare il diritto comune di strumenti di lotta al terrorismo che siano, ad un tempo, efficaci ed idonei ad essere usati al di fuori dello stato emergenziale.

Il progetto di legge si compone di quattro titoli. Il primo titolo contiene disposizioni di prevenzione del terrorismo: in particolare, vi sono una serie di norme volte ad ampliare i poteri in capo alle competenti autorità – per lo più prefetture e di polizia – di disporre misure amministrative fortemente incidenti sulla libertà personale, seguite da alcune disposizioni che regolano la raccolta e utilizzo dei dati di passeggeri di vettori aerei. Il secondo titolo riguarda le tecniche di sorveglianza: a questo proposito, va detto che le norme in esame risultano coerenti con l'orientamento legislativo che, a partire dall'indomani degli attentati

del gennaio 2015, si è concentrato sulla restrizione dei diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati. Il terzo titolo si sofferma sul controllo delle frontiere. Da ultimo, il quarto titolo dispone l'estensione del contenuto degli altri tre ai territori d'oltremare.

2. – Appare opportuno analizzare nel dettaglio ciascuno dei tre titoli contenenti disposizioni “sostanziali” – riservando una trattazione più stringata al quarto, dedicato in larga parte a disposizioni di adattamento ai menzionati territori – onde trarre qualche considerazione relativa all'impatto delle norme in esso esplicitate sullo stato attuale del bilanciamento fra sicurezza e diritti nel contesto francese.

Il primo titolo, relativo alle misure di prevenzione, contiene sette articoli. Si tratta del titolo su cui si rileva il numero maggiore di emendamenti apportati da parte del Senato rispetto al testo originale. I primi quattro articoli riguardano perlopiù poteri del prefetto. Anzitutto, l'autorità prefettizia viene investita del potere di instaurare i c.d. *périmètres de protection*, nei quali le forze dell'ordine e gli agenti di sicurezza possono porre in essere controlli e perquisizioni. Chiunque si rifiuti di essere sottoposto a tali misure può essere allontanato dalle zone in questione. Questa misura è stata commentata positivamente dal Ministro dell'Interno, che ha sottolineato come essa sia funzionale a permettere l'organizzazione di eventi pubblici di ampia portata, senza rinunciare alla sicurezza: in altri termini, basterà che il luogo in cui l'evento pubblico si svolge sia definito come *périmètre de protection*, al fine di garantire un più stringente controllo da parte delle autorità al suo interno. Altri – perlopiù associazioni professionali di avvocati e magistrati ed enti per la promozione dei diritti umani – hanno ampiamente criticato questo strumento, sottolineando come la sua applicazione potrebbe condurre alla creazione di “zone franche” quanto al rispetto dei diritti. Inoltre, il prefetto può disporre – e qui il progetto di legge riprende una disposizione che prima era applicabile unicamente in costanza dello stato d'emergenza – la chiusura dei luoghi di culto, nel caso in cui ritenga che le idee che in essi vengono manifestate o gli atti ivi compiuti siano idonei a provocare azioni terroristiche in Francia o all'estero, oppure incitino alla violenza, o ancora ne facciano apologia. Il periodo massimo di chiusura può raggiungere i sei mesi. In realtà, su questa disposizione il *Conseil d'État*, pur ritenendola in generale giustificata e proporzionata, aveva invitato il Governo a ridurre il periodo massimo a quattro mesi. Quanto alle garanzie giurisdizionali, contro il provvedimento di chiusura è possibile presentare ricorso davanti al giudice amministrativo, che si configura quindi necessariamente come rimedio *ex post*. Va anche rilevato che, proprio in relazione ai poteri prefettizi esercitabili durante lo stato di emergenza, si era recentemente pronunciato il *Conseil Constitutionnel* con la *décision n° 2017-635 QPC* del 9 giugno, in cui aveva dichiarato l'incostituzionalità della norma della legge del 1955 (recante la disciplina dell'*état d'urgence*) relativa al potere del prefetto di vietare a persone sospette la permanenza in aree di territorio più o meno definite, rilevando l'eccessiva vaghezza del suo *drafting*. Gli effetti pratici di questa decisione non appaiono particolarmente rilevanti, dato che, negli articoli esaminati, i poteri del prefetto non possono certo dirsi sottoposti a limiti stringenti. L'articolo 3, poi, riguarda poteri del Ministro dell'Interno, il quale può disporre «*mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance*» nei confronti di persone nei cui riguardi esistano seri motivi di ritenere che rappresentino una minaccia particolarmente grave per la sicurezza e l'ordine pubblico, che abbiano relazioni abituali con persone o organizzazioni che incitano o partecipino ad atti di terrorismo oppure li facilitino, o ancora aderiscano ad opinioni che incitano al terrorismo o ne facciano l'apologia. L'insieme degli obblighi che possono essere imposti dal Ministero dell'Interno a tali soggetti sono definiti dalla legge stessa e consistono per lo più in limitazioni della libertà di circolazione; si prevede anche l'uso del braccialetto elettronico. Non esiste controllo giurisdizionale *ex ante* di questo tipo di misure, ma solo un controllo *ex post* da parte del giudice amministrativo. Segue l'articolo 4, che prevede la possibilità di perquisizioni amministrative. Esse hanno come ambito di applicazione soggettivo gli stessi presupposti del blocco di misure di sorveglianza individuale di cui si è parlato sopra, ossia il sospetto che l'individuo rappresenti una minaccia particolarmente grave per la sicurezza nazionale e abbia legami con persone o organizzazioni

che perseguano una finalità terroristica, oppure che diffonda idee terroristiche. Le perquisizioni sono condizionate all'autorizzazione preventiva da parte del *juge des libertés et de la détention* presso il *tribunal de grande instance* di Parigi. L'introduzione di tale autorizzazione è stata giudicata particolarmente importante dal *Conseil d'État*, che, nel citato parere, aveva rilevato come ciò contribuisse a rendere la norma maggiormente garantistica rispetto a quella analoga prevista dalla legge che regola lo stato d'urgenza. Non ha subito mitigazioni, invece, la previsione secondo cui queste perquisizioni possono essere poste in essere anche nelle ore notturne, cosa che, fino a questo momento, poteva accadere solo durante il periodo di vigenza dello stato di urgenza. Si tratta dunque, di fatto, di una vera e propria normalizzazione di tale potere di ingerenza da parte delle autorità; in effetti, è stato previsto un correttivo dopo l'esame del Senato, che ha reso queste misure applicabili fino al 2021 (art. 4-bis), obbligando il Governo a presentare annualmente al Parlamento un rapporto annuale sulla loro applicazione. Lo stesso vale per le misure di sorveglianza individuale, poc'anzi descritte. È stato aggiunto al progetto, inoltre, l'art. 4-bis A, che incentiva le persone giuridiche di diritto pubblico a stipulare convenzioni con associazioni o fondazioni che si occupino di contrastare la radicalizzazione per portare avanti progetti a ciò mirati.

Lo stesso titolo, inoltre, contiene due articoli (artt. 6 e 7) il cui scopo, qualora verranno approvati in via definitiva, sarà quello di dare attuazione alla direttiva (UE) 2016/681, entrata in vigore il 21 aprile 2016 e che gli Stati membri sono obbligati a recepire entro il 25 maggio 2018. Tale direttiva disciplina l'utilizzo dei dati PNR (*Passenger Name Record*) per la prevenzione e la persecuzione di reati terroristici e altri gravi reati, nell'ambito di tratte aeree che colleghino uno Stato membro UE con un Paese terzo, obbligando le compagnie aeree alla comunicazione dei dati PNR alle autorità dello Stato membro. Per dare idonea attuazione a tale direttiva, il Governo francese ha ritenuto necessario rendere permanente il sistema di raccolta e trattamento dei dati già utilizzato in Francia, in vigore dal 2014 e adottato in via sperimentale, se non fosse intervenuto questo progetto di legge, fino al 31 dicembre 2017. Si tratta del c.d. *système API-PNR*. Esso permette l'utilizzo dei dati di prenotazione (PNR) e di quelli raccolti al momento dell'imbarco (API, acronimo di *Advanced Passenger Information*) dei passeggeri di tutti i voli a destinazione e provenienza nazionale. L'articolo 7 del progetto crea poi un sistema di centralizzazione dei dati di passeggeri che si avvalgono di mezzi di trasporto non aerei, ma marittimi, per raggiungere o lasciare il territorio francese. La definizione delle modalità dettagliate di applicazione di questo regime è rinviata ad un decreto di attuazione. In verità, la direttiva che si intende attuare richiederebbe la creazione di un'autorità incaricata della protezione dei dati, non prevista dal progetto; tuttavia, come notato dal *Conseil d'État*, ciò è prescritto anche dalla direttiva (UE) 680/2016, che riforma il regime generale di trattamento dei dati personali, per cui la scelta potrebbe dipendere dalla volontà di attendere il recepimento di quest'ultima, per poi eventualmente specificare il regime relativo ai dati PNR.

Il secondo titolo del progetto di legge in commento (recante "*techniques de renseignement*") instaura un nuovo regime giuridico relativo alla sorveglianza delle comunicazioni via radio. A tal proposito, va ricordato in via preliminare che, il 21 ottobre 2016, tramite la *décision n° 2016-590 QPC*, il *Conseil Constitutionnel* aveva dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione (art. L. 811-5 del *Code de la sécurité intérieure*), ritardandone però gli effetti al 31 dicembre 2017. La norma in questione permetteva ai pubblici poteri di attuare una sorveglianza indiscriminata sulle comunicazioni via radio, a prescindere da qualsiasi garanzia sostanziale e procedurale esistente per porre sotto sorveglianza altri tipi di comunicazione, laddove l'interesse nazionale lo rendesse necessario. Le misure che verrebbero introdotte dal nuovo progetto di legge sono state presentate dal Governo proprio come un meccanismo di adeguamento alla appena ricordata decisione di incostituzionalità. Infatti, la sentenza del *Conseil Constitutionnel* aveva fondato l'incostituzionalità della norma sulla base del fatto che l'incidenza sulla vita privata e sulla segretezza della corrispondenza appariva eccessiva a fronte di una esigenza giustificativa troppo ampia. Del resto, il giudice costituzionale aveva rilevato la vaghezza del contenuto delle misure di sorveglianza e dei presupposti sostanziali per porle in essere, nonché la mancanza di qualsiasi tipo di controllo. Tuttavia, ritenendo indispensabile procedere alla

sorveglianza di questo genere di comunicazioni, il Governo propone una base giuridica più stringente e definita per tali misure. Innanzitutto, viene fatta una distinzione fra le comunicazioni poste in essere per il tramite di reti radio riservate ad un gruppo ristretto e definito di utenti, non implicanti l'intervento di un operatore di comunicazione pubblico, e comunicazioni che avvengono al di fuori di questo tipo di reti che possono definirsi "private". Solo le prime sono soggette al nuovo regime giuridico, il quale prevede l'autorizzazione preventiva del Primo Ministro, previo parere della *Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement* (CNCTR), ed una durata massima di quattro mesi, rinnovabili al termine del periodo. Oggetto dell'intercettazione può essere l'intera rete, ma anche una persona predeterminata. Il periodo di conservazione dei dati è di trenta giorni per la corrispondenza e quattro anni per i dati di connessione. Vengono regolati anche il regime di trascrizione dei dati e le modalità di distruzione. Si ritiene opportuno sottolineare che l'intercettazione di fattispecie di comunicazioni diverse da quella appena ricordata (comunicazioni radio che avvengono su reti private e non necessitano dell'intervento di un operatore che utilizza una rete aperta al pubblico) sottostà, alternativamente, alla *loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement* oppure alla *loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électronique internationales*. Quella cui si applicherebbe la disciplina introdotta dalla proposta di legge in esame risulta essere, pertanto, una fattispecie residuale, riguardante comunicazioni che non possono essere sottoposte ad intercettazione tramite una delle due tecniche ora menzionate.

Il terzo titolo del progetto di legge si concentra su misure di controllo delle zone frontaliere interne ed esterne, che includono porti, aeroporti, stazioni ferroviarie e strade aperte al traffico internazionale. L'articolo 10 del progetto di legge – che modifica l'articolo 78-2 del codice di procedura penale francese, il quale consente i controlli entro un perimetro di venti chilometri all'interno della frontiera, nonché nelle zone accessibili al pubblico di porti, aeroporti, stazioni e strade aperte al traffico internazionale identificate tramite decreto – estende la durata temporale di questo tipo di controlli. In diverse decisioni la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha rimarcato che, al fine di non interferire in maniera eccessiva con il fondamentale principio della libera circolazione delle persone, i controlli non possono essere sistematici, altrimenti configurerebbero una misura di effetto equivalente ad un sistema permanente di verifica di chi entra ed esce dai confini. Ciò è stato sottolineato anche dal parere del *Conseil d'État*, che però ha ritenuto la disciplina in esame compatibile con tale giurisprudenza. La durata attuale massima dei controlli è di sei ore; tuttavia, essa è stata ritenuta dal Governo insufficiente a garantire un'adeguata prevenzione di gravi reati e, soprattutto, di atti terroristici. Pertanto, la proposta consiste nel portare la durata massima della permanenza dei controlli su uno stesso luogo a dodici ore. Inoltre, viene introdotta la possibilità di attuare controlli nelle zone frontaliere esterne, da designare per mezzo di decreto ministeriale.

Solo per completezza, è opportuno fare cenno al quarto titolo, il quale è formato da un solo articolo e contiene disposizioni di adattamento di quanto introdotto tramite l'intero testo del progetto di legge ai territori d'oltremare.

3. – Il progetto di legge in questione si inserisce in un insieme di testi legislativi che, a far data dal 2014-2015 (ma ci sono diversi esempi precedenti, volti a rispondere sia alla minaccia terroristica del post-9/11, sia a quella manifestatasi ancor prima con diversi attentati negli anni '80 e '90), presentano come *trend* comune la tendenza ad una forte limitazione dei diritti fondamentali in nome della sicurezza nazionale.

Ad esempio, la *loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme* e il relativo decreto di attuazione, ossia il *decret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage administratif des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie*, limitano in maniera consistente la libertà di espressione su Internet, prevedendo la possibilità di rimozione di contenuti online che siano ritenuti anche semplicemente encomiastici di atti di terrorismo posti in essere nel passato. Sebbene il progetto di legge che qui si commenta non affronti in via diretta la tematica del rapporto fra

sicurezza nazionale e libera manifestazione del pensiero in rete, si può constatare come anche alcune delle misure da esso introdotte – si pensi alla chiusura per via amministrativa dei luoghi di culto – abbiano come presupposto uno standard di rischio molto ridotto, consistente nella mera apologia di atti terroristici. Peraltro, l'imposizione di una misura antiterrorismo a fronte di un legame causale piuttosto attenuato fra una condotta e il reale rischio di commissione di un atto di terrorismo costituisce una tendenza non certo isolata a livello comparato. Si consideri, ad esempio, l'introduzione, in diversi ordinamenti giuridici, dei c.d. reati di *glorification*, ossia fattispecie penali che prevedono come condotta punibile proprio il mero elogio di attività terroristiche, senza che sia necessario dare prova dell'effettiva lesività di tale manifestazione del pensiero. Si tratta, come è facile immaginare, di figure di reato molto controverse, le quali sfuggono, perlomeno a detta di parte della dottrina, a principi cardine del diritto penale, come quello di offensività, che trovano il loro fondamento nei canoni costituzionali. Peraltro, è necessario rilevare che questa generale tendenza a reprimere la libertà di espressione per tutelare la sicurezza nazionale risponde anche, perlomeno in parte, ad orientamenti provenienti da organi internazionali e regionali (esistono, infatti, diverse risoluzioni ONU che affrontano il problema, nonché atti a livello di Unione Europea).

Tornando sul piano nazionale francese, non è possibile omettere, al fine di sottolineare la tendenza securitaria a livello interno, il richiamo della già menzionata *loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*, che, per il suo carattere che potrebbe essere definito “draconiano”, è stata prontamente rinominata come il “*PATRIOT Act* francese”, in riferimento alla nota legge statunitense approvata come risposta immediata agli attacchi dell'11 settembre 2001 e incidente su un amplissimo novero di diritti e libertà fondamentali, tra cui la vita privata. Questa legge è stata seguita, pochi mesi dopo, dalla *loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électronique internationales*, approvata all'indomani della dichiarazione dello stato d'urgenza a seguito degli attentati al *Bataclan*. Entrambi questi provvedimenti legislativi introducono misure di sorveglianza particolarmente invasive e di certo non totalmente coerenti con l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sul tema (si vedano le sentenze relative alla *data retention*, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*, 8 aprile 2014, ma anche, più di recente, C-203/15 e 698/15, *Tele2 Sverige AB*, 21 dicembre 2016). Esse, peraltro, sono sempre state giudicate conformi a Costituzione da parte del *Conseil Constitutionnel*, quando è stato chiamato ad esprimersi in sede di *question prioritaire de constitutionnalité*. Il giudice costituzionale, infatti, si è mostrato, in alcune delle ultime decisioni relative al bilanciamento tra sicurezza e diritti, più propenso ad avallare le preoccupazioni securitarie dell'esecutivo e del legislativo, che a garantire i diritti dei cittadini. Ciò risulta particolarmente evidente in materia di *privacy*. In verità, una delle poche decisioni in cui il *Conseil Constitutionnel* aveva dichiarato l'incostituzionalità di una norma riguardante la sorveglianza è stata proprio la menzionata *décision n° 2016-590 QPC*, in tema di intercettazioni di comunicazioni radio, la cui disciplina è ora modificata nei termini che si sono visti per reagire a tale sentenza.

Un discorso a parte può essere fatto in relazione agli articoli che attuano la direttiva europea relativa alla raccolta e utilizzo dei dati PNR. Si tratta, con tutta evidenza, di un tema piuttosto delicato, strettamente connesso con quello della sorveglianza e della libertà di circolazione. A differenza delle altre misure ricordate, queste disposizioni rispondono all'esigenza di attuare quanto richiesto a livello UE; tuttavia, tale attuazione avviene secondo modalità peculiari, ossia rendendo permanente un regime, il c.d. *système API-PNR*, che era già vigente in Francia, seppure concepito come insieme di misure temporanee. In questo modo, come sottolineato anche dagli studi di impatto compiuti sul progetto di legge, si avrà anche l'effetto di creare una sorta di *continuum* che permetterà di non dover cancellare i dati raccolti fino alla data di scadenza del sistema API-PNR, ossia il 31 dicembre 2017. Senza dubbio, si renderà necessaria una normativa di attuazione per precisare le modalità tecniche atte a consentire la permanenza di questo regime.

4. – In ultima analisi, molti interrogativi sono lasciati aperti da questo progetto di legge. Tramite esso, la Francia, pur rimediando alla continua rinnovazione dello stato d'urgenza, ne raggiungerà sostanzialmente gli stessi risultati? In altre parole, si tratta di una mera e pericolosa trasposizione del regime emergenziale nel diritto comune? Oppure, al contrario, queste misure permetteranno un rafforzamento bilanciato della sicurezza, con parallelo beneficio anche per i cittadini? Una risposta a queste domande potrà essere fornita solo dall'osservazione congiunta di una serie di elementi, tra i quali i successivi provvedimenti di attuazione, la prassi applicativa, le posizioni che verranno fatte proprie dalle corti. Per il momento, ci si limita a rilevare come, ancora una volta, il terrorismo internazionale pone sfide sempre più articolate al costituzionalismo e spinge alla continua ricerca di un equilibrio sempre più difficile.

Profili peculiari nella riforma costituzionale norvegese del 2017. Il concetto di Folkekyrkja tra mancato *disestablishment* e novazione dello *status*

di Giuseppina Scala

Title: Peculiar profiles in the Norwegian constitutional reform of 2017. The concept of Folkekyrkja between a missed disestablishment and a novation of the status

Keywords: Norway; Constitution; Disestablishment.

1. – La Costituzione del Regno di Norvegia (ovvero la *Kongeriget Norges Grundlov*, sul termine *Grundlov*, si veda: K. Gammelgaard, E. Holmøyvik, *Writing Democracy: The Norwegian Constitution 1814-2014*, New York-Oxford, 2015, 49), fino al 1° gennaio del 2017 era presupposto e fondamento di una inscindibile simbiosi tra lo Stato e la Religione Luterana. Tale simbiosi risulta oggi, invece, molto attenuata come risultante di una pluralità di concause quali i movimenti migratori, la secolarizzazione, il multiculturalismo, il pluralismo religioso. Il progressivo sfilacciamento dei rapporti tra le due istituzioni ha condotto a una rinnovellazione di tre fondamentali disposti costituzionali relativi alla disciplina dei rapporti Stato-Chiesa e, conseguentemente alla rivisitazione del paradigma di “Religione Ufficiale” dello Stato. Seppure si parlasse di riforma già a partire dal secondo dopoguerra, si ritiene di poter ricondurre al 2008 il momento decisivo della riforma costituzionale, a seguito della pubblicazione della lettera del Dipartimento Legislativo (*Lovavdelingen*) presso il Ministero della Giustizia (St. meld. Nr. 17 (2007-2008) Staten og Den Norske kirke –utforming av grunnlovsbestemmelser. Det Kongelige Justis –og Politidepartement, Lovavdelingen, del 30.05.2008) avente come oggetto anche la riformulazione degli articoli 2, 4 e 16 della Costituzione.

811

2. Prima della riforma costituzionale, entrata in vigore il 1° gennaio del 2017, l’articolo 2 della *Grunnloven* norvegese recitava testualmente:

Tutti gli abitanti del Regno hanno il diritto di professare liberamente la propria religione. La religione evangelica luterana è (rimane) la religione ufficiale dello Stato. Gli abitanti che professano questa religione, devono crescere in essa i loro figli (la traduzione è nostra; per una analisi diacronica e completa della portata dell’articolo 2 dal 1814 alla formulazione vigente, si veda: H. Harket, *Paragrafen*, Eidsvoll, 1814, Oslo, 2014).

L’articolo, una volta emendato, risulta invece molto più snello:

I nostri valori sono l’eredità umanistica e cristiana. La presente costituzione assicura la democrazia, lo stato di diritto e i diritti umani (la traduzione è nostra).

La nuova formulazione ha così previsto la rimozione del diritto alla libertà di religione che trova ora invece spazio nel nuovo articolo 16. Questa scelta potrebbe sembrare, a prima vista, singolare in quanto indurrebbe l'interprete a ritenere che il legislatore abbia voluto in qualche modo declassare tale diritto ovvero che abbia voluto, nel nuovo dettato, svincolarlo rispetto ai valori essenziali enunciati nel rinnovato disposto quali la democrazia, lo stato di diritto e i diritti umani.

Inoltre, appare rilevante la duplice questione che investe le rinnovate relazioni tra Stato e Chiesa all'interno del Regno. Da una parte, infatti, è da notarsi la recisa abolizione della "Religione Ufficiale" dello Stato e dall'altra, l'affermazione di uno specifico riferimento all'eredità "umanistica e cristiana".

Per quanto riguarda il primo aspetto, potremmo affermare che a far tempo della riforma, lo Stato appare costituzionalmente "separato" dalla Chiesa al punto che, di conseguenza, si potrebbe adottare pacificamente il termine *disestablishment* (non vi è univocità in dottrina in merito all'uso del termine *disestablishment*, che, come ricorda Friedner viene usato soprattutto nella letteratura inglese: L. Friedner, *Transformation of Church Relations – The Scandinavian Experience*, in C. Walter, A. Von Ungern-Sternberg (eds), *Transformation of Church and State Relations in Great Britain and Germany*, Baden Baden, 2013, 85-90, in part. 86. Parte della dottrina è oggi più interessata a parlare di una "secolarizzazione incompleta": H. Årsheim, *Legal Secularism? – Differing Notions of Religion in International and Norwegian Law*, in T.E. Wyller, R. Van Den Breemer, J. Casanova (eds), *Secular and Sacred? The Scandinavian Case of Religion in Human Rights, Law and Public Sphere*, Göttingen, 2014, 123-151). In effetti, in buona sostanza, è preferibile una lettura e un'esegesi delle tre norme di tipo sincronico, al fine di dichiarare se e in che misura il nuovo articolo 16 smentisca o meno questa prima analisi.

Per quanto riguarda, invece, l'eredità "umanistica e cristiana" – la disamina si complica. Risulta infatti ancora aperto il dibattito dottrinale – sia a livello nazionale che internazionale – su cosa il legislatore intenda per valori "umanistici e cristiani". A titolo di esempio, per una parte della dottrina straniera (J.L. Ernst, *Making the case for anti-establishmentarianism: the Church and State in Norway*, in: *Fordham International Law Journal*, Vol. 38, 2015, pp. 543-594, p. 579), risulterebbe chiaro che questi valori siano riassumibili nel complesso risultante dalla tradizione storico-filosofica della nazione. Di converso sembra di poter rilevare che l'uso dell'aggettivo "nostri" "[...] implicitly excludes non-Christians and non-humanists from full recognition as true citizens of the nation [...]" (J.L. Ernst, *op. cit.*) con il potenziale rischio di interpretare in senso discriminatorio la disposizione costituzionale (il richiamo al controverso dibattito sulla Costituzione europea e sulle "radici giudaico-cristiane" ed "umanistiche" è d'obbligo. Si veda, a questo proposito: J.H. Weiler, *Un'Europa Cristiana. Un saggio esplorativo*, Milano, 2003).

2.1. – Per quanto l'articolo 4, invece, è da rilevare che il principio secondo il quale il sovrano deve appartenere alla Chiesa di Norvegia, con l'attribuzione dell'imprescindibile ruolo di garante della coesione religiosa, risale al momento genetico della Costituzione (Art. 15 della Costituzione del 1814, successivamente art. 4).

Il dettato previgente dell'originario articolo 4 statuiva che: "Il Re dovrà sempre professare la religione evangelica luterana, conservarla e proteggerla" racchiudendo una duplice valenza di garanzia. Da una parte, la Chiesa ha potuto godere, fin dalla nascita del Regno, di indubbi privilegi tanto sostanziali che formali; dall'altra, in forza dei principi costituzionali previgenti, non era esplicitamente rinvenibile in capo ai cittadini norvegesi una effettiva tutela della libertà religiosa.

A questo riguardo l'articolo in questione prevedeva perlomeno tre obblighi per il monarca: in primo luogo, egli avrebbe dovuto professare la confessione evangelico-luterana, in secondo luogo, egli avrebbe dovuto mantenerla ed infine proteggerla. Il nuovo disposto costituzionale ha mantenuto solo il primo obbligo, ovvero: "Il re deve professare la religione evangelico-luterana" (*Kongen skal alltid bekjenne seg til den evangelisk-lutherske religion*. La traduzione è nostra). Vengono meno gli altri due doveri dal momento che il re non è più

chiamato a mantenere né proteggere l'ortodossia luterana; si esigerà solamente che egli appartenga alla Chiesa di Norvegia. Questo potrebbe apparire come un "affievolimento" dei doveri posti in capo al monarca dal momento che prima era innalzato al ruolo del protettore del credo luterano contro ogni eventuale ingerenza al fine di mantenerlo o proteggerlo, mentre ora, alla luce del nuovo dettato normativo, il re è vincolato solamente alla professione della fede.

Tuttavia, l'aspetto che maggiormente può interessare il giurista investe il dibattito parlamentare così come si è sviluppato in relazione all'ipotizzata abrogazione in toto (in NOU 2006: 2, si legge: "*Utvalget anbefaler at paragrafen oppheves*", ovvero "La commissione raccomanda che l'articolo venga abrogato", la traduzione è nostra) del predetto disposto costituzionale. Il dibattito, infatti, ha incontrato la propria conclusione recisa a seguito della dichiarazione del Re di voler mantenere la propria appartenenza alla *Norske Kirke* (l'esternazione del Re Harald di rimanere membro della Chiesa Luterana vincola se stesso e il principe ereditario). Alla luce di tale categorica esternazione, il Parlamento non ha potuto far altro che prendere atto della volontà del sovrano. La posizione assunta dal Re, tuttavia, è stata oggetto di un acceso dibattito dottrinale.

Una parte della dottrina, infatti, ha inteso in senso restrittivo il ruolo del Re al punto che la sua manifestazione di fede venne interpretata alla stregua di una vera e propria violazione di un compito che il monarca stesso considera precipuo: la custodia dello Spirito della Costituzione. Infatti al Sovrano sembrerebbe essere posto in capo il dovere inderogabile di salvaguardare i principi costituzionali e, non di certo, di porre limitazioni agli emendamenti introdotti dal Parlamento.

La seconda posizione dottrinale privilegia una differente interpretazione delle esternazioni regie in materia di religione, chiedendosi se il Re abbia manifestato *pro omnibus* l'intenzione di rimanere membro della Chiesa luterana in quanto individuo o in quanto ruolo di monarca (tali problematiche sono riassunte brevemente in: *Kongen hindret et reelt skille mellom kirke og stat*, "Il Re ha impedito una reale separazione tra lo Stato e la Chiesa" - la traduzione è nostra - in: www.nrk.no/norge/xl/_-kongen-hindret-et-reelt-skille-mellom-kirke-og-stat-1.12748098, visitato il 14-6-2017).

Se la scelta fosse ascrivibile all'individuo, ci si potrebbe allora chiedere se non sia preferibile una abrogazione totale del disposto costituzionale *de quo*. Se, per contro, la dichiarazione fosse stata esplicitata dal Re nell'esercizio delle sue funzioni ci si potrebbe porre ben più di qualche dubbio circa una eventuale violazione del diritto alla libertà di coscienza posta in capo al monarca stesso. Alla luce di tutte queste problematiche, i dubbi relativi all'interpretazione da attribuire al dettato di cui all'art. 4 sembrano tutt'altro che risolti.

2.2. – L'articolo 16 della *Grundlov* norvegese è probabilmente il disposto costituzionale che ha conosciuto le modifiche, sotto il profilo del contenuto, più rilevanti. Se la precedente formulazione del disposto sembrava disciplinare i doveri del Re nei confronti della materia religiosa, l'articolo così come riformulato prevede che:

"Tutti gli abitanti del regno hanno il diritto di esercitare liberamente la propria religione. La Chiesa di Norvegia, una Chiesa evangelico-luterana, rimane la *folkekyrkja* (Si preferisce mantenere il termine in lingua originale, una traduzione potrebbe essere fuorviante. La complessa questione linguistica a cui il comparatista deve porre mente, è ricordata anche in V. Pacillo, *The study of religious rights in the Italian University: current doubts (and certainties)*, Quad. dir. pol. eccl., 2017, i.c.d.s.). *Folkekyrkja* è un lemma che proviene dalla lingua danese a riconferma dello stretto legame esistente tra i due Paesi -l'art. 4 della Costituzione danese recita: "*Den evangelisk-lutherske kirke er den danske folkekirke*"- per un chiarimento, si veda: D. Thorkildsen, *Scandinavia: Lutheranism and National Identity*, in *World Christianities, c. 1815-1914, Cambridge history of Christianity*, 2006, 352) norvegese e come tale è finanziata dallo Stato. [...] Tutte le comunità religiose e filosofiche sono finanziate in equi termini" (la traduzione è nostra).

Risulta qui rinvenibile il diritto a esercitare liberamente la propria religione, garanzia che rientrava un tempo nella tutela stabilita, fin dal 1964, dall'articolo 2 così come previgente. A questo punto della disamina è necessario chiarire due aspetti fondamentali.

Come emerge dalla dottrina nordica, ancora prima della riforma in oggetto, nel diritto alla libertà di religione rientra necessariamente anche il diritto alla libertà di culto, nonostante quest'ultima non venga esplicitamente menzionata (N. Høstmøelingen, *The permissible scope of legal limitations on the freedom of religion or belief in Norway*, in *Emory International Law Review*, 2005, 994). In secondo luogo, parrebbe che il diritto alla libertà di religione sia stato considerato nella Costituzione norvegese quasi per “[...] compensate for the favoritism extended to the Norwegian church [...] added in order to satisfy international law” (H. Årsheim, *op.cit.*, p. 131).

Riveste invece un peculiare rilievo il mantenimento di una, seppur fievole, posizione preferenziale a favore della Chiesa evangelico-luterana che viene espressamente definita la “Chiesa del Popolo” e alla quale viene attribuita la funzione di preservare la simbiosi di cui supra (così anche F. Duranti, *The Constitutional Reform on State – Church Relationship*, in: G.F. Ferrari (ed.), *Two centuries of Norwegian constitution. Between tradition and innovation*, Utrecht, 2015, p. 156) nonostante per alcuni osservatori esterni tale prerogativa potrebbe implicare che: “[...] the church ceased to have a state character and the state itself ceased to be confessional” (J. Madeley, *The curious case of Religion in the Norwegian Constitution* in A.Ü. Båli, H. Lerner, *Constitution Writing, Religion, Democracy*, Cambridge, 2017, 43, n. 17).

Da ultimo, rimane da affrontare la questione del finanziamento pubblico che riguarda sia la Chiesa luterana, la quale viene supportata economicamente dallo Stato in quanto tale, che le comunità religiose e filosofiche (*Tros- og livssynssamfunn* sono i termini originali, art. 16 *Grundlov*) registrate il cui finanziamento costituisce, invece, un punto critico. Queste ultime (si ricordi che nel 1981 è entrata in vigore la normativa riguardante le comunità filosofiche e nel 2005 la “Forskrift om registrerte og uregistrerte trossamfunn”, ovvero: Regolamento sulle comunità registrate e non registrate” -la traduzione è nostrallovdato.no/dokument/SF/forskrift/2005-04-19-345, visitato il 15-6-2017) per ottenere il finanziamento pubblico nonché per godere di svariati benefici devono vedersi qualificare come comunità registrate (la normativa di riferimento è: *Lov om trdomssamfunn og ymist anna*). Tale registrazione viene riconosciuta solo alle comunità religiose che rispettino determinati criteri. Primo fra tutti l'essere una comunità i cui fini dottrinali e filosofici non siano in conflitto con l'ordinamento vigente o con la morale pubblica (lovdata.no/dokument/NL/lov/1969-06-13-25, visitato il 15-6-2017, in particolare Section 14).

In buona sostanza ci troviamo di fronte ad un procedimento di registrazione che oltre ad essere complesso è tutt'altro che chiaro e presenta più di qualche lacuna al punto di essere potenzialmente foriero di pesanti vizi (H. Årsheim, *op. cit.*, 135). Un esempio emblematico lo abbiamo pensando alla funzione svolta dal *County governor* il cui potere si dispiega sovente in modo più che discrezionale quando non arbitrario.

Se i presupposti per ottenere il riconoscimento sono sfumati, il sistema di finanziamento pubblico stabilisce chiaramente che le comunità religiose non possono essere in alcun modo discriminate in quanto il supporto economico si basa su presupposti equi.

3. – Anche dopo l'entrata in vigore della revisione Costituzionale, si può agevolmente arguire che il significato ascrivibile alle norme di cui agli articoli 2, 4 e 16 non concede di ragionare di disestablishment (*vedi supra*).

Appare chiaro come il revisore costituzionale si sia posto l'obiettivo di allentare la simbiosi tra lo Stato e la Chiesa, fattore che ha caratterizzato la storia costituzionale del Regno per almeno due secoli, anche se il risultato ottenuto, da un punto di vista strettamente formale, non è certamente quello di una separazione, sempre ammesso che questo fosse il fine precipuo.

Ci si chiede allora se siano da ipotizzare a breve tempo ulteriori modifiche alla Carta Fondamentale in modo tale che il Regno di Norvegia possa compiere la definitiva

transizione da un ordinamento contraddistinto da una religione ufficiale ad uno Stato caratterizzato da una netta separazione tra Stato e Chiesa.

Tali aspetti del problema meritano di essere approfonditi ulteriormente in altra sede al fine di esaminare le varie questioni qui brevemente esposte.

I collaboratori del presente fascicolo

Paolo ADDIS, Università di Pisa – Arianna ANGELI, Università degli Studi di Milano – R.L. BLANCO VALDES, Universidade de Santiago de Compostela – Stefania BOFFANO, Università comm.le L. Bocconi – Riccardo CABAZZI, Università degli Studi di Ferrara – Maria Rosaria CALAMITA, Università degli Studi di Foggia – Francesco CAMPODONICO, Università degli Studi di Genova – Gonzalo CANDIA, Georgetown University – Thomas B. COLBY, The George Washington University – Piermaria CORSO, Università degli Studi di Milano – Pasquale COSTANZO, Università degli Studi di Genova – Angela DI GREGORIO, Università degli Studi di Milano – Marta FERRARA, Università degli Studi di Teramo – David FONTANA, The George Washington University – Flavio GUELLA, Università degli Studi di Trento – Silvio GAMBINO, Università della Calabria – Frederick Mark GEDICKS, Brigham Young University – Jeffrey GOLDSWORTHY, Monash University – Chiara GRAZIANI, Università degli Studi di Genova – Miryam IACOMETTI, Università degli Studi di Milano – Matteo MANFREDI, Università Cattolica del Sacro Cuore – Pietro MASALA, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid – Benjamin J. OLYPHANT, Gall Legge Grant & Munroe LLP – Jacopo PAFFARINI, Università degli Studi di Perugia – Simone PENASA, Università degli Studi di Trento – Andrea PIERINI, Università degli Studi di Perugia – Andrea PIN, Università degli Studi di Padova – Jeffrey A. POJANOWSKI, University of Notre Dame – Benedetta PROFUMO, Università degli Studi di Genova – Michael B. RAPPAPORT, University of San Diego – Gideon SAPIR, Bar-Ilan University – Jan SAWICKI, Università Cattolica del Sacro Cuore – Giuseppina SCALA, Università degli Studi di Padova – Laura Assunta SCIALLA, Università degli studi della Campania “Luigi Vanvitelli” – Léonid SIROTA, Auckland University – Lawrence B. SOLUM, Georgetown University – Giuliaserena STEGHER, Università di Roma “La Sapienza” – Luigi TESTA, Università comm.le L. Bocconi – Yvonne TEW, Georgetown University – Elena YURKINA, Consiglio d’Europa.