

DPCE online – n. 4/2017

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

EDITORIALE

S. Ceccanti, *Catalogna e Spagna al momento senza uscita* p. 825

SAGGI

G.F. Colombo, S. Donati, *La proposta di riforma della Costituzione giapponese. Tentazioni nazionalistiche o ricerca dell'identità?* p. 831

I. De Cesare, *La previsione normativa di un diritto di terza generazione: l'ambiente nella Costituzione argentina* p. 845

F. Ferraro, *Noterelle sulla recente prassi interna in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione* p. 863

R. Tarchi, *La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla "parlamentarizzazione" del presidenzialismo?* p. 887

NOTE E COMMENTI

• Corte di Giustizia dell'UE

F. Campodonico, *Una dichiarazione sul proprio onore può soddisfare i requisiti di capacità economica e finanziaria nell'ambito di un appalto pubblico?* p. 927

A. Circolo, *La Grande Sezione si pronuncia sulla compatibilità con il diritto dell'Unione degli aiuti di Stato alla Chiesa cattolica* p. 931

A. Correr, *La disciplina italiana della mediazione obbligatoria al vaglio della Corte di Giustizia* p. 939

S. Felicioni, *Divieto di pilotare aeromobili in ambito commerciale dopo il compimento dei 65 anni e Carta dei diritti fondamentali dell'UE* p. 947

N. Fuccaro, *Disparità di trattamento per ragioni di età: la CGUE "salva" la cessazione automatica del contratto di lavoro intermittente* p. 953

C. Graziani, *PNR EU-Canada, la Corte di Giustizia blocca l'accordo: tra difesa dei diritti umani e implicazioni istituzionali* p. 959

F. Monceri, *Servizio Postale: legittima l'imposizione di standard qualitativi e organizzativi a imprese che operano al di fuori del servizio universale* p. 967

B. Profumo, *Mandato d'arresto europeo, processo di secondo grado celebrato in absentia e diritto alla difesa: un difficile temperamento* p. 975

L.A. Scialla, *Il complesso rapporto tra responsabilità ambientale e legittimazione ad agire. Una visione comparata* p. 981

D. Strazzari, *Diritto a un ricorso effettivo e autonomia processuale degli Stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale* p. 987

• Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo

L. Paladini, *Una nuova tappa nella giurisprudenza della Corte IDH: la giustiziabilità diretta del diritto al lavoro* p. 997

• **Corti costituzionali e supreme**

C. Correndo, *La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*

p. 1007

• **Attualità costituzionale**

M.A. Orlandi, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*

p. 1013

I collaboratori del presente fascicolo

p. 1021

Contents

EDITORIAL

- S. Ceccanti**, *Catalogna e Spagna al momento senza uscita* p. 825

ARTICLES

- G.F. Colombo, S. Donati**, *The Proposed Amendment to the Japanese Constitution. Nationalist Temptations or Search for a National Identity?* p. 831
- I. De Cesare**, *The normative provision of a third generation right: the protection of the environment in Argentine Constitution* p. 845
- F. Ferraro**, *Short notes on recent domestic practice concerning State liability in damages for breach of European Union law* p. 863
- R. Tarchi**, *The Mexican form of government: from the “imperial presidentialism” to a parliamentarization of the presidential system?* p. 887

NOTES AND COMMENTS

• Court of Justice of the EU

- F. Campodonico**, *Can a sworn statement fulfil the criterion regarding economic and financial standing indicated in the contract notice of a tendering procedure?* p. 927
- A. Circolo**, *The Grand Chamber rules on the compatibility with EU law of State aids to the Catholic Church* p. 931
- A. Correrà**, *CJEU’s decision on the Italian mediation procedure* p. 939
- S. Felicioni**, *Ban on flying commercial aircraft after the age of 65 and the Charter of fundamental rights of the EU* p. 947
- N. Fuccaro**, *Unequal treatment on grounds of age: the CJEU “rescues” the automatic termination of the on-call employment contract* p. 953
- C. Graziani**, *The EU-Canada PNR agreement rejected by the Court of Justice: between human rights protection and institutional implications* p. 959
- F. Monceri**, *Postal service: legitimate the imposition of qualitative and organizational standards for postal companies operating outside the universal service* p. 967
- B. Profumo**, *European arrest warrant, appeal process in absentia and right to defense: a difficult balancing* p. 975
- L.A. Scialla**, *The complex relationship between environmental liability and locus standi. A comparative view* p. 981
- D. Strazzari**, *The Right to an Effective Remedy and the National Procedural Autonomy Principle: the Case of the Personal Hearing of the Recurrent in the International Protection Judicial Phase* p. 987

• Inter-American Court of Human Rights

- L. Paladini**, *Una nuova tappa nella giurisprudenza della Corte IDH: la giustiziabilità diretta del diritto al lavoro* p. 997

- **Foreign Jurisdictions**

C. Correndo, *La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*

p. 1007

- **Constitutional developments**

M.A. Orlandi, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*

p. 1013

Contributors

p. 1021

Catalogna e Spagna al momento senza uscita

di Stefano Ceccanti

Tra i vantaggi dell'essere comparatisti rientra quello di riflettere sui compleanni di più Costituzioni. Negli anni che terminano con la cifra 8 si riflette di solito sulla contemporaneità di ben tre anniversari del 1948 (Italia), 1958 (Francia) e 1978 (Spagna).

Percorsi e destini indubbiamente molto diversi: un testo condiviso in un periodo di scontri (Italia), un testo di scontro e progressivamente condiviso (Francia), un testo condiviso in un clima di pacificazione, ma che rivela oggi qualche problema (Spagna).

Su quest'ultima esperienza Gregorio Peces Barba, uno dei padri della Costituzione, aveva già invitato a riflettere sin dall'inizio a proposito del Senato, che si era configurato sin dall'inizio come un doppione in peggio della Camera. Eletto in modo analogo in simultanea alla camera per quattro quinti dei seggi, con un lieve correttivo di secondo grado per la parte restante da parte dei parlamenti regionali, non avrebbe potuto aiutare in modo significativo lo sviluppo coerente del processo regionalista. In ultima analisi esso veniva subordinato alle dinamiche della forma di governo, con un blocco in chiave centralista nelle legislature a maggioranza assoluta monopartitica e con improvvisi slanci in senso opposto in quelle dei governi a maggioranza relativa, dipendenti dall'appoggio esterno dei partiti regionalisti.

Vari colleghi, italiani e spagnoli, hanno documentato in maniera analitica questi sviluppi come pure la giurisprudenza difficile del Tribunale costituzionale, sia su questa rivista on line, anche nell'apposito forum ben riuscito, sia su quella cartacea, e, al di là di qualche puntuale giudizio discordante, mi sembra abbiano sostanzialmente condiviso questa lettura.

Mi limito pertanto qui a sviluppare qualche prima riflessione prospettica dopo il voto catalano, partendo anzitutto da Barcellona.

La frustrazione delle forze sociali e politiche che si sono spostate verso l'indipendentismo catalano, che restano comunque una minoranza nella regione, nasce da due questioni, che sono reali anche strumentalizzate a fini di parte: la prima è la nota sentenza del Tribunale Costituzionale sullo statuto catalano, che ha dato l'impressione di una rottura unilaterale di un patto tra centro e periferia sancito nei parlamenti regionale e statale e poi con referendum popolare in

Catalogna; la seconda è che i cambiamenti nel sistema politico nazionale che hanno portato da due a quattro i partiti rilevanti a livello statale renderanno molto meno determinanti i voti dei partiti regionalisti a Madrid.

Questa frustrazione è stata in grado, grazie al sistema elettorale non modificato dal 1980 che non prevede un meccanismo di aggiornamento del riparto territoriale dei seggi al variare della popolazione tra le province, di produrre di nuovo una maggioranza indipendentista in seggi: il bonus nascosto nel passaggio tra voti e seggi, a causa della sovrarappresentazione delle province pro indipendentiste, è stabilmente del 5%. Questo risultato, analogo al precedente, anzi leggermente inferiore, può legittimare a governare, ma non dovrebbe indurre a ritentare la strada delle forzature unilaterali, rispetto alle quali lo Stato spagnolo è ora anche più pronto ad agire.

Ma che significa governare senza forzature unilaterali quando la maggioranza indipendentista è unita appunto solo dall'indipendentismo, mentre sull'asse destra-sinistra oscilla dai settori di destra del Pdecat a quelli di estrema sinistra della Cup? Questo è il problema di fondo, pressoché insolubile, della maggioranza riconfermata, ben più rilevante dei problemi pratici che pur si pongono e che come tutte le questioni di questo tipo potrebbero trovare soluzione. Il conflitto per la leadership tra Pdecat e Erc che hanno un numero di voti quasi equivalente può essere risolto dando comunque la prima chance al partito più votato. Come procedere con l'eventuale investitura di un assente, perché latitante o incarcerato, può essere risolto al limite modificando la procedura. Come avere una maggioranza operativa in presenza di vari latitanti e incarcerati si può risolvere con le dimissioni. Ma se il problema è nel nodo di fondo di una maggioranza assoluta in seggi, che non lo è in voti, e che sarebbe unita solo da un fine "impossibile", è difficile immaginare che la procedura di investitura possa avere successo e che si possano evitare nuove elezioni a fine primavera.

La prospettiva non cambia se si guarda la questione dal lato di Madrid. E' difficile immaginare che il sistema politico nazionale possa trovare la forza di perseguire una riforma costituzionale che riparta dai problemi lasciati insoluti dalla sentenza del Tribunale Costituzionale sullo Statuto catalano o che affronti il tema della struttura e delle funzioni del Senato. Il primo governo di minoranza della storia costituzionale spagnola inteso nel senso pieno del termine (nel senso pieno perché tollerato da due partiti nazionali, Ciudadanos e il Psoe pur avendo il Pp solo un terzo dei seggi, mentre i precedenti erano Governi di quasi maggioranza, intorno al 45% dei seggi, bisognosi solo del consenso dei partiti regionalisti) è già in difficoltà a gestire le scelte ordinarie. Per di più le elezioni catalane preannunciano una crescita nazionale di Ciudadanos che, pur essendo più centrista sull'asse destra-sinistra, non è affatto meno intransigente del Pp sulla frattura centro-periferia. Il partito che più punta su una riforma costituzionale è il Psoe, che però è cresciuto poco nelle elezioni catalane, mentre la posizione acrobatica di Podemos (sì a un referendum secessionista, ma no nel merito) gli ha causato non solo un ridimensionamento in Catalogna, ma anche una radicale crisi di consenso nel resto del Paese.

Poste quindi queste variabili politiche, a Barcellona come a Madrid, il diritto può certo segnalare alcuni problemi e indicare alcune possibili soluzioni, ma

sapendo che esse non appaiono spendibili nell'immediato. Per questa ragione il quarantesimo anniversario della Costituzione spagnola sarà forse il più triste rispetto ai precedenti, certamente non quello che essa meriterebbe: perché a fronte degli innegabili meriti che essa mostrò, soprattutto quello di essere la prima Costituzione realmente condivisa, al momento le forze politiche non sembrano in grado di andare incontro a un aggiornamento pur necessario di alcune sue parti organizzative che non aiutano la soluzione dei problemi. E qui ci sembra emergere una certa analogia con problemi analoghi dell'Italia, dove pure risulta arduo gestire il regionalismo differenziato, a fronte di precise sollecitazioni regionali, in presenza di un Senato immutato e di Governi nazionali deboli.

Sapienza Università di Roma, 27 dicembre 2017

Saggi

La proposta di riforma della Costituzione giapponese. Tentazioni nazionalistiche o ricerca dell'identità?

di Giorgio Fabio Colombo e Stella Donati*

Abstract: *The Proposed Amendment to the Japanese Constitution. Nationalist Temptations or Search for a National Identity?* – The debate over the opportunity to reform the Japanese Constitution has been ongoing since the end of the Allied Occupation in 1952. However, also due to its complex revision mechanism, the Constitution has never been amended. The Liberal Democratic Party has been working for several years on a comprehensive constitutional revision, imbued by references to nationalism and national identity. The aim of our analysis is to highlight the most controversial points of this proposal, which might have a deep impact on the rights and civil liberties in Japan.

Keywords: Japanese Constitution; Constitutional Reform; Comparative Law; Japanese Law; Liberal Democratic Party of Japan.

Art. 11. - Non sarà impedito al popolo il godimento di alcuno dei diritti fondamentali dell'uomo. Tali diritti fondamentali dell'uomo, garantiti al popolo dalla presente Costituzione, sono riconosciuti al popolo di questa e delle future generazioni come diritti eterni ed inviolabili.
(Costituzione del Giappone, 3 maggio 1946)

831

1. Introduzione

La Costituzione del Giappone (*Nihonkoku kenpō*) è da decenni oggetto di studio da parte dei comparatisti di tutto il mondo. La sua peculiare origine¹, per certi versi quasi rocambolesca², durante l'occupazione del Paese da parte delle Forze Alleate (*rectius*: statunitensi)³ dopo la Seconda Guerra Mondiale la rende infatti uno dei

* Sebbene il presente scritto sia il risultato di ricerche e riflessioni congiunte, il paragrafo 1 è da attribuire al Prof. Giorgio F. Colombo, il paragrafo 2 alla dott.ssa Stella Donati, e i paragrafi 3 e 4 ad entrambi gli autori.

¹ La letteratura in argomento è vastissima. In lingua inglese si vedano, *ex multis*, G.D. Hook and G. McCormack, *Japan Contested Constitution. Documents and Analysis*, London and New York, 2001; S. Matsui, *The Constitution of Japan. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, 2011. In Italiano, G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Torino, 2009, 149; *Sistemi giuridici nel mondo*, A. Negri (Ed.), Torino, 2012, 238. Vedi anche E. Bertolini, *La tutela dei diritti fondamentali in Giappone. Studio storico-giuridico tra tentazioni occidentali e radicamento asiatico*, Napoli, 2011, 188-228.

² B. Sirota Gordon, *The Only Woman in the Room: A Memoir of Japan, Human Rights, and the Arts*, Chicago, 2014.

³ Le quali avevano il compito di controllare che gli obiettivi richiesti dalla Conferenza di

principali esempi di “trapianto giuridico”⁴.

Questa sua nascita eterodiretta⁵ ha, sin dai suoi primi anni di vigenza, suscitato un acceso dibattito⁶: da un lato, alcuni sostengono che si tratti di una sostanziale imposizione di un modello costituzionale alieno, basato su una mentalità prettamente “occidentale” e dunque irrispettoso della cultura giuridica del popolo giapponese⁷. Altri invece, pur non negando la genesi e l'impostazione marcatamente “statunitense”⁸ della Carta costituzionale, ritengono che essa sia stata accettata in modo profondo dai Giapponesi, e questo spiegherebbe anche perché, in settanta anni di vigenza, non sia mai stata modificata.⁹

A prescindere dall'effettivo assorbimento dei valori costituzionali occidentali, vi sono anche ragioni tecniche che rendono molto difficile il procedimento di revisione della Costituzione. Infatti l'Art. 96¹⁰ della Carta disciplina un procedimento emendativo molto rigido: ogni proposta di modifica costituzionale deve essere approvata in primo luogo da parte dei 2/3 di entrambe le Camere della Dieta (maggioranza qualificata) e, in secondo luogo, dev'essere ratificata dal popolo giapponese mediante un referendum nazionale. Questa significativa rigidità deriva

Potsdam venissero attuati e applicati nel nuovo testo costituzionale. Cfr. Punto 10 della Dichiarazione di Potsdam: “10. We do not intend that the Japanese shall be enslaved as a race or destroyed as a nation, but stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners. The Japanese Government shall remove all obstacles to the revival and strengthening of democratic tendencies among the Japanese people. Freedom of speech, of religion, and of thought, as well as respect for the fundamental human rights shall be established.”

⁴ Come è noto, il termine *legal transplant* è stato introdotto dal giurista Alan Watson nel 1970 per indicare la trasposizione di leggi da un sistema giuridico ad un altro. Secondo Watson il “trapianto” è una delle fonti più fertili nel terreno dell'evoluzione del diritto. A. Watson, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Atlanta, 1993. La teoria è stata sviluppata, tra gli altri, da Rodolfo Sacco, specialmente con riferimento alla distinzione delle cause tra imitazione e innovazione. Cfr. R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in 39 *The American Journal of Comparative Law* 1-34 (1991); R. Sacco, *Diversity and Uniformity in the Law*, in 49 *American Journal of Comparative Law* 171-89 (2001).

⁵ Cfr. *Japan: General Principles Applicable to the Post-War Settlement with Japan (T-357)*, July 28, 1943, e *Cairo Communiqué*, December 1, 1943 presso U.S. National Archives & Records Administration (riproduzioni fotografiche dei documenti originali, www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/list.html).

⁶ H. Fukui, *Twenty Years of Revisionsm*, in D.F. Henderson (Ed.), *The Constitution of Japan. Its first Twenty Years, 1947-67*, Seattle, 1968.

⁷ Sulle vere o presunte peculiarità della “mentalità giuridica giapponese” si sono affannati studiosi per almeno 60 anni. A. Ortolani, *Nihonjin no Hōishikiron no Saikō*, in 13-01 *DCMNSV Working Paper* (2013). Si veda anche F.K. Upham, *The Place of Japanese Legal Studies in American Comparative Law*, in 1 *Utah Law Review* 639-56 (1997); G.F. Colombo, *Japan as a victim of comparative law*, in 22 *Mich. St. Int'l L. Rev.* 731-53 (2013).

⁸ Y. Tsuji, *Amendment of the Japanese Constitution—A Comparative Law Approach*, in 37 *Nanzan Review of American Studies* 51-70 (2015).

⁹ D. Akimoto, *An Analysis of the Japanese Constitutional Revision Debate: From the Eclectic Perspectives of IR Theory*, in 18 *Journal of Japanese Law/Zeitschrift für Japanisches Recht* 223-239 (2013).

¹⁰ Articolo 96: L'iniziativa per gli emendamenti da apportare alla presente Costituzione spetta alla Dieta, mediante il voto concorde dei due terzi dei membri di ciascuna Camera. Tali emendamenti saranno poi sottoposti al popolo per la ratifica, che richiederà il voto favorevole della maggioranza di tutti i voti espressi a quel fine, in un referendum apposito ovvero in occasione di elezioni stabilite dalla Dieta.

Gli emendamenti, in tal modo ratificati, saranno immediatamente proclamati dall'Imperatore in nome del popolo, quale parte integrante della presente Costituzione

sempre dalla sconfitta della Seconda Guerra Mondiale, e dalla volontà degli Stati Uniti di tenere sotto controllo lo Stato giapponese, impedendo la modifica della Costituzione¹¹.

La maggior parte delle analisi ruota attorno al noto problema del c.d. “pacifismo costituzionale” dell’Art. 9¹², previsione che costituisce un vero e proprio *unicum* nel panorama internazionale, in base alla quale il Giappone – secondo una lettura rigorosamente filologica del testo – non solo rinuncia alla guerra come “strumento di offesa ad altri popoli”, ma si priva persino del diritto allo stato di belligeranze e del possesso di forze armate. Molto è stato scritto sull’argomento e pertanto si rimanda alla vasta letteratura al riguardo.¹³

Il punto focale della presente analisi è invece il più ampio disegno di complessiva riforma costituzionale elaborato dal Partito Liberal Democratico¹⁴ (*Jiyū-Minshutō*), movimento politico conservatore che da ormai svariati anni sta lavorando a una propria bozza di revisione. L’analisi complessiva della proposta di riforma tiene conto anche della prospettiva, declinata per il Giappone, dei cosiddetti “valori asiatici”¹⁵: sembra infatti che la proposta dello LDP sia permeata da diffusi riferimenti alla inidoneità dei concetti giuridici “occidentali” di regolare una società dell’Asia Orientale quale quella giapponese. Così, come si vedrà in dettaglio nei paragrafi che seguono, il senso generale della riforma pare teso a depotenziare

¹¹ Cnfr. “Piano per l’occupazione del Giappone”, il quale definì i cinque obiettivi degli Stati Uniti nei confronti del Giappone: “1.The unconditional surrender or total defeat of Japan, 2.The stripping of Japan of the territories specified in the Cairo Declaration, 3. The creation of conditions which will ensure that Japan will not again become a menace of the peace and security of the world, 4. The eventual emergence of a government in Japan which will respect the rights of others states and Japan’s international obligations, 5. The eventual participation of Japan in a world economic system on a reasonable basis.” April 12, 1945, *Summary of United States Initial Post-Defeat Policy relating to Japan*, U.S. National Archives & Records Administration. Per riproduzioni fotografiche dei documenti originali: www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/list.html.

¹² Articolo 9: Aspirando sinceramente ad una pace internazionale fondata sulla giustizia e sull’ordine, il popolo giapponese rinuncia per sempre alla guerra, quale diritto sovrano della Nazione, ed alla minaccia o all’uso della forza, quale mezzo per risolvere le controversie internazionali.

Per conseguire, l’obbiettivo proclamato nel comma precedente, non saranno mantenute forze di terra, del mare e dell’aria, e nemmeno altri mezzi bellici. Il diritto di belligeranza dello Stato non sarà riconosciuto.

¹³ Per una ricca, sebbene un po’ risalente, bibliografia sul punto, K. Aikyo, *Heiwa shugi rikken shugi kara tōzakarū kaiken-an -- jikōmin no kaiken (an) o yomu*, in *Zenei* 78–87 (2004); H. Nasu, *Article 9 of the Japanese Constitution: Revisited in the Light of International Law*, in 9 *Journal of Japanese Law/Zeitschrift für Japanisches Recht* 50–66 (2004); D.C. Lummis, *It Would Make No Sense for Article 9 to Mean What it Says, Therefore It Doesn’t. The Transformation of Japan’s Constitution*, in 11 *The Asia Pacific Journal Japan Focus* (2013). Da ultimo J.C. Fisher, *A Response to Joseph Nye: Article 9, the Rise of China and the US-Japan Security Alliance*, in 21 *Zeitschrift für Japanisches Recht/Journal of Japanese Law* 165–71 (2016); D. Akimoto, *Exercising the Right to Collective Self-Defense? An Analysis of “Japan’s Peace and Security Legislation*, in 41 *Zeitschrift für Japanisches Recht/Journal of Japanese Law* 137–64 (2016).

¹⁴ Spesso abbreviato in *Jimintō* (自民党) e d’ora in poi citato anche con la sigla LDP.

¹⁵ Anche su questo punto la letteratura è sterminata: *Asian perspectives on human rights*, C.E. Welch and V. Leary (Eds.), Boulder, 1990; H. Samuels, *Hong Kong on women, Asian values, and the law*, in 21 *Human Rights Quarterly* 707–734 (1999); N.A. Englehart, *Rights and Culture in the Asian Values Argument: The Rise and Fall of Confucian Ethics in Singapore*, in 22 *Human Rights Quarterly* 548–68 (2000); Per l’Italia, Tania Groppi è la massima esperta dell’argomento. Vedi, tra l’altro, T. Groppi, *Does Asia Exist?*, in T. Groppi and others (Eds.), *Asian constitutionalism in transition. A comparative perspective*, 2008.

l'attenzione sull'individuo in favore del mantenimento dell'ordine pubblico e del benessere collettivo; ricompaiono riferimenti all'unicità della cultura locale e all'importanza della tradizione che erano stati travolti dalla Costituzione del 1946; viene ricordato ai cittadini che il godimento dei diritti individuali è necessariamente bilanciato da doveri e responsabilità verso la collettività.

Sarebbe ingeneroso e intellettualmente disonesto fornire una valutazione esclusivamente critica della bozza dello LDP. In essa ci sono, ad esempio, significativi sviluppi per quanto riguarda i cosiddetti diritti “di terza generazione”,¹⁶ con un nuovo articolo (il 25 bis) interamente dedicato alla protezione dell'ambiente. Il *focus* di questa breve trattazione è però quello dei punti controversi: sarà dunque su quelli che la nostra analisi si concentrerà.

Prima di analizzare in dettaglio il testo della proposta di riforma, è tuttavia opportuno fornire una breve descrizione del contesto sociopolitico in cui essa ha visto la propria genesi.

2. Il contesto politico e la proposta del LDP

Il Partito Liberal Democratico è l'organizzazione politica che dal 1955 a oggi è stata il partito di maggioranza ad ogni elezione (con due brevi interruzioni dal 1994 al 1996 e dal 2009 al 2012¹⁷). Durante questo lungo periodo di predominanza, il Primo Ministro del Paese è sempre stato il Presidente dell'LDP.

La politica economica e sociale del Giappone dal 1955 ad oggi è costantemente stata influenzata in modo profondo dall'ideologia (più o meno conservatrice) di ogni leader del partito: è prassi comune che ogni Primo Ministro abbia la tendenza a far emergere le proprie iniziative caratterizzanti, talvolta ulteriori o addirittura distoniche rispetto alle politiche del partito stesso¹⁸.

Questa circostanza è riscontrabile anche nei tre periodi di mandato di Shinzō Abe, inizialmente Primo Ministro nel 2005, successivamente nel 2012, ed attualmente in carica dopo l'elezione del luglio 2016¹⁹. Abe, nipote dell'ex Primo Ministro Nobusuke Kishi, è animato da un forte spirito ideologico nazionalista, soprattutto in campo economico e relativamente alle politiche di difesa, ed è intenzionato a lasciare un segno nella storia del Giappone. Abe può essere senza dubbio considerato uno dei più convinti leader conservatori dell'ultimo mezzo secolo, ed è stato il più giovane Primo Ministro eletto dopo la Seconda Guerra Mondiale, a “soli” cinquantadue anni.

Per quanto riguarda la modifica della Costituzione, egli è sempre stato un convinto sostenitore dell'indipendenza militare del Giappone e ha mostrato scarsa

¹⁶ D.R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution: a Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment.*, Vancouver, 2014.

¹⁷ S.R. Reed and K. Shimizu, *An overview of Postwar Japanese Politics*, in S.R. Reed and others (Eds.), *Political change in Japan: electoral behavior, party realignment and the Koizumi reforms*, Palo Alto, 2009, 5–26; J. Kingston, *Japan in Transformation, 1945–2010.*, London, 2014, 29–30.

¹⁸ A. Gaunder, *The institutional landscape of Japanese politics*, in *Routledge Handbook of Japanese Politics*, Abingdon, 2011, 4.

¹⁹ Liberal Democratic Party of Japan, *A History of the Liberal Democratic Party. Chapter Twenty-One. Period of President Abe's Leadership.*

fiducia nel funzionamento del procedimento emendativo della Costituzione stessa (Art.96), ritenendo poco appropriato il ricorso a un referendum popolare²⁰.

Da questi presupposti ben si comprende il motivo per cui il Partito Liberal Democratico, già nel 2005²¹ e poi successivamente nel 2012, ha proposto una propria completa revisione costituzionale²², che prevede in particolare la modifica dell'Art. 9 e dell'Art. 96, ma che in realtà va ben oltre, aumentando i poteri del Primo Ministro e intervenendo sulla disciplina relativa alla tutela diritti fondamentali²³.

La proposta del 2012 è quella più significativa: la schiacciante vittoria dello LDP nelle elezioni del luglio 2016 ha infatti portato il partito a conseguire (anche attraverso l'appoggio dei suoi alleati) quella maggioranza parlamentare che permetterebbe, almeno nella Dieta, di compiere il a lungo agognato progetto di riforma.

Lo scopo dichiarato è quello di creare una costituzione autonoma (*Jishu kenpō*) e di eliminare ogni residuo di imposizione derivante dalla sconfitta della Seconda Guerra Mondiale. L'idea di riformare la Costituzione – come detto, rimasta immutata per più di 70 anni e frutto di una procedura eterodiretta – non è di per sé priva di merito, e anzi, in un certo senso è necessaria viste le recenti, più che discutibili, iniziative di interpretazione del testo.²⁴ Tuttavia, la formulazione della nuova proposta ha destato grande preoccupazione presso numerosi osservatori, i quali sottolineano che un'eventuale adozione del testo presentato dal LDP avrebbe conseguenze molto significative. Con l'attenzione prevalentemente focalizzata sull'Art. 9 e sul pacifismo costituzionale, le modifiche che avrebbero effetti più pervasivi per i cittadini sono inoltre passate quasi inosservate²⁵.

La volontà di bilanciare l'equilibrio tra potere governativo e diritti individuali, contenuta nella nuova proposta, continua a rappresentare la linea politica intrapresa dal Leader del Partito sin dalla sua prima elezione. Tuttavia, essendo la materia costituzionale molto delicata, non è da sottovalutare come una modifica radicale, così come proposta e specialmente in materia di tutela dei diritti della persona, possa portare ad effetti collaterali non irrilevanti.

²⁰ Cfr. discorso tenuto da Shizo Abe alla cerimonia commemorativa per il 60esimo anniversario dell'entrata in vigore della Costituzione giapponese, 25 aprile 2007.

japan.kantei.go.jp/abepphoto/2007/04/25kenpou60_e.html

²¹ M.T. Seigel, *Questioning the Rationale for Changing Japan's Peace Constitution*, in J.A. Camilleri (Ed.), *Asia-Pacific Geopolitics: Hegemony Vs. Human Security*, Cheltenham, 2007.

²² Cfr. annuncio del nuovo *drafting* costituzionale proposto dal Partito Liberal Democratico, 7 maggio 2012, www.jimin.jp/english/news/117099.html

²³ Cfr. “*Nihon koku Kenpō kaisei sōan*” o “*Draft Reform to Japan's Constitution. Q & A*” Art. 14, pubblicato sul sito del Partito il 28 Aprile 2012, in occasione del 60esimo anniversario dalla fine dell'occupazione americana. Disponibile solo in lingua giapponese www.jimin.jp/activity/colum/116667.html

²⁴ La strada delle “reinterpretazioni” costituzionali è una pericolosa china che il Governo ha preso: anziché affrontare l'incerto *iter* della revisione, viene approvata una sorta di “interpretazione autentica”. Da ultimo, nel 2014, il Governo di Shinzō Abe ha “reinterpretato” l'Art. 9: in base alla nuova lettura, il Giappone ha legittimazione per partecipare a quella che è stata qualificata come “autodifesa collettiva”: pertanto, al Paese è consentito inviare contingenti militari in operazioni di *peacekeeping* internazionale.

²⁵ L. Repeta, *Japan's Democracy at Risk – The LDP's Ten Most Dangerous Proposals for Constitutional Change*, in 11 *The Asia-Pacific Journal Focus* (2013).

Gli emendamenti proposti nel progetto sottoposto alla Dieta nel 2012 possono essere suddivisi in tre categorie: modifiche tecniche (quali l'aggiunta di paragrafi e intestazioni e modificazioni leggere di lessico); cambiamenti sostanziali tesi ad allineare il testo costituzionale con la situazione di fatto già in essere; e infine cambiamenti sostanziali che vanno a incidere profondamente sull'assetto istituzionale del paese.²⁶ In alcuni casi può essere individuata la sovrapposizione tra le categorie appena descritte, in base alla lettura degli intenti sottintesi ad alcune delle modifiche presenti nella nuova proposta.

Un aspetto interessante da rilevare è come la proposta echeggi della Costituzione Meiji (*Dai Nippon Teikoku Kenpō*, letteralmente “Costituzione del Grande Impero Giapponese”) ²⁷, entrata in vigore nel 1889 (e sostituita nel 1946 da quella attuale). La Costituzione imperiale era stata adottata nell'ambito delle grandi riforme istituzionali della “Restaurazione Meiji” (*Meiji Ishin*)²⁸. Tuttavia rispetto a quella del Dopoguerra, la Costituzione previgente era stata elaborata in autonomia dal Governo giapponese di allora, il quale si era ispirato al modello prussiano²⁹. In questo modo la Costituzione Meiji presentava certamente tutte le caratteristiche di una Costituzione occidentale, compreso un capitolo dedicato ai diritti dei sudditi, ma aveva anche mantenuto, per quanto possibile, la propria tradizione giuridica precedente, in particolar modo riguardo la disciplina dell'Imperatore (*Tennō*)³⁰. In base all'assetto costituzionale ottocentesco infatti, l'Imperatore del Giappone era un sovrano dotato di amplissimi poteri, e, anche dal punto di vista strettamente giuridico, addirittura una divinità.

Per quanto riguarda la tutela dei diritti individuali, una delle critiche a cui è stato soggetto il testo Meiji³¹, riguardava la scarsa metabolizzazione della completa sovraordinazione dei diritti della persona rispetto ad altri aspetti della vita comune e alle leggi ordinarie. Infatti spesso era sancita una limitazione di tali diritti al non

²⁶ C.P.A. Jones, *The LDP constitution, article by article: a preview of things to come?*, in *The Japan Times*, 2013. Per essere onesti (e filologicamente corretti), il Prof. Jones descrive la terza categoria di modifiche come “*substantive changes that suggest a new direction or at least elicit a “WTF?!” response*”.

²⁷ *Amplius*, G. M. Beckmann, *The Making of the Meiji Constitution, the Oligarchs and the Constitutional Development of Japan, 1868-1891*, Lawrence, 1957; J. Siemes, *Hermann Roesler's Commentaries on the Meiji Constitution*, in *19 Monumenta Nipponica* 37 (1964); K. Takii, *The Meiji Constitution. The Japanese Experience of the West and the Shaping of the Modern State*, D. Noble (Tr.), Tokyo, 2007.

²⁸ *History of law in Japan since 1868*, W. Röhl (Ed.), Leiden, 2005.

²⁹ Il principale, se non unico, modello ispiratore del testo Meiji fu la Costituzione Prussiana del 1850. Gli Oligarchi, infatti, ritrovarono nella Germania del Secondo Reich alcune caratteristiche che ritenevano proprie anche del Giappone. In particolar modo si tratta di due Paesi modernizzati recentemente e soprattutto tradizionalmente caratterizzati da un sistema notevolmente accentrato con a capo un esecutivo molto forte. Cfr. M. Losano, *La recezione dei modelli giuridici europei nella realtà giapponese: Herman Roesler*, Firenze 1983, 151-156.

³⁰ Alcuni studiosi infatti, non parlano di trapianto vero e proprio ma più che altro di “innesto giuridico”; questo termine viene utilizzato appunto per sottolineare come, da una parte il sistema precedente rimanesse insito nell'ideale sociale, e dall'altra, la tradizione giuridica occidentale si fosse fusa con quella precedente, rappresentando una “decorazione” del sistema giuridico di epoca pre-Meiji.

³¹ F.O. Miller, *Minobe Tatsukichi, interpreter of constitutionalism in Japan*, Berkeley, 1965.

pregiudizio della pace e della sicurezza pubblica, oppure in base ad una riserva di legge³².

La proposta dell’LDP non ha il potere di riportare l’orologio dei diritti individuali indietro di un centinaio di anni, ma ripropone con prepotenza la questione del bilanciamento fra diritti individuali e benessere della collettività, con una tendenza a fare prevalere la seconda sui primi. Si legge spesso il rispetto del limite della non interferenza con l’ordine e l’interesse pubblico³³, soprattutto nel Capitolo denominato “Diritti e doveri delle Persone”. Nel *pamphlet* dedicato alla spiegazione della bozza³⁴, questo nuovo inserimento, non presente nella Costituzione del 1946, ma ripreso dalla Costituzione Meiji, viene banalmente spiegato come una semplice specificazione riconducibile alle modifiche tecniche di prima categoria, in quanto era già sottinteso come l’esplicazione di un qualsiasi diritto si limiti dove cominci a causare inconvenienti agli altri³⁵.

Il principio di contemperamento fra i diritti individuali e il bene pubblico ovviamente non è un concetto originale, né sconosciuto nel costituzionalismo europeo o statunitense, anzi. Tuttavia, ciò che preoccupa gli interpreti è la sostanziale vaghezza con cui l’intera proposta affronta la questione.

Questa vaga e poco chiara limitazione dei diritti fondamentali sancita nella proposta del LDP, è però passata più che altro inosservata, in quanto il punto su cui si sono soffermate maggiormente le critiche, riguarda invece la modifica dell’articolo 9, che ne stravolge completamente la disciplina. Tuttavia, a parere di chi scrive, le modifiche al Capitolo relativo ai diritti delle persone non possono essere sottovalutate e necessitano di una critica e di una considerazione maggiore, soprattutto riguardo alle conseguenze di una futura approvazione da parte della Dieta.

Un’altra novità della bozza del 2012 riguarda poi il Capitolo relativo alla “Dichiarazione dello Stato di Emergenza”. Questo si colloca prima della parte relativa agli emendamenti costituzionali ed in particolare prevede una disciplina *ad hoc* quando “ritenuto particolarmente necessario”, per far fronte ai casi di emergenza. Nell’articolo 99³⁶ è interessante rilevare come sia espressamente

³² Di questa problematica possono essere forniti numerosi esempi. L’Art. 28, per esempio, così recita: “I sudditi giapponesi hanno libertà di religione, nei limiti entro cui non turbino la sicurezza e l’ordine, e non vengano meno ai loro doveri di sudditi”. Questa problematica è discussa in G.F. Colombo, *Laicità dello Stato e Shintoismo nella giurisprudenza costituzionale giapponese*, in *Asiatica Ambrosiana*, Roma, 2011. Un altro caso paradigmatico è l’Art. 32, in base al quale: “Le disposizioni contenute nel presente capitolo si applicano ai militari, in quanto non siano contrarie alle leggi, regolamenti o discipline, dell’esercito o dell’armata”. Dal tenore letterale di questa disposizione parrebbe addirittura che i diritti costituzionali dei sudditi siano subordinati ai doveri in quanto militari, persino a quelli previsti per regolamento.

³³ Articolo 12: [...] *I cittadini si asterranno dall’abusare dei propri diritti e libertà, e saranno consapevoli delle responsabilità e dei doveri che accompagnano tali diritti e libertà, e si asterranno altresì dalla violazione dell’interesse collettivo e dell’ordine pubblico.* [traduzione nostra].

³⁴ Cnfr. “*Nihonkoku Kenpō kaisei sōan*” o “*Draft Reform to Japan’s Constitution. Q & A*”, Disponibile solo in lingua giapponese www.jimin.jp/activity/colum/116667.html

³⁵ D.C. Lummis, *It Would Make No Sense for Article 9 to Mean What it Says, Therefore It Doesn’t. The Transformation of Japan’s Constitution*, *supra* note 11.

³⁶ Articolo 99: [...] Nel caso in cui venga dichiarato lo stato di emergenza, ogni individuo sarà soggetto agli ordini provenienti dallo Stato e dalle altre istituzioni pubbliche finalizzati a proteggere la vita, l’integrità fisica e i beni dei cittadini, come prescritto dalla legge. Anche in questa circostanza, gli Artt. 14, 18, 19, 21 e le altre disposizioni relative ai diritti umani

specificato che gli articoli 14³⁷, 18³⁸, 19³⁹, 21⁴⁰ e gli altri relativi ai diritti fondamentali della persona debbano comunque essere rispettati nella massima misura possibile⁴¹. Il dubbio che sorge riguardo a tale disposizione riguarda il fatto che sono già presenti negli articoli relativi ai diritti in questione delle clausole limitative, già evidenziate precedentemente (ordine e interesse pubblico e limiti di legge). In questo caso potrebbe quindi essere approvata una legge limitativa dei diritti fondamentali durante lo stato di emergenza e potrebbe non essere ritenuta incostituzionale.

La lettura del nuovo testo va altresì coordinata con il meccanismo di controllo di costituzionalità previsto dall'ordinamento giapponese, e in particolare va tenuto in considerazione il ruolo che la Corte Suprema ha nella difesa dell'ordinamento costituzionale (Art. 81⁴²). Infatti, pur essendo previsto un controllo diffuso di costituzionalità delle leggi ordinarie davanti ai tribunali di ogni livello, i casi finiscono quasi inevitabilmente di fronte alla Corte Suprema: tuttavia, anche qualora il supremo giudicante giapponese rilevi che una norma sia contraria alla Costituzione, il risultato è che tale norma non si applichi esclusivamente nel caso di specie che viene deciso in quella sede. A seguito di una pronuncia di incostituzionalità, la Corte Suprema trasmette gli atti processuali a Governo e Dieta, con l'indicazione di provvedere al riguardo. Tuttavia questa indicazione non è vincolante, e ci sono stati svariati casi in cui sono trascorsi anni fra il giudizio della Corte Suprema e la modifica della legge. Governo e Dieta, talvolta, hanno addirittura disatteso le indicazioni della Corte, non modificando la legge nella direzione auspicata dal giudiziario.

Ci sono stati inoltre giudizi che hanno creato una sorta di *tertium genus* di dubbia interpretazione: in particolare, la Corte Suprema ha giudicato che la legge elettorale non sia costituzionale, ma si trovi in uno "stato di incostituzionalità" non spingendosi dunque fino ad emettere un deciso giudizio di incostituzionalità. Molti studiosi⁴³ hanno ricondotto questo atteggiamento ad una politica di cosiddetta

fondamentali saranno rispettate nella massima misura possibile. [...] [Sottolineatura aggiunta. Traduzione nostra].

³⁷ Articolo 14: Tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge e non vi dovrà essere discriminazione alcuna nei rapporti politici, economici o sociali per motivi di razza, di religione, di sesso, di disabilità, di condizioni sociali o di origini familiari. Né i nobili né i titoli nobiliari riceveranno alcun riconoscimento giuridico. Nessun conferimento di qualsiasi onorificenza o distinzione sarà valido oltre la vita dell'individuo che ne è attualmente titolare o che potrà diventarlo in avvenire [Traduzione nostra].

³⁸ Articolo 18: Nessuna persona sarà tenuta in servitù di qualsiasi specie nelle relazioni economiche o sociali contro la propria volontà. La servitù involontaria, a meno che costituisca punizione di crimini, è proibita [Traduzione nostra].

³⁹ Articolo 19: La libertà di pensiero e di coscienza è garantita [Traduzione nostra].

⁴⁰ Articolo 21: Le libertà di riunione, associazione, di parola e di stampa, e tutte le altre forme di espressione sono garantite. Nonostante la previsione del precedente paragrafo, attività che abbiano l'obiettivo di nuocere all'interesse pubblico o all'ordine pubblico e la formazione di associazioni con tali finalità non saranno riconosciute. Non sarà mantenuta alcuna censura, né sarà violato il segreto di qualsiasi mezzo di comunicazione [Traduzione nostra].

⁴¹ T. Morris Suzuki, *The Re-Branding of Abe Nationalism: Global Perspectives on Japan*, in 11 *The Asia-Pacific Journal Japan Focus* (2013).

⁴² Articolo 81: La Corte Suprema è la corte di ultima istanza; essa avrà il potere di decidere sulla costituzionalità di qualsiasi legge, decreto, regolamento od atto ufficiale.

⁴³ D.S. Law, *Why Has Judicial Review Failed in Japan?*, in 88 *Washington university law review* 1425 (2011).

“judicial passivity”⁴⁴. Queste sentenze poco incisive e molto caute nella dichiarazione di incostituzionalità si traducono in una dichiarazione di impotenza da parte della magistratura nei confronti di certi abusi del potere esecutivo⁴⁵.

La necessaria collaborazione di Governo e Dieta (e dunque, inevitabilmente, del partito di maggioranza) per l’eventuale modifica di una norma incostituzionale rende ancora più significativo il bilanciamento dei diritti previsto dalla Costituzione.

3. La proposta di riforma: un’analisi testuale

Una lettura puramente filologica della proposta di riforma lascia l’interprete con più dubbi di quanti non ne chiarisca. Tuttavia, si possono azzardare alcune valutazioni di massima.

La nuova versione dell’Art. 9 meriterebbe un’approfondita trattazione separata, ma, coerentemente con gli obiettivi del presente articolo, ci asterremo dall’analizzarlo, concentrandoci invece su quegli aspetti della bozza che rivelano un’intenzione di “asiaticizzare” la Costituzione comprimendo i diritti ed espandendo simmetricamente i doveri o di “nipponizzare” (o forse “de-americanizzare”) il testo con riferimento ad elementi della storia, della religione e della cultura giapponese.

L’intento di valorizzare la (come detto, vera o presunta) “unicità” del Giappone è evidente sin dal Preambolo, che nella nuova versione menziona esplicitamente il fatto che il paese sia dotato di una lunga storia e di una cultura appunto “unica” (*koyū*). I vari riferimenti alla sovranità popolare sono eliminati (nonostante l’Art. 1 specifichi che la sovranità appartiene appunto al popolo).

L’Art.1 va a chiarire, sebbene solo parzialmente, l’ambiguo ruolo costituzionale dell’Imperatore, il quale da mero “simbolo dello Stato e di unità del popolo” viene inoltre espressamente qualificato come “Capo di Stato”.⁴⁶

L’Art. 3 è già fonte di non poche preoccupazioni: esso riguarda i simboli della nazione, ossia la bandiera e l’inno nazionale. Il testo costituzionale vigente non contiene infatti norme in materia di tali emblemi dell’identità di un paese. Nell’immediato dopoguerra fu in linea di principio vietato mostrare la bandiera giapponese senza un’autorizzazione preventiva: la proibizione fu abolita nel 1949. Nel 1999 il legislatore ha emanato la Legge sulla bandiera nazionale e sull’inno nazionale (Legge 127 del 1999), che riconosce ufficialmente come bandiera nazionale la *Hinomaru* (disco rosso in campo bianco; il nome ufficiale della bandiera, utilizzato anche nella legge è *nisshōki*) e come inno nazionale l’inno *Kimigayo*. Non è inconsueto né preoccupante che uno Stato intenda onorare e proteggere in Costituzione i simboli del Paese: tuttavia, l’inno nazionale è stato per lungo tempo oggetto di controversie, le più famose delle quali riguardano alcuni dipendenti pubblici che si sono rifiutati di cantare l’inno e sono stati pertanto allontanati dal

⁴⁴ H. Tomatsu, *Judicial Review in Japan: An Overview of Efforts to introduce U.S. Theories*, in Y. Higuchi (Ed.), *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, Tokyo, 2001.

⁴⁵ A. Ortolani, *Costituzionale, incostituzionale e ‘in uno stato di incostituzionalità’*, in *Il diritto c’è ma non si vede*, 2013.

⁴⁶ L’Imperatore del Giappone è attualmente l’unico soggetto al mondo detentore del titolo di “imperatore”.

lavoro. Da ultimo, la Corte d'Appello (o Alta Corte, a seconda della denominazione preferita) di Tokyo ha confermato, nel 2017, la validità della mancata riassunzione di tre docenti che si erano astenuti dall'intonare il *Kimigayo*.⁴⁷ L'inno è stato per molti anni un *taboo* nel Paese a causa della sua associazione con il periodo nazionalista. Inoltre, i riferimenti alla sacralità della Casa Imperiale lo rendono problematico per coloro che professano ad esempio la religione cattolica.⁴⁸

Anche l'Art. 12 riguardo l'esercizio dei diritti fondamentali, lascia non poche perplessità. La nuova formulazione di tale disposizione contiene infatti un riferimento esplicito all'esistenza di responsabilità e doveri che accompagnano le libertà fondamentali dei cittadini, i quali inoltre si impegnano altresì a non violare "mai" l'ordine pubblico e l'interesse collettivo. Tuttavia, quali siano tali responsabilità e doveri non è specificato dall'LDP, e, come già detto in precedenza, anche le nozioni di ordine pubblico e di interesse collettivo rimangono piuttosto vaghe. Il termine utilizzato per "ordine pubblico" (*shakai chitsujo*) rimanda al concetto di vita sociale pacifica (*heibon na shakai seikatsu*) e quindi indirettamente al fatto che nell'affermazione dei propri diritti non si possano creare disagi ad altri individui e alla collettività. La preoccupazione relativa a questo articolo nasce proprio da questa ambigua scelta terminologica, che lascia quindi aperta la possibilità di individuazione di infinite responsabilità ed obblighi in capo ai cittadini, con la conseguenza di andare ad indebolire incisivamente la tutela dei diritti individuali degli stessi.

Tale limitazione è da applicarsi a tutti i diritti sanciti in Costituzione, ed in particolare è necessario non sottovalutare l'effetto che essa potrebbe avere sulla tutela della libertà di espressione e di manifestazione del pensiero. Infatti ogni dimostrazione pubblica di protesta potrebbe avere di per sé come conseguenza qualche disagio, ad esempio il rallentamento del traffico: tuttavia la maggior parte delle società democratiche ha un atteggiamento di tolleranza verso questi minimi inconvenienti, in quanto connessi all'espressione di un diritto fondamentale. In Giappone, invece, l'atteggiamento dei tribunali e delle forze dell'ordine in queste situazioni è spesso stato ostile e poco comprensivo; talvolta anche disagi limitati vengono qualificati come violazione dell'ordine pubblico (ad esempio, nel cosiddetto caso dei "Tre di Tachikawa")⁴⁹ e il nuovo Art. 12, così come riformulato dall'LDP, porterebbe solo ad un inasprimento del già rigido orientamento presente nel Paese.

Un altro esempio di proposta di modifica passato quasi del tutto inosservato riguarda l'Art. 13. Questo articolo è uno di quelli che più chiaramente rispecchia l'influenza dell'occupazione americana, richiamando per vari aspetti la

⁴⁷ D. Kikuchi, *High court rejects appeal by teachers refused work for not standing and singing national anthem*, in *The Japan Times*, 2017.

⁴⁸ Come uno dei tre docenti coinvolti nel caso poc'anzi menzionato.

⁴⁹ Il cosiddetto caso dei "Tre di Tachikawa" riguarda la condanna per violazione di domicilio di tre manifestanti pacifisti che, nel 2004, erano entrati in un complesso residenziale delle Forze di Autodifesa per distribuire volantini contro la presenza militare giapponese in Iraq. Assolti in primo grado, condannati in appello (D. McNeill, *Enemies of the State: Free Speech and Japan's Courts*, in 4 *The Asia-Pacific Journal* (2006)), gli attivisti sono stati definitivamente condannati dalla Corte Suprema (Corte Suprema, II Sezione penale, 11 aprile 2008). La decisione è stata fortemente criticata da costituzionalisti e osservatori internazionali. Si veda D. McNeill, *Martyrs for Peace: Japanese antiwar activists jailed for trespassing in SDF compound vow to fight on*, in 6 *The Asia-Pacific Journal* (2008).

Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti, e per tale ragione è stato uno dei primi obiettivi di modifica dell'LDP. In particolare il cambiamento riguarda il termine utilizzato per esprimere il concetto di "individuo" (*kojin*), che nella bozza viene sostituito da quello di "persona" (*hito*). Questa modifica potrebbe sembrare irrilevante, tuttavia, come anche specificato dallo stesso LDP nel *pamphlet* esplicativo, la volontà è quella di riformare una formulazione che è nata nell'alveo della teoria "occidentale" del giusnaturalismo [sic!], e questo rende "necessaria" una sua sostituzione con una definizione più attenta al contesto locale. Questo passaggio di status da individuo a persona ha però anche una conseguenza decisamente rilevante nella definizione dei diritti individuali, a cui, con la nuova terminologia, viene sicuramente conferita un'importanza ed una incidenza minore rispetto alla versione precedente. Sembra quasi che l'intenzione del LDP sia ancora una volta quella di riavvicinarsi alla Costituzione Meiji, in cui il termine utilizzato era "suddito" e per cui i diritti fondamentali venivano riconosciuti in quanto concessione da parte di un potere superiore e necessariamente limitati e temperati dai doveri.

L'Art. 20 sulla libertà di religione è anch'esso oggetto di un acceso dibattito. La nuova formulazione, pur confermando la separazione fra Stato e religione e il generale dovere di astensione rispetto alla promozione, da parte di enti pubblici, di un particolare credo religioso, introduce una significativa eccezione. In base alla proposta, lo Stato potrà comunque sostenere quelle attività che siano espressione di "cortesie sociali" (*shakaiteki girei*) o "pratiche tradizionali" (*shūzokuteki kōi*). La formulazione è ben lungi dall'essere casuale: fa infatti uso del lessico adoperato dalla Corte Suprema in una serie di controverse sentenze in materia appunto di separazione fra Stato e religione. Sembra dunque che il nuovo testo costituisca una apertura verso la commistione fra enti pubblici e pratica della religione autoctona dello Shintō, che sin dal periodo Meiji è stata (strumentalmente) utilizzata in funzione nazionalista.⁵⁰

La nuova formulazione lascia inoltre aperta la possibilità per lo Stato di consentire l'insegnamento della religione Shintō nelle scuole non in quanto fenomeno di culto ma appunto in quanto tradizione nazionale. Già nel 2006, la revisione della Legge fondamentale sull'educazione (*kyōiku kihonhō*, Legge 120/2006) aveva destato preoccupazioni. La legge, promulgata nella 1947 nell'ambito delle riforme durante l'occupazione alleata, aveva originariamente come scopo principale appunto quello di depurare l'educazione da ogni elemento nazionalistico (e religioso). Tra i punti controversi della riforma figurano il riferimento al "senso di moralità", al "rispetto per la tradizione e la cultura" e allo "amore per la patria" del riformato Art. 2 e alla "conoscenza della religione" e al "ruolo della religione nella vita sociale" dell'Art. 15. Tali modifiche hanno suscitato reazioni eterogenee da parte delle varie organizzazioni religiose presenti nel paese. Alcune (soprattutto quelle legate allo Shintō) hanno salutato con favore il ritorno di un collegamento fra educazione e religione; altre (in particolare la scuola buddista *Jōdo Shinshū*) hanno fortemente criticato la riforma, asserendo che tali

⁵⁰ G.F. Colombo, *Laicità dello Stato e Shintoismo nella giurisprudenza costituzionale giapponese*, *supra* nota 28.

riferimenti potrebbero aprire la strada a una reintroduzione di forme di religione “di Stato” con finalità nazionalistiche.⁵¹

In base alla proposta di modifica anche l’ Art. 21 sulla libertà di riunione, di associazione, di parola, di stampa, e di espressione è stato dotato di un nuovo comma, in cui viene espressamente sancito ancora una volta il divieto di violazione dell’interesse collettivo e dell’ordine pubblico nell’esercizio delle stesse. Come se non bastasse, viene anche sottolineato apertamente che le associazioni con finalità che, anche astrattamente, interferiscano con il mantenimento di tale ordine non verranno riconosciute. A questo chiaro attacco alla tutela di tali diritti fondamentali si unisce anche la recente volontà del Governo Abe di attuazione della *U.N. Transnational Crime Convention*,⁵² decisamente in sintonia con le proposte di modifica costituzionale dell’LDP. Tale Convenzione infatti aumenta il potere coercitivo nei confronti delle organizzazioni criminali, anche presunte, con lo scopo di garantire la sicurezza dei cittadini contro eventuali attacchi terroristici, soprattutto in vista delle Olimpiadi di Tokyo del 2020. Tuttavia, a questo punto, il problema ricade sulla definizione di organizzazione criminale in relazione al dettato costituzionale citato in precedenza. Le associazioni che violano l’ordine pubblico e l’interesse collettivo sono da qualificarsi come organizzazioni criminali? Se la risposta fosse positiva gli effetti della *U.N. Transnational Crime Convention* avrebbero portata molto più ampia e preoccupante.⁵³

4. Conclusioni

842

Per decenni, il Partito Liberal Democratico è stato paragonato dai politologi all’italiana Democrazia Cristiana.⁵⁴ Non ci pare dunque inopportuno chiudere con una citazione attribuita (erroneamente) a Giulio Andreotti⁵⁵, che sintetizza in modo efficace l’atteggiamento della maggior parte degli studiosi verso la proposta di riforma costituzionale: “a pensar male degli altri si fa peccato ma spesso ci si indovina”.

Senza voler azzardare riflessioni di diritto costituzionale che potrebbero essere troppo lontano (e per le quali chi scrive non è assolutamente qualificato), è indubbio che la Costituzione sia anche l’espressione della cultura giuridica, della storia, e per certi versi dell’identità di uno Stato. Non v’è dunque nulla di per sé sbagliato o preoccupante nel volere una riforma che allinei il testo costituzionale a questi parametri.

⁵¹ U. Dessì, *Shin Buddhism, Authority, and the Fundamental Law of Education*, in 56 *Numen* 523–44 (2009).

⁵² Il Giappone ha sottoscritto la Convenzione nel 2000, ma non l’ha ancora ratificata. Il legislatore giapponese sostiene infatti che la ratifica richiede un adeguamento della normativa interna per poter appunto attuare i principi della Convenzione. I provvedimenti attualmente in discussione intendono appunto colmare questa lacuna. Mainichi Japan, *Editorial: Gov’t proposal to criminalize ‘conspiracy’ too broad*, in *The Mainichi*, 2017.

⁵³ Mainichi Japan, *Concerns remain over ‘anti-conspiracy bill’ as gov’t prepares to submit new version to Diet*, in *The Mainichi*, 2017.

⁵⁴ Tra i molti, M. Castells, *Il potere delle identità*, Milano, 2014.

⁵⁵ La citazione originale è di Papa Pio IX.

Non vi è inoltre alcunché di preoccupante nell'affermare che l'esercizio dei diritti individuali è necessariamente temperato dal rispetto dell'ordine pubblico, e che la sfera del singolo è limitata da quella degli altri: tali principi sono, implicitamente o esplicitamente, comuni nel panorama costituzionale. Né preoccupa il fatto che la formulazione delle norme sia effettuata in modo "vago": non vogliamo riferirci qui alla presunta inidoneità del linguaggio ideografico nel definire precisamente concetti giuridici,⁵⁶ ma al fatto che nozioni come "ordine pubblico" sono di per se stesse difficilmente riconducibili a un preciso confine precettivo.

Il caso del Giappone, tuttavia, ruota attorno a un senso di revanscismo e di nazionalismo che desta non poca perplessità. Come sostenuto altrove, in un Paese così sensibile alla dialettica sul nazionalismo, al punto da dover attendere il 1999 per poter ripristinare l'esistenza della bandiera e dell'inno nazionale, e in una congiuntura così delicata (la riforma del pacifismo costituzionale è oggetto di un acceso dibattito) queste preoccupazioni trovano una platea ben disposta a darvi credito.⁵⁷ L'atteggiamento di repressione del dissenso e in generale il clima sempre più cupo di rischio di limitazione delle libertà fondamentali sono lo sfondo sul quale la proposta del LDP si staglia.⁵⁸

L'intento di rivincita sotteso alla proposta di riforma è stato esplicitato dal LDP non tanto e non solo nel commentario fornito alla bozza, ma in uno strumento se vogliamo più autenticamente "giapponese": come spesso avviene nel Paese, importanti proposte legislative sono accompagnate da un *manga* (fumetto) esplicativo della riforma, destinato al grande pubblico.⁵⁹ In esso, si legge delle vicende della famiglia Honobono, la quale, in occasione del Giorno della Costituzione (*Kenpō no hi*, 3 maggio) si interroga sulla natura della riforma. Nel fumetto, la voce della saggezza è affidata a Senzō, il novantaduenne capofamiglia, il quale rivela agli altri componenti del nucleo familiare come la Costituzione sia il prodotto dell'occupazione americana. Il *manga* in questione è stato oggetto di critica da parte dei commentatori,⁶⁰ ma è rivelatorio dell'atteggiamento mentale retrostante la riforma. Nelle battute conclusive, Senzō afferma che senza una riforma, il Giappone rimarrà sempre un "paese sconfitto" (*haisenkoku*). Come modifiche quali la soppressione del termine "individuo" in Costituzione possano rendere il Paese "vittorioso" è tuttavia ancora da comprendere.

⁵⁶ Il dibattito sul punto è particolarmente ricco con riguardo alla lingua cinese: *ex multis*, D. Cao, *Chinese law: a language perspective = Shuo-fa*, Aldershot, 2005; M. Timoteo, *Vague Notions in Chinese Contract Law: The Case of Heli*, in 18 *European Review of Private Law* 939-51 (2010).

⁵⁷ G.F. Colombo, *Stato, diritto e sincretismo religioso in Giappone: lo sguardo del giurista*, in 19 *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 19-34 (2016).

⁵⁸ Già nel 2013, l'approvazione della Legge sulla protezione dei segreti strategici, (Legge 108 del 2013), in base alla quale giornalisti e *blogger* che diffondano informazioni ritenute "segreti strategici" dal Governo (senza precise specifiche su tale qualificazione, se non quella di una decisione unilaterale del Governo medesimo) aveva dato il via a un brusco declino del Giappone nella classifica sulla libertà di stampa curata da *Reporters sans frontières*. Il Giappone si trova ora al 72mo posto, di gran lunga il peggiore dei Paesi del G7. Nel 2010, era all'11. *Amplius*, rsf.org/en/japan.

⁵⁹ *Honobono ikka kenpō kaisei tte naani?*, disponibile all'indirizzo jimin.ncss.nifty.com/pdf/pamphlet/kenpoukaisei_manga_pamphlet.pdf

⁶⁰ Suggeriamo la lettura dell'esilarante e spietato commento di C.P.A. Jones, *The LDP's comic appeal for constitutional change falls flat*, in *The Japan Times*, 2015.

La previsione normativa di un diritto di terza generazione: l'ambiente nella Costituzione argentina

di Ilaria De Cesare

Abstract: *The normative provision of a third generation right: the protection of the environment in Argentine Constitution* – This research aims at discovering how the environmental rights were introduced into Argentine Constitution by the reform of 1994. It is particularly focused to find out how a “third generation right” can be introduced into a liberal Constitution and what are the consequences of this explicit provision. The text of article 41 of the Argentine Constitution doesn't seem to be able to provide a clear definition of environmental rights. The Assembly approved a far too long disposition that needed a systematic interpretation with art. 43 of the Constitution – that is about a collective amparo – to be understood.

Keywords: Argentina; Environmental rights; Constitutional reform; Third generation rights; Collective amparo.

845

1. Premessa

La tutela dell'ambiente quale diritto di rango costituzionale è una conquista relativamente recente, legata soprattutto all'evoluzione tecnologica e industriale, le cui conseguenze spesso dannose per la natura e l'ecosistema hanno interessato sempre più il dibattito sociale e giuridico. A livello globale gli ordinamenti costituzionali si dividono in due grandi categorie: quelli che espressamente contemplano una disposizione a tutela dell'ambiente e quelli che lo ritengono interpretativamente riconducibile a una disposizione costituzionale “aperta”. In Italia, ad esempio, il diritto all'ambiente viene ricondotto agli artt. 9 e 32 Cost., nonché al catalogo aperto di cui all'art. 2 Cost. La Costituzione spagnola del 1978, invece, lo prevede espressamente agli artt. 45 e 46, così come le Costituzioni portoghese, art. 66, e greca, art. 24. L'Argentina, all'esito della riforma costituzionale del 1994, si è dotata di una norma ispirata proprio alle formulazioni delle Costituzioni europee appena elencate¹, tutelando all'art. 41 il *derecho al medio ambiente*.

Ancor prima della riforma del 1994, al diritto all'ambiente veniva già riconosciuto rango costituzionale, in quanto interpretativamente ricondotto all'art. 33 Cost. Arg. Questa disposizione dispone (ancora oggi) che i diritti e le garanzie presenti in Costituzione non possono essere usati per negare quelli che, seppur non elencati, scaturiscono dal principio di sovranità popolare e dalla forma

¹ G. Badeni, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, 1995, I ed., Vol. I, Buenos Aires, 94.

Repubblicana dello Stato, consentendo così di tutelare molti diritti non positivizzati nella Carta costituzionale. Sempre in riferimento al diritto all'ambiente, in passato si individuava all'art. 67 n. 16 (ad oggi art. 75 n. 18) Cost. Arg., il dovere statale di apprestarvi tutela. Tale norma attribuiva (e attribuisce) al Congresso la competenza «a provvedere a ciò che conduce alla prosperità del Paese e al benessere di tutte le Province [...]»². Il diritto all'ambiente, infine, trovava riconoscimento anche in alcune Costituzioni provinciali.

La scelta di una espressa positivizzazione di tale diritto è probabilmente legata a due fenomeni: da una parte la volontà di dare piena cittadinanza alla coscienza ambientale sviluppatasi a partire dagli anni '60, che aveva condotto alle due Conferenze delle Nazioni Unite: Stoccolma 1972 e Rio de Janeiro 1992³; dall'altra la circostanza per cui, nonostante l'esistenza di disposizioni legislative e costituzionali in materia, in concreto l'ambiente era scarsamente protetto⁴: la tutela non era né effettiva né omogenea⁵.

Prima di procedere con l'analisi della norma, però, sembra opportuna una precisazione dogmatica. Diritto *dell'*ambiente e diritto *all'*ambiente sono due concetti giuridici complementari ma diversi. Il diritto *dell'*ambiente è un macro settore che contempla al suo interno tutte le disposizioni normative, di vario rango e appartenenti tanto all'area di diritto pubblico quanto a quella di diritto privato, che si occupano della “materia ambientale”⁶. Con diritto *all'*ambiente si intende, invece, qualcosa di diverso: rientra tra i diritti fondamentali di cui è, secondo alcune previsioni costituzionali, titolare l'individuo⁷.

Il presente lavoro si concentra sullo studio del diritto *all'*ambiente di cui all'art. 41 Cost. Arg. La disposizione in esame appare di particolare interesse per diverse ragioni. Essendo stata disegnata successivamente alle due grandi Conferenze mondiali, ne viene inevitabilmente influenzata, non sempre in maniera positiva. Essa, inoltre, non è dotata di chiarezza e semplicità, ma ha una formulazione stilistica particolarmente complessa, in alcuni punti anche eccessivamente vaga. La sua “corretta” interpretazione, infine, è strettamente connessa alla previsione di un'azione di amparo collettivo di cui al secondo comma dell'art. 43 Cost. Arg.

L'obiettivo che si persegue, pertanto, è di offrire un quadro del dibattito giurisprudenziale e dottrinario sul diritto all'ambiente sviluppatosi in Argentina a partire dalla riforma del 1994. Si cercherà di cogliere, di volta in volta, le novità e le criticità poste dalle disposizioni costituzionali - prendendo le mosse da alcune considerazioni generali sulla riforma costituzionale - al fine di delineare quella che

² G. Badeni, *Ibidem*.

³ M. F. Valls, *Tratado de derecho ambiental*, 1997, V ed., Buenos Aires, 68 e segg.

⁴ G. Badeni, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, cit., 94; S. G. Cayuso, *La protección del ambiente: el diseño constitucional y la búsqueda de efectividad*, in *La Ley*, 1998, 1309.

⁵ Si tenga presente che numerosi problemi di tutela erano legati alla frammentazione normativa. Tutte le volte che un'attività industriale o commerciale crea un danno all'ambiente, infatti, questo difficilmente resta circoscritto alla zona territoriale in cui sorge: gli effetti si propagano, sconfinando dunque in territori dove i rimedi giuridici possono essere (e talvolta effettivamente erano) inferiori o inesistenti.

⁶ M. F. Valls, *Tratado de derecho ambiental*, cit., 98.

⁷ Sulla dimensione che il diritto all'ambiente assume nella previsione costituzionale argentina si tornerà diffusamente in conclusione del presente lavoro.

sembrerebbe essere la miglior chiave interpretativa per garantire un pieno ed effettivo sviluppo del diritto all'ambiente nell'ordinamento argentino⁸.

Lo studio della soluzione adottata dalla Costituzione argentina può rappresentare un utile momento di riflessione sia per gli studiosi italiani che per quelli europei, soprattutto per quegli ordinamenti che sono ancora privi di una espressa previsione costituzionale in materia. Nell'ottica di una possibile modifica delle Costituzioni europee che non tutelano esplicitamente il diritto all'ambiente, lo studio degli artt. 41 e 43 Cost. Arg. può costituire una verifica delle eventuali soluzioni normative che, nel rispetto dei maggiori trattati internazionali in materia, siano idonee a tutelare efficacemente tale diritto, pur nella consapevolezza della non piena sovrapposibilità del sistema argentino con alcuni ordinamenti, quale quello italiano, sprovvisti di un ricorso assimilabile all'amparo collettivo, che nell'analisi del diritto in commento riveste un ruolo centrale per comprenderne appieno la portata.

2. La riforma costituzionale del 1994: *el derecho al medio ambiente*

Con l'approvazione della legge 24.309 del 1994, il Congresso argentino, in ossequio alla procedura prevista all'art. 30 Cost. Arg., ha dichiarato la necessità di una riforma costituzionale e convocato la *Convención reformadora*. Quest'ultima è organo straordinario, dotato del potere di riformare la Costituzione nei limiti e sugli istituti indicati dal Congresso. La *Convención* (o Asamblea) è tenuta, innanzitutto, a verificare che sussista la necessità di riforma dichiarata dal Parlamento e, nel caso in cui concordi, dovrà procedere alla modifica. La dottrina, nell'esame di questa procedura, usa parlare di "potere precostituente", in riferimento all'attività del Congresso, e di "potere costituente derivato", relativamente a quella dell'Assemblea⁹. Su tali concetti sembra opportuno evidenziare che, mentre al Parlamento spetta il compito di dichiarare, con la maggioranza qualificata di almeno 2/3 dei suoi membri, la necessità di riformare la Costituzione, è esclusivamente la *Convención* ad avere il potere di modificarla in concreto. L'Assemblea, peraltro, non è né tenuta a riformare la Costituzione in tutti i punti indicati dalla dichiarazione parlamentare, se ritiene necessaria solo una parte della modifica; né è vincolata al compromesso "politico", normalmente raggiunto in seno al Congresso con il fine di ottenere la maggioranza richiesta dalla procedura ex art. 30 Cost. Arg. Il potere di cui è titolare l'Assemblea varia solo in "quantità", ma non in "qualità": se il Congresso dichiara la necessità di una riforma parziale, la *Convención* avrà il potere di modificare solo gli articoli o le parti indicate dallo stesso, ma non incontrerà limiti sulle scelte di merito; se il Congresso dichiara necessaria una riforma totale della Costituzione, le competenze dell'Assemblea

⁸ Non verranno trattati, se non incidentalmente, i temi relativi a danno ambientale, sviluppo sostenibile, ambiente sano, etc., questioni che esulano dallo scopo del presente lavoro, rivolto a comprendere l'effettiva dimensione della previsione costituzionale sul diritto all'ambiente.

⁹ G. Badeni, *Reforma Constitucional e Instituciones política*, Buenos Aires, 1994, 101 e segg. Nell'opera l'autore si occupa di esaminare diffusamente tutte le problematiche interpretative legate alla procedura di riforma costituzionale di cui all'art. 30 Cost. Arg.

diventano amplissime, non incontrando limite di merito alcuno¹⁰.

Per quanto riguarda la riforma del 1994, si segnala che agli artt. 6 e 7 della legge 24.309, con cui si è deliberata la riforma, il Parlamento ha imposto alla *Convención* un divieto generale di apportare modifiche alla parte cd. dogmatica¹¹ della Costituzione, dedicata specificamente ai diritti e alle libertà dei cittadini, sanzionando con la nullità assoluta qualsiasi intervento normativo non conforme al divieto. Allo stesso tempo la legge prevedeva, tra i temi che avrebbero dovuto essere oggetto di discussione, anche il *derecho al medio ambiente*. Da una parte, dunque, un divieto generale di qualsiasi modifica alla prima parte della Costituzione, dall'altra l'espresso mandato a discutere di veri e propri diritti. L'Assemblea ha trovato il modo di risolvere l'apparente contrasto salvando il contenuto formale del divieto. Questa, infatti, non ha proceduto a modificare nessuno dei 35 articoli della prima parte della Costituzione argentina, limitandosi ad aggiungervi un secondo capitolo, intitolato "Nuevos derechos y garantías", che dà ingresso a quelli che vengono definiti *derechos de tercera generación*.

Il divieto presente nella *ley* 24.309 ha posto alcuni problemi interpretativi relativamente al rango dei diritti introdotti con la riforma. Autorevole dottrina ha sostenuto che il divieto di cui agli artt. 6-7 indica che i diritti di nuova introduzione, sebbene non gerarchicamente inferiori, devono essere ritenuti complementari a quelli già previsti, in quanto coperti dal divieto di alcuna modifica¹². Questo orientamento è da condividere nella parte in cui sottolinea il carattere unitario del catalogo dei diritti della Costituzione argentina e l'impossibilità di apportare delle modifiche a quelli già previsti. Su questo punto, però, occorre fare una precisazione: è evidente che i nuovi diritti non introducono – e non avrebbero potuto farlo visto il divieto contenuto nella legge 24.309 – alcuna modifica *stricto sensu* intesa. Allo stesso tempo la Costituzione argentina – come si diceva – non è un testo normativo a compartimenti stagni, ma deve essere letta, interpretata ed applicata nel suo insieme quale testo unitario¹³. Questa circostanza comporta che, pur in assenza di

¹⁰H. J. Zarini, *Análisis de la Constitución nacional*, Buenos Aires, 3ed., 1993, 167-171. Si ricorda che l'art. 30 Cost. Arg. espressamente dichiara la possibilità di riformare qualsiasi parte della Costituzione, non essendovi alcuna norma analoga all'art. 139 Cost. Ita.

¹¹La dottrina argentina è solita ricorrere alla distinzione tra parte organica e dogmatica della Costituzione. Con la prima espressione si ci riferisce alle norme dedicate all'organizzazione del potere; con la seconda si designano le norme sui diritti degli individui. Particolarmente felice risulta la definizione elaborata da Bidart Campos sulla parte dogmatica: «disciplina la posizione dell'individuo nello Stato». G. J. Bidart Campos, *El derecho en la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995, 75 e 141.

¹²G. Badeni, *Reforma Constitucional e Instituciones política*, cit., 168 e segg. A ben vedere, però, non può negarsi che la previsione espressa di questi diritti porti con sé delle novità rispetto alle previsioni implicite o esplicite della carta costituzionale. Il solo fatto che si tratti di diritti di terza generazione, ispirati quindi ai principi solidaristici e pluralistici della seconda metà del '900, comporta un diverso bilanciamento dei principi di stampo liberale ispiratori della Costituzione del 1853/1860 e delle riforme che l'hanno interessata prima di quella in esame.

¹³Sul carattere unitario della Costituzione, in riferimento alla distinzione tra parte dogmatica e parte normativa, si era espressa già la Corte Suprema Federale nel 1960, nel caso *Antonio Sofía*. Sul punto si veda A. R. Dalla Via, *Manual De Derecho Constitucional*, Buenos Aires, ed. 2009, 88 e segg. L'autore, peraltro, sottolinea che, nonostante le numerose modifiche e l'inserimento di nuovi principi di stampo "sociale" in una Costituzione di carattere liberale, non si può parlare di "nuova Costituzione". Questi sostiene che si tratta di una vera e propria riforma: i nuovi principi devono essere interpretati alla luce di quelli liberali già contenuti in Costituzione, cosicché non si perda il suo spirito originario.

modifiche formali alle disposizioni di cui agli artt. 1-35, le nuove norme hanno comunque influenzato quelle già esistenti. I principi ispiratori dei *nuevos derechos y garantías*, infatti, entrano nello spirito della Costituzione e possono determinare delle modifiche interpretative, in quanto è necessario che tutte le norme siano in armonia le une con le altre¹⁴. È evidente, dunque, che una tale operazione ermeneutica incide sui diritti già formulati, ma questo non comporta alcuna violazione della procedura di riforma ex art. 30 Cost. Arg. in quanto – lo si ribadisce – è stato lo stesso Congresso ad inserire, tra gli argomenti che la *Convención* avrebbe dovuto discutere, anche la tutela dell'ambiente.

La natura unitaria della Costituzione, d'altronde, comporta che qualsiasi nuova norma incida sulla sua interpretazione. Questa considerazione consente di affermare che il sistema dei principi costituzionali è, invero, stato modificato anche dal nuovo art. 75 n. 22 Cost. Arg., il quale elenca i trattati internazionali a cui viene riconosciuto valore (e dunque rango) costituzionale. La norma prevede, inoltre, il potere del Congresso di attribuire questo valore anche ad altri trattati, purché la votazione incontri il favore di almeno 2/3 della totalità dei membri di ciascuna Camera. La *Convención* – conformemente al divieto di modifica sulla parte dogmatica – ha voluto garantire nuovamente l'intangibilità dei diritti già previsti in Costituzione, disponendo che i trattati «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y debenen tender se complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos». Anche qui il concetto di complementarietà va, però, inteso nel senso che non sono ammesse deroghe o restrizioni di tutela¹⁵, ma non di immodificabilità assoluta, ben potendosi ammettere una interpretazione che determini quanto meno un'estensione di tutela dei diritti individuali. La previsione dell'art. 75 Cost. Arg., dunque, rappresenta un ulteriore argomento idoneo a chiarire che l'incidenza interpretativa dei nuovi diritti su quelli già previsti prima della riforma del 1994 non è circostanza revocabile in dubbio, né può essere argomento utile a sostenere una qualche lesione del divieto contenuto nella *ley* di riforma e, conseguentemente, della disciplina ex art. 30 Cost. Arg.

Tornando all'oggetto della disamina, l'art. 41 Cost. Arg. consta di quattro commi: al primo è formulato il contenuto del diritto/dovere al *medio ambiente* di *todos los habitantes*; il secondo prevede una serie di doveri in capo alle autorità pubbliche; il terzo organizza il riparto di competenze legislative tra Stato e

¹⁴ G. J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional/La reforma Constitucional de 1994*, Tomo VI, Buenos Aires, 1995, 197 e segg. L'autore, nel rispondere a coloro i quali avevano sostenuto che la riforma, ben lungi dal modificarla, aveva di fatto creato una nuova Costituzione, sottolinea che questa deve essere considerata diversa, in quanto la riforma ha solamente apportato nuovi principi e valori alla Costituzione liberale del 1853/1860. Le modifiche, prosegue Campos, non si scontrano con i principi ispiratori delle libertà tradizionalmente previste, piuttosto adeguano la Costituzione argentina al circuito di quelle sociali del 1900. La Costituzione storica [rectius le disposizioni della Costituzione storica] e le nuove, devono essere interpretate in maniera da convergere le une nelle altre. Sul concetto di interpretazione armoniosa, G. J. Bidart Campos, *El enjambre axiológico que da inserción constitucional a los derechos humanos*, in *Derechos Humanos/Revista argentina de derecho constitucional*, a cura di S. Albanese – G. J. Bidart Campos – A. Gil Dominguez – P. Manili, Buenos Aires, 2001, Año II, Vol. 4, 35 e segg.

¹⁵ Si veda sul punto ancora G. J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional/La reforma Constitucional de 1994*, cit., 245 e segg., il quale indica la necessità di interpretare tale disposizione alla luce del principio *pro homine*, ispiratore di tutta la Costituzione, così da ritenere che la formulazione costituzionale dei diritti contenga solo un *minimum* di tutela.

Province; infine, il quarto formula un divieto di ingresso nel Paese di qualsiasi rifiuto attualmente o potenzialmente pericoloso e radioattivo. È già possibile osservare come la scelta redazionale della *Convención* appaia poco felice: all'interno di un unico articolo sono state racchiuse norme di diversa natura e portata¹⁶. La formulazione della disposizione in esame appare particolarmente complessa, anche alla luce dell'uso di alcuni termini del tutto nuovi rispetto alla tutela del diritto all'ambiente. Questa circostanza ha determinato in una parte della dottrina – all'indomani della riforma – la convinzione che la norma prevedesse il diritto ad un ambiente inesistente¹⁷. La disposizione appare in alcuni punti eccessivamente vaga¹⁸, in altri punti eccessivamente dettagliata. Sarebbe stato preferibile avere una disposizione breve, chiara e astratta, in armonia con il linguaggio che caratterizzava la Costituzione storica¹⁹.

Pur nella sua complessità, la positivizzazione del diritto all'ambiente deve invece essere salutata con favore. Non può ritenersi che una espressa formulazione di tale diritto non fosse necessaria nell'ordinamento argentino. Quest'ultima argomentazione farebbe leva sulla circostanza per cui, già prima della riforma del 1994, l'ambiente trovava espressa tutela non soltanto in alcuni trattati internazionali a cui l'ordinamento argentino aveva aderito, ma anche nelle Costituzioni provinciali e in numerose disposizioni normative (oltre all'implicita previsione nella Costituzione nazionale già illustrata). A ben vedere, però, proprio la molteplicità delle fonti che disciplinavano il diritto all'ambiente determinavano il rischio di una sovrapposizione di fonti e tale circostanza, lungi dal garantirne l'effettività di tutela, poteva in concreto causare l'effetto contrario. Quando le disposizioni sono numerose creano problemi di contraddittorietà e rendono difficile l'attività dell'interprete nell'adeguarle alle situazioni che vengono ad esistere, cosicché esse troveranno applicazione in casi limitati. D'altro canto, sicuramente è da salutare con favore la scelta di una tutela espressa del diritto all'ambiente nella Carta costituzionale. Si ritiene, invero, che negli ordinamenti a Costituzione rigida solo una diretta previsione nel testo giuridico fondamentale pone al riparo un diritto da qualsiasi tentativo di una sua negazione, costringendo l'interprete, *de lege lata*, ad una rilettura orientata delle norme e il legislatore, *de lege ferenda*, ad adottare disposizioni legislative ad esso conformi²⁰. La formulazione consente,

¹⁶ Sabsay – Onaidia, *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, 2004, 148.

¹⁷ Si veda sul punto A. Natale, *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*, in *La Ley*, 1994, Tomo D, 1385 e segg.

¹⁸ M. F. Valls, *Primera reflexiones sobre las cláusulas ambientales de la Constitución*, in *El Derecho*, 1994, Tomo 158, 1065 e segg. Lo stesso concetto di ambiente sano, equilibrato e adeguato allo sviluppo umano è estremamente vago, legato a valutazioni soggettive non necessariamente univoche.

¹⁹ A. R. Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, ed. 1997, 65; G. S. Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, in *La Ley*, 1995, Tomo B, 1300 e segg. L'autore sottolinea che la dubbia opportunità della formulazione prescelta per il diritto all'ambiente era stata oggetto di espresso dibattito in seno alla *Convención*, tanto che Natale, in un discorso all'Assemblea, sottolineava la necessità di avere una Costituzione composta da norme chiare, precise e brevi, idonee a durare nel tempo.

²⁰ Si evidenzia l'osservazione svolta da autorevole dottrina, secondo la quale: «Senza dubbio, occorre riconoscere che una clausola in Costituzione è migliore e più efficace che una interpretazione. Così come, la funzione della Costituzione non è l'interpretazione ma la realizzazione dei suoi obiettivi». Si veda J. A. Travieso, *Los derechos humanos en la Constitución de la Republica Argentina/Tratados – leyes – doctrina – jurisprudencia*, Buenos Aires, 1996, 179.

inoltre, che venga garantito uno *standard* minimo di tutela in tutte le Province argentine, a discapito di qualsiasi differenza nella normativa di riferimento²¹. Per quanto riguarda in particolare quest'ultimo aspetto, merita di essere osservato come il diritto all'ambiente, sebbene previsto con un'estensione più o meno ampia in numerose Costituzioni provinciali, non godeva del medesimo grado di tutela e di riconoscimento in tutte²². L'art. 41 Cost. Arg., dunque, pur se norma problematica, ha sicuramente due meriti: cristallizza l'esistenza del "principio ambiente", attribuendogli rango costituzionale, e consente un'uniformità minima di tutela in tutto il territorio nazionale.

Al fine di cogliere appieno le problematiche poste dagli artt. 41 e 43 Cost. Arg. – il quale introduce una nuova forma di amparo ambientale – si procederà prima ad un esame separato del loro contenuto e, successivamente, ad una lettura sistematica, al fine di valutare l'effettiva portata della riforma del '94 sulla qualificazione giuridica del diritto all'ambiente.

3. La positivizzazione del diritto all'ambiente

Come accennato, la disposizione introdotta con la riforma del 1994 presenta una struttura fortemente complessa e cumula al suo interno norme di diversa portata. Il primo comma si apre con una formulazione classica, sancendo che "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano"; prosegue affermando che le attività produttive necessarie a soddisfare le esigenze presenti non devono pregiudicare quelle delle generazioni future; riconosce espressamente in capo agli abitanti il dovere di preservare l'ambiente, e conclude disponendo un generico obbligo di "recomponer" il danno ambientale in capo a chi lo provoca. Rinviando al prosieguo della trattazione una riflessione sulle conseguenze della formula di apertura del diritto in esame, nonché della previsione del principio intergenerazionale e del dovere di *recomponer*, in questa parte ci si limita a segnalare che la norma sembra rievocare la Dichiarazione di Stoccolma del 1972, la quale afferma, alla prima parte del primo principio: «L'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che

²¹ Altra dottrina ha sostenuto che, sebbene non potesse sostenersi la tesi dell'inutilità della positivizzazione del diritto all'ambiente, in quanto ha comportato l'inserimento di un nuovo valore nel sistema assiologico costituzionale, essa comunque ha mancato di apportare "soluzioni". Si argomenta che la scarsa qualità redazionale della disposizione la rende sostanzialmente «insufficiente», presentando fin troppe «questioni pendenti». Si individua il problema, da una parte, nell'eccessivo numero di progetti (120) presentanti alla *Convención*; dall'altra, nel fatto che si operava in un ambito nel quale esistevano già copiosi interventi normativi, non solo internazionali. A. R. Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., ed. 1997, 286 e segg.

²² Si ritiene utile fornire brevi informazioni sulle differenze tra le Costituzioni provinciali. Non tutte prevedevano la possibilità di esperire un'azione di *amparo* a tutela del diritto all'ambiente. Prima della previsione all'art. 43 Cost. Arg. l'amparo era disposto in: la Costituzione di Cordoba (1988); di Chubut (1994); di La Rioja e San Juan (1986); Tierra del Fuego (1991). La Provincia di Santa Fe, poi, prevedeva la possibilità di ricorrere per amparo nella legge n. 10.000. Le Costituzioni di Rio Negro (1988); Catamarca (1989); Formosa (1991); Buenos Aires e La Pampa (1994) prevedevano in maniera più o meno approfondita la tutela del diritto all'ambiente, senza alcun riferimento all'azione di amparo. Le Costituzioni di Formosa e Terra del Fuoco, a differenza di altre, riconoscevano anche degli obblighi a carico del Governo provinciale.

gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere, ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future»²³.

Proseguendo nella lettura della disposizione, al secondo comma si incontra il dovere delle pubbliche autorità di proteggere “*este derecho*”, nonché una serie di obblighi ulteriori²⁴, tra cui il dovere di informazione e di educazione ambientale. Questa formulazione non è priva di conseguenze pratiche. Parlando di autorità pubbliche, deve ritenersi che si rivolga a tutte: amministrative, giurisdizionali, di pubblica sicurezza, legislative, etc. In questo senso è stata interpretata sia dal potere giudiziario locale, che ha riconosciuto come fondamentale il ruolo dei giudici nel garantire la protezione del diritto all'ambiente²⁵; che da autorevole dottrina, la quale ha sottolineato che l'autorità giudiziaria, svolgendo un ruolo centrale per l'effettiva tutela del diritto all'ambiente, è quella che più di tutte può garantire la realizzazione di un vero e proprio «Stato di Diritto ecologico»²⁶. Per altro aspetto, l'espressa previsione di ulteriori doveri in capo alle autorità attribuisce ai consociati dei correlativi diritti. In particolare, il dovere di informazione comporta il diritto degli abitanti di accedere (facilmente) alle informazioni sulle attività che incidono sull'ambiente²⁷; quello di educazione implica che venga consentito ai cittadini, eventualmente tramite l'inserimento dei programmi scolastici, di poter beneficiare di una sorta di “istruzione ambientale”²⁸.

Il terzo comma disciplina il riparto di competenze legislative tra Stato e Province, riconoscendo al primo il compito di dettare la disciplina minima in materia e rimettendo alle seconde quella necessaria a completare quella statale. Dispone, poi, che la legge nazionale non può alterare la giurisdizione locale. La previsione di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost. Arg. Avrebbe senz'altro trovato

²³L'utilizzo del termine abitanti al posto di individui o cittadini non è estraneo al diritto costituzionale argentino ed è legato ad una lunga tradizione politico-sociale volta a favorire l'immigrazione europea nel corso del 900. Si riteneva di dover attirare i flussi migratori garantendo loro il riconoscimento dei diritti costituzionali. A. R. Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., ed. 2009, 55 e segg.

²⁴ «la utilización racional de los recursos naturales; la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad genética».

²⁵ Fallo *Almada, Hugo N. y otros c. Copetro S.A. y otro*, Corte Suprema Buenos Aires, 19/05/1998; Fallo *Meza, José Luis y Correa de Meza Ramona c. C.E.A.M.S.E. s/danos y prejuicios*, 16/12/1997, Cámara Federal de San Martín. Entrambi i giudizi richiamati in S. G. Cayuso, *La protección del ambiente: el diseño constitucional y la búsqueda de efectividad*, cit., 1312 e segg.

²⁶ H. Quiroga Lavié, *El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional*, in *La Ley*, 1996, Tomo B, 950 e segg.

²⁷Il legislatore nazionale, esercitando la competenza normativa in materia ambientale ex art. 41, 3° comma, Cost. Arg., ha dato pieno riconoscimento al diritto di accesso all'informazione con l'approvazione nel 2004 della legge 25.831. Per un approfondimento sull'argomento si rinvia a J. R. Walsh, *El libre acceso a la información ambiental: Una pieza clave en la reglamentación del artículo 41 de la Constitución Nacional*, in *La Ley*, 2004, Tomo C, 1207 e segg.

²⁸ H. Quiroga Lavié, *El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional*, cit., 950 e segg. L'autore, peraltro, definisce questo secondo comma norma programmatica, volta ad orientare l'azione politica sia del potere legislativo che esecutivo. In realtà appare improprio parlare di norma programmatica: sebbene sia vero che svolge un fondamentale ruolo di orientamento politico, è altrettanto vero che nella formulazione del dovere in capo alle autorità è chiara, consentendo anche una declaratoria di illegittimità costituzionale nel caso in cui vengano varate delle norme di legge o dei regolamenti che si pongano in contrasto con questo dovere. Il diritto all'informazione ambientale, inoltre, gode di espresso riconoscimento nell'articolo 10 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992.

una sede più adeguata nell'art. 75 Cost. Arg., che individua le competenze legislative del Congresso²⁹. Questa, peraltro, rappresenta una grande novità per l'ordinamento costituzionale argentino, il quale riconosce come materie di competenza concorrente, tradizionalmente, quelle in cui sia lo Stato federale che le Province possono legiferare. In materia ambientale, invece, a seguito di tale previsione normativa, si delinea un concetto di competenza concorrente più simile a quello italiano. Secondo quanto disposto dalla norma, infatti, il Congresso è detentore esclusivo del potere di fissare i principi minimi in materia ambientale, senza alcuna possibilità di intervento delle Province, che possono prevedere esclusivamente forme di tutela maggiori di quelle che verranno previste dallo Stato federale.

Il quarto comma, infine, dispone un divieto di ingresso nel territorio nazionale di residui attualmente o potenzialmente pericolosi e di quelli radioattivi. La dottrina argentina ha dubitato dell'opportunità di tale previsione in Costituzione, alla luce del fatto che non sancisce alcun diritto, ma prescrive un generico divieto, peraltro di derivazione internazionale e già perfettamente operante nell'ordinamento³⁰.

Dopo questa breve disamina del contenuto dell'art. 41 Cost. Arg., si ritiene utile soffermare l'attenzione su due particolari prescrizioni, contenute al primo comma della norma in esame e che rappresentano due delle novità di cui si faceva cenno in precedenza.

3.1. *Las generaciones futuras*

«Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente [...] apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de generaciones futuras». La norma richiama il principio n. 3 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992: «*il diritto allo sviluppo deve essere attuato in modo da soddisfare equamente i bisogni di sviluppo e ambientali delle generazioni presenti e future*». Si tratta di una previsione di non poco momento. Questa formulazione non deve indurre a pensare che si riconosce un diritto "anticipato" a coloro i quali ancora non sono persona, ossia non sono né nati né nascituri³¹. Si ritiene, piuttosto, che così la *Convención* abbia costituzionalizzato il concetto di sviluppo sostenibile, che a sua volta implica il principio di equità intergenerazionale³².

Il diritto all'ambiente nei termini formulati al primo comma dell'art. 41 Cost. Arg., dunque, si rivolge alle generazioni future, le quali hanno diritto a che venga loro consegnato un ambiente idoneo a conseguire e soddisfare i propri bisogni.

²⁹ G. S. Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, cit., 1311.

³⁰ L'Argentina è, infatti, tra gli Stati che hanno sottoscritto e ratificato (*Ley 23.922*) la Convenzione di Basilea del 1986 sui rifiuti pericolosi. Già prima della riforma, inoltre, era stata approvata una legge federale, 24.051, che ha un contenuto molto più ampio del precetto costituzionale. All'art. 3 questa, infatti, vieta l'ingresso nello Stato argentino di qualsiasi tipo di rifiuto proveniente da altri Paesi.

³¹ G. J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional/ La reforma Constitucional de 1994*, cit., 297.

³² D. A. Sabsay – C. H. Fernandez, *Principios de solidaridad, cooperación y equidad intergeneracional*, in *La Ley on line*, 9/3/2017, 1 e segg.

Il principio intergenerazionale, invero, si impone innanzitutto sui doveri che vengono riconosciuti dalla Costituzione in capo agli individui. La tutela del diritto all'ambiente delle generazioni future implica che ogni realizzazione di un'attività potenzialmente pericolosa debba essere accompagnata dalla valutazione non solo dell'impatto immediato o a medio termine che questa può avere, ma anche di quello che potrebbe prodursi sul lungo periodo. Tale principio, inoltre, incide sui doveri dei poteri pubblici, di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. Arg. Ciò implica un'importante conseguenza: lo stesso sviluppo delle politiche industriali e tecnologiche è gravato dall'obbligo di uno studio di impatto ambientale sul lungo periodo e deve ritenersi che saranno passibili di declaratoria di incostituzionalità tutte quelle norme di legge che autorizzino attività potenzialmente idonee ad incidere negativamente sul diritto all'ambiente delle generazioni future, nonché la ricorribilità tramite *amparo ambiental* di tutti i provvedimenti amministrativi che determinano lo stesso pericolo.

La tutela ambientale intergenerazionale trova ad oggi ampio riconoscimento nell'ordinamento argentino. La *ley general del ambiente 25.675*³³, adottata in ossequio alla competenza statale di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost. Arg., ha recepito il principio intergenerazionale all'art. 4: «Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras». Numerose, infine, sono anche le decisioni della giurisprudenza aventi ad oggetto la tutela dell'ambiente e i suoi eventuali danni, in cui viene in rilievo il principio intergenerazionale³⁴.

3.2. *Recomponer*

L'art. 41 Cost. Arg. afferma: «El daño ambiental generara prioritariamente la obligación de recomponer³⁵, según lo establezca la ley». All'esito della riforma costituzionale la norma è stata salutata con favore da quella parte della dottrina la quale riteneva che fosse stato anticipato e costituzionalizzato un dovere – quello di riparazione – che nella legislazione precedente e nelle Costituzioni provinciali non trovava adeguato riscontro³⁶. Allo stesso tempo si è subito evidenziato la novità del

³³ Approvata il 6 novembre 2002 e parzialmente promulgata il 22 novembre seguente.

³⁴ *Ex plurimis* Corte Suprema Nazionale, fallo *Mendoza, Beatriz S. y Otros c/Estado Nacional y otros s/Daños y perjuicios*, 8/7/2008, in cui la Corte, al considerando 18, afferma che: «*Estos deberes [dei cittadini] son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo*». Ancora, nel fallo *Salas, Dino y Otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo*, 26/03/2009, la Corte Suprema impone alla Provincia di Salta uno studio sull'impatto ambientale relativo ad un'operazione di taglio di alberi, affermando, al considerando 2, che «La aplicación de este principio [precautorio] implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras».

³⁵ Nel tentativo di cogliere appieno la sfumatura espressa da tale verbo, lo si tradurrà con il termine italiano "ricostituzione", che indica "l'azione del ricostituire" ossia di "riportare allo stato originario". Definizione tratta dal vocabolario Treccani, all'indirizzo internet www.treccani.it/vocabolario.

³⁶ L. Castelli, *La obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución Nacional*, in *La Ley*, 1995, Tomo B, 980 e segg. L'autore sottolinea che in precedenza l'unico rimedio posto a carico di chi causava una contaminazione era una multa, non proporzionata all'entità del danno

termine utilizzato dalla Carta costituzionale: il danno ambientale, infatti, determina non un obbligo di riparazione ma di “recomponer”, determinando non pochi dubbi sulla effettiva portata di tale scelta. Ci si è domandato, cioè, se deve essere inteso quale sinonimo di indennizzo/risarcimento o se determina una diversa obbligazione. Sembrerebbe che, alla luce della formulazione costituzionale, la norma impone, tutte le volte in cui sia possibile, non la semplice rimozione dell'alterazione ambientale, ma la ricomposizione dello stato ambientale antecedente al danno. Quest'obbligo, peraltro, non esclude quello di indennizzare chi ha subito un pregiudizio diretto³⁷. La previsione costituzionale, dunque, sembrerebbe aver distinto due diversi tipi di danno rispetto all'oggetto ambiente: uno indiretto e uno diretto. Il primo, determinando una lesione della sfera giuridica soggettiva degli individui, ad esempio causando un danno alla salute, deve essere risarcito e trova adeguata tutela nelle norme civilistiche in materia. Il secondo, invece, riguarda direttamente l'alterazione dell'ambiente e genera l'obbligo di ricomporlo restituendolo allo *status quo ante*, rendendo altrettanto necessario un intervento legislativo che possa disciplinare e renderlo effettivo un tale obbligo³⁸.

Non pochi problemi interpretativi, peraltro, pone lo stesso concetto di danno ambientale, non potendosi semplicemente ricondurre al medesimo qualsiasi alterazione dell'ecosistema. Non appare adeguata neanche la distinzione tra alterazioni reversibili e irreversibili in quanto, anche a fronte di alterazioni del secondo tipo, il progresso tecnologico potrebbe condurre a compensare il “vuoto” ambientale che si è creato. Non tutte le alterazioni irreversibili sono, peraltro, necessariamente dannose. A tal proposito si sottolinea che la legge 25.675 all'art. 27 ha dato una definizione non risolutiva di danno ambientale. Questo viene qualificato come «toda alteración relevante que modifique negativamente al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos». La norma, dunque, lascia all'interprete l'onere e la libertà di individuare quando un'alterazione possa considerarsi “rilevante” e quando la modifica dell'ambiente possa considerarsi negativa, senza in alcun modo restringere il concetto con dei riferimenti precisi.

La Costituzione argentina sembrerebbe affiancare, dunque, all'obbligo civilistico di risarcimento un obbligo “fattuale” a carico di chi ha cagionato il danno: non solo di eliminarlo ma anche di ricostituire la situazione ambientale ad esso preesistente, tutte le volte in cui ciò sia possibile³⁹. Si deve però sottolineare che non sempre è possibile individuare i responsabili di un danno ambientale,

causato, mentre si determinava un obbligo di risarcimento solo nel caso in cui si produceva un danno ad altri individui. Secondo l'autore, l'ampia previsione costituzionale determina che qualsiasi danno all'ambiente impone l'obbligo di “ricostituirlo”.

³⁷ G. J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional/La reforma Constitucional de 1994*, cit., 300.

³⁸ J. R. Walsh – F. C. Preuss, *El daño ambiental: La necesidad de nuevas instituciones jurídicas*, in JA, 1996, IV, 962 e segg.

³⁹ Già prima dell'adozione di *la ley general del ambiente* la magistratura, in ossequio al secondo comma dell'art. 41 Cost. Arg., condannava i soggetti riconosciuti responsabili di un danno ambientale alla ricomposizione dello *status quo ante*. *Ex plurimis: Subterráneos de Buenos Aires S.E. v. Propietarios de Estación de Servicio Shell Estación Lima entre Estados Unidos e Independencia*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala HC. Nac. Civ., sala H, 18/09/2001.

soprattutto quando questo è causato da molteplici fattori. In tali circostanze, può ritenersi che trovi applicazione il generico dovere di protezione che il secondo comma dell'art. 41 Cost. Arg. pone in capo alle autorità pubbliche. In altri casi, ancora, il danno avrà una portata talmente dirompente da rendere impossibile la ricomposizione dello *status* precedente, ovvero la renderà possibile solo a fronte di interventi di ripristino economicamente insostenibili. Sulla scorta di tali osservazioni deve rilevarsi che la miglior tutela dell'ambiente può essere garantita solo con l'implementazione della disciplina preventiva, piuttosto che di quella riparativa.

Il *deber de recomponer* ad oggi trova espresso riconoscimento anche a livello legislativo. La legge 25.675, infatti, è intervenuta predisponendo un sistema volto a garantire l'adempimento del dovere costituzionale. Quest'ultima prevede, all'art. 22, un obbligo per tutti i soggetti, persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private, che svolgono attività «riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación». L'art. 28, inoltre, prevede espressamente che colui il quale causa un danno ambientale sarà responsabile della ricomposizione nello stato anteriore e che, ove ciò non sia possibile, sarà tenuto a versare al Fondo di Compensazione Ambientale l'indennizzo sostitutivo stabilito dai giudici. La previsione contenuta nell'art. 22 della *ley general del ambiente* ha probabilmente tenuto conto del fatto che nessun soggetto, neanche lo Stato, è normalmente dotato delle risorse – soprattutto economiche – necessarie a rimuovere un danno ambientale e ricostituire l'ecosistema. Si è ritenuto che l'unico modo di garantire questo dovere costituzionale fosse tramite l'istituzione di un obbligo di *seguro*. A tal proposito, però, occorre segnalare che il sistema si è rivelato fallimentare, in quanto non esiste alcuna compagnia assicurativa che offra un servizio del genere, essendosi dotate esse di un sistema denominato “*caucional*”, sostanzialmente inefficace⁴⁰.

Il *deber de recomponer* di cui all'art. 41 Cost. Arg., dunque, pone in capo a chi determina un danno ambientale prima di tutto – *prioritariamente* – l'obbligo di ricomporre lo *status quo ante* tutte le volte in cui ciò sia possibile. Tale dovere non esclude il diritto di coloro i quali sono stati lesi direttamente nella loro sfera giuridica soggettiva di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni subiti, secondo la relativa disciplina civilistica.

4. La tutela costituzionale del diritto all'ambiente: il ricorso per amparo collettivo

La riforma costituzionale del 1994 ha introdotto all'art. 43 Cost. Arg. il ricorso per *amparo*. Tale rimedio giudiziario, pur non essendo espressamente formulato in Costituzione, aveva già trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte Suprema Federale sul finire degli anni '50, sia rispetto agli atti lesivi dei diritti

⁴⁰ Per approfondire il tema si consiglia la lettura di M. A. Prieto, *Seguro ambiental/Evolución, presente y perspectivas*, in *La Ley*, 2016, Tomo D.

costituzionali realizzati dalla pubblica autorità⁴¹ che per quelli dei privati⁴². Era stato, poi, oggetto di disciplina legislativa con la *ley* 16.986, la quale riconosceva, però, l'azionabilità dell'amparo per le sole lesioni provenienti dalla pubblica autorità. La ricorribilità per amparo di quelle provenienti dai comportamenti dei privati è stata poi disciplinata all'art. 321 del Codice Civile e Commerciale del 1967.

Ad oggi si può affermare, in via generale, che il ricorso per amparo può essere esperito quando sussiste «una lesión, restricción, alteración o amenaza para los derechos o garantías reconocidos para la Constitución, los tratados y las leyes, que sea actual o inminente y que revista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta»⁴³ e sempre che non esista una via idonea a soddisfare l'interesse sotteso all'azione⁴⁴. L'amparo non è esperibile per le lesioni all'integrità personale in quanto queste sono sottoposte ad apposito ricorso, l'*habeas corpus*, anch'esso oggi espressamente tutelato all'art. 43 Cost. Arg.

La norma introdotta con la riforma recepisce sostanzialmente gli approdi normativi e giurisprudenziali fino a quel momento raggiunti, ma introduce anche alcuni elementi di novità⁴⁵. Per quanto qui di interesse, la maggiore innovazione è la previsione di un ricorso per amparo collettivo in materia ambientale. Il secondo comma dell'art. 43, infatti, prevede: «podrán poner esta acción[...] y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente [...] así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, las que determinarán los requisitos y forma de su organización». La particolarità di tale disposizione – alla quale va comunque applicata, in quanto compatibile, la disciplina generale dell'amparo cd. individuale – è che estende l'area dei soggetti legittimati a proporre

⁴¹ Fallo *Siri* 239:461, 27/12/1957.

⁴² Fallo *Kot*, 241:296, 5/9/1958.

⁴³ G. Badeni, *Reforma Constitucional e Instituciones política*, cit., 328 e segg. Questa definizione tiene in conto alcune novità introdotte dalla formulazione dell'art. 43 rispetto al contenuto de *La Ley* 16.986 e, allo stesso tempo, recepisce la posizione della giurisprudenza sul tipo di restrizione che legittima l'azione.

⁴⁴ Per quanto riguarda il requisito della “sussidiarietà” del ricorso per amparo la dottrina prevalente sostiene che tale regola non può impedire di ricorrere per amparo solo perché esiste un rimedio giudiziario o amministrativo diverso, ma occorre verificare che tale rimedio consenta una tutela effettiva, dovendo altrimenti procedersi per amparo al fine di apprestare tempestivamente tutela al diritto all'ambiente. Sul punto si vedano G. Badeni, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, cit., 144 e segg.; A. R. Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., ed. 1997, 378. Non solo la dottrina, anche la giurisprudenza si divide sul punto, essendo presente sia un orientamento restrittivo, che qualifica l'amparo come azione “eccezionale”, esperibile solo se si dimostra l'impossibilità di procedere diversamente; che un orientamento più estensivo, il quale sostiene invece che l'esistenza di un altro rimedio giudiziale non può impedire l'esperibilità dell'amparo, tutte le volte in cui si rivela inefficiente rispetto all'eliminazione dell'atto lesivo. Sul punto O. A. Gozaini, *El derecho de amparo/los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1998, II ed., 12-16.

⁴⁵ Tra le novità introdotte dall'art. 43 Cost. Arg., rispetto alla disciplina dalla legge 16.986, si segnalano: l'estensione del rimedio anche alle lesioni dei diritti previsti per legge e nei Trattati internazionali; la non menzione della “sussidiarietà” rispetto all'esistenza di rimedi amministrativi: «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo»; il riconoscimento del potere del giudice di dichiarare nello stesso processo l'incostituzionalità della norma da cui deriva la lesione del diritto in esame; la previsione in un'unica norma della ricorribilità sia per le lesioni provenienti dalle pubbliche autorità che dai privati. Per una lettura delle novità introdotte della riforma si veda ancora O. A. Gozaini, *El derecho de amparo/los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, cit., 1-23.

il ricorso oltre coloro i quali sono minacciati o lesi nella propria sfera giuridica soggettiva in via diretta, annoverando tra questi l'*afectado*, le associazioni riconosciute per legge e il difensore del popolo. Si evidenzia che per amparo collettivo non si intende un'azione comune a più soggetti (cd. azione popolare), ma l'azione promossa da un soggetto di cui possono beneficiare coloro i quali – pur non partecipando al giudizio – sono titolari del medesimo bene.

L'art. 43, 2° comma, Cost. Arg. sembra sorretto dalla volontà specifica di consentire l'accesso al ricorso per amparo in difesa dei cd. diritti di terza generazione. Questi vengono comunemente definiti dalla dottrina argentina di "incidenza collettiva" o, anche, "interessi diffusi" o "diritti diffusi": con tali espressioni si vuole indicare la circostanza per cui fanno capo ad un gruppo indeterminato di soggetti, non legati da alcun vincolo predeterminato ma, si potrebbe dire, da situazioni *de facto*, cosicché ciascuno subisce una parte del danno che si ripercuote su tale diritto, con la conseguente creazione di un litisconsorzio attivo atipico⁴⁶. La norma presenta due aspetti di particolare interesse: innanzitutto la legittimazione attiva dell'*afectado*, cioè di un singolo individuo; in secondo luogo, la necessità di essere letta ed interpretata in combinato disposto sia con il primo comma dell'art. 43, che disciplina l'amparo "comune" o "individuale", che con la formulazione del diritto all'ambiente di cui al primo comma dell'art. 41 Cost. Arg. Questi gli argomenti oggetto delle riflessioni che seguono.

4.1. *El afectado*

858

Appare del tutto legittimo domandarsi cosa debba intendersi per *afectado*. Come già accaduto per la scelta del termine "*recomponer*", l'Assemblea utilizza un'espressione nuova per il diritto argentino, che determina la necessità di uno sforzo interpretativo ampio, che consenta sia di evitare una *interpretatio abrogans* della norma, che di non determinare una estensione eccessiva di tutela. Sforzo interpretativo che deve essere posto poi in correlazione con gli approdi giurisprudenziali in merito.

Chi può essere qualificato *afectado*: chi subisce una violazione diretta del diritto all'ambiente, o chi subisce un danno nella propria sfera giuridica soggettiva – es.: diritto alla salute, alla proprietà, - in ragione della lesione all'ambiente, o un soggetto ulteriore?

Sul punto occorre innanzitutto sottolineare che la dottrina argentina si è divisa in due orientamenti. Una parte ha sostenuto che la norma va interpretata in senso restrittivo, dovendo intendersi per *afectado* il titolare di una posizione giuridica soggettiva individuale che ha subito una lesione diretta e specifica. Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto che la norma non si rivolge a lesioni di carattere personale, ma piuttosto mira a consentire che interessi diffusi possano essere tutelati tramite un'azione di amparo, prima che la posizione giuridica soggettiva dei titolari di questi interessi sia lesa direttamente⁴⁷. Dei due

⁴⁶ O. A. Gozàini, *El derecho de amparo/los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, cit., 115. Sul punto si tornerà più diffusamente a conclusione del presente lavoro di ricerca.

⁴⁷ Riassume brevemente i due orientamenti esposti A. R. Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., ed. 1997, 381-382.

orientamenti, merita di essere condiviso quest'ultimo, per diverse ragioni. Che l'*afectado* non sia il "danneggiato" – nel senso di colui il quale ha subito una limitazione diretta della sua sfera giuridica soggettiva – lo suggerisce già il dato testuale: questa figura di legittimato a ricorrere per amparo si affianca a quella del *defensor del pueblo* e delle associazioni di categoria riconosciute per legge, previsioni che estendono il novero dei legittimati a promuovere tale azione oltre il danneggiato. Altro argomento è dato dal fatto che la disposizione parla espressamente di azione diretta a tutelare diritti di incidenza collettiva e, quindi, a tutelare interessi la cui titolarità non è attribuibile ad un unico soggetto. Occorre evidenziarsi, infine, che far coincidere l'*afectado* di cui al secondo comma dell'art. 43 Cost. Arg. con un soggetto direttamente leso nella sua sfera giuridica soggettiva comporterebbe una *interpretatio abrogans* di tale previsione, in quanto tale soggetto ha già la titolarità del ricorso per amparo individuale, ai sensi del primo comma del medesimo⁴⁸. Questa differenziazione non esclude che lo stesso individuo possa, in concreto, esercitare entrambe le azioni, ma che la legittimazione deriva da presupposti differenti. Ad esempio: il proprietario di un fondo attiguo ad un fiume inquinato potrà esercitare l'amparo ambientale per far sì che la situazione di danno all'ambiente trovi celere tutela e, al contempo, se ha subito una lesione alla proprietà – perché le acque inquinate del fiume sono filtrate nel terreno di sua appartenenza – potrà esercitare l'amparo individuale, ove ne ricorrano i presupposti.

Si è così anticipato parzialmente il secondo quesito che l'interpretazione accolta solleva, ossia chi è in concreto l'*afectado* legittimato a ricorrere con amparo ambientale. Non può condividersi l'idea che chiunque sia legittimato ad esercitare l'azione: in questo caso si sarebbe utilizzato tale termine⁴⁹. Bisogna, dunque, individuare quando un soggetto è titolare di un interesse qualificato e può esercitare l'azione. La risposta a tale problema è stata data dalla giurisprudenza già pochi mesi dopo l'entrata in vigore della normativa in esame nel famoso "caso Schroder", in cui l'autorità giudiziaria riconosce il potere di agire in giudizio al ricorrente in quanto "*vecino*" alla zona interessata da un intervento edilizio potenzialmente pericoloso⁵⁰. *Afectado* è, dunque, colui il quale si trova in una

⁴⁸ Sull'inutilità di una tale interpretazione, che determinerebbe un mero duplicato della legittimazione prevista all'art. 43, 1° comma, Cost. Arg., si legga G. J. De Santis, *La protección constitucional del ambiente. La legitimación del artículo 43 de la Constitución Nacional después de la reforma*, in *La Ley*, 1995, Tomo D, 1125. Interessante sul punto anche il cambio di posizione operato da O. A. Gozaini, *El derecho de amparo/los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, cit., 118, il quale arriva ad affermare che riconoscere nell'*afectado* il titolare del diritto significa eludere la stessa dimensione di cui godono i diritti diffusi.

⁴⁹ In tal senso depono l'espressa previsione della legittimazione all'amparo ambientale contenuta ne *la ley general del ambiente* che all'ultimo comma dell'art. 30 prevede: «toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo». Mentre la disposizione legislativa ha espressamente affermato che "tutte le persone" potranno esperire azione di amparo per ottenere la cessazione delle attività che generano un danno ambientale collettivo, lo stesso non ha fatto la Costituzione, la quale individua tre soggetti determinati.

⁵⁰ Fallo *Schroder, Juan c. Estado Nacional - Secretaría de Recursos Naturales*, Cámara Nacional Federal del Contencioso administrativo, sala III, 8/9/1994, lett. b): «Según el art. 43 de la Constitución, cuándo se trata de la protección de los derechos relativos al ambiente, la acción podrá ser interpuesta por el afectado. Esta condición se encuentra debidamente cumplida con el interés personal y directo que, en el caso, ostenta el actor. Máxime si se tiene en cuenta que

situazione di potenziale pericolo rispetto ad un danno, causato o che si potrebbe causare, all'ambiente circostante⁵¹. Non è un soggetto leso direttamente dall'alterazione ambientale, ma non è neanche un soggetto che non vanta alcun interesse diretto rispetto alla conservazione dell'ambiente.

In conclusione, dunque, è possibile affermare che l'art. 43, 2° comma, Cost. Arg. prevede un'azione a difesa dell'ambiente che può essere promossa da coloro i quali sono posti in pericolo dalla produzione di un danno ambientale. Allo stesso tempo, però, se il soggetto ha già subito una lesione della sua sfera giuridica, potrà agire – se sussistono i requisiti – con l'amparo individuale. Possibilità che non esclude l'azione di amparo ambientale, ma le si affianca.

5. Diritto soggettivo o interesse diffuso: alcune considerazioni conclusive

Dopo aver esaminato gli aspetti che sembrano di maggior interesse riguardo la positivizzazione del diritto all'ambiente nella Costituzione argentina, è possibile porsi una domanda conclusiva, alla quale deve darsi risposta alla luce di tutto quanto sino ad ora illustrato: qual è l'esatta configurazione del diritto all'ambiente? La formulazione di apertura dell'art. 41 Cost. Arg. sembrerebbe non porre dubbi in merito: affermando che "*todos los habitantes gozan*", la Carta si pone nel solco della tradizione costituzionale liberale, utilizzando la formulazione tipica dei diritti individuali. Questa soluzione, suggerita dal dato letterale, non sembra, però, appagante. In riferimento al diritto all'ambiente si è già evidenziato che la dottrina utilizza diverse espressioni: interesse diffuso, interesse collettivo, diritto soggettivo diffuso, etc.

L'impiego di queste locuzioni suggerisce che, a ben vedere, sono due le possibili interpretazioni del diritto all'ambiente⁵². La prima, ancorata al dato letterale e di cui si è appena accennato, conduce ad affermare che si tratta di un vero e proprio diritto soggettivo, cioè che compete alla sfera giuridica soggettiva di ciascun individuo così come gli competono la libertà personale, il domicilio, etc., ed in quanto tale tutelabile tramite amparo individuale. La seconda porta a ritenere che il diritto all'ambiente ha una natura diversa, qualificabile come interesse/diritto diffuso, la cui titolarità spetta indistintamente a tutti coloro i quali si trovano in contatto con "l'oggetto" ambiente.

La prima delle due interpretazioni proposte pone il problema di rendere del tutto inutile la configurazione della titolarità dell'amparo collettivo in capo all'*afectado*. Ed invero, se si configura il diritto all'ambiente come diritto soggettivo,

dedujo pretensión exclusivamente anulatoria con la cual no pretende, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su eventual restablecimiento».

⁵¹ E. R. Bec, *El sistema legal argentino en materia de protección ambiental*, in *La Ley*, 1995, Tomo B, 1386; G. J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional/La reforma Constitucional de 1994*, cit., 318-319. Questi sottolinea che l'amparo collettivo non è un'azione popolare e, pertanto, il legittimato ad agire deve essere pregiudicato da un atto lesivo.

⁵² Sembrerebbe sussistere un terzo orientamento interpretativo, secondo cui il diritto all'ambiente formulato nella Costituzione argentina abbia al contempo la caratteristica di diritto soggettivo e di interesse diffuso. G. J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional/La reforma Constitucional de 1994*, 295-296. Questa posizione presenta lo stesso inconveniente di quella che gli riconosce natura di diritto soggettivo: si annullano le ipotesi di ricorribilità per amparo collettivo in capo all'*afectado*.

allora si deve provare ad immaginare quando vi è una lesione del medesimo. La norma afferma che tutti gli abitanti hanno diritto ad un ambiente sano. Se si qualifica la norma come espressione di un diritto soggettivo, allora si deve ritenere che qualsiasi alterazione dell'ambiente, che determina o è in grado di determinare la sopravvenienza della sua insalubrità, consente di agire in giudizio con amparo individuale per ottenere tutela. L'ambiente, cioè, dovrebbe essere equiparato al corpo o al domicilio di un individuo, così che qualsiasi intervento lesivo su tale oggetto determinerebbe direttamente una lesione del soggetto stesso. Posto, poi, che è la stessa Costituzione a imporre il *deber de recomponer* il danno ambientale, l'esercizio dell'amparo individuale andrebbe comunque a beneficio di tutti coloro i quali hanno subito il medesimo pregiudizio al proprio diritto all'ambiente sano: quest'ultimo, infatti, non è suscettibile di delimitazione entro i confini della sfera giuridica attinente ad un unico soggetto. Si pensi, ad esempio, all'inquinamento atmosferico determinato da un'industria. La configurazione del diritto soggettivo ad un ambiente sano dovrebbe consentire a chiunque respira quell'aria di agire con amparo individuale al fine di ottenere adeguata tutela e, quindi, anche la ricomposizione dell'aria ad uno stato di salubrità. In questo caso il pregiudizio sarebbe dato dalla mera alterazione della stessa. Le conseguenze di una tale pronuncia non potrebbero certo essere limitate al soggetto che ricorre, andando a prodursi necessariamente anche a vantaggio degli altri soggetti che si trovano a respirare la medesima aria.

Si è già evidenziato che questa interpretazione determina - in sostanza - l'inutilità della previsione dell'amparo collettivo in capo all'*afectado*. Per meglio dire, questa interpretazione del diritto all'ambiente determinerebbe una tacita abrogazione dell'art. 43, 2° comma, Cost. Arg. nella parte in cui si riconosce a costui la titolarità dell'amparo collettivo. Si è detto, infatti, che l'*afectado* deve essere ritenuto il titolare di un interesse, comune ad altri soggetti, a che l'ambiente con cui è in contatto non venga alterato. L'amparo collettivo, dunque, consente di agire a tutela dell'ambiente prima che una sua alterazione determini una lesione diretta della sfera giuridica soggettiva degli individui. Se, però, si qualifica quello all'ambiente come diritto soggettivo individuale allora deve concludersi che qualsiasi alterazione dannosa determina *ex se* una lesione diretta della sfera giuridica soggettiva dei singoli individui, rendendo inutile la previsione di cui al secondo comma dell'art. 43 Cost. Arg.

Una lettura armoniosa della Costituzione argentina ci induce a propendere per una soluzione differente: il diritto all'ambiente, come risulta dal combinato disposto degli artt. 41, 1° comma, e 43, 2° comma, Cost. Arg., deve essere qualificato quale diritto diffuso. Si ritiene che l'elemento di differenziazione rispetto ai diritti costituzionali individuali, che potremmo definire tradizionali, non è rappresentato dalla "soggettività", in quanto entrambe le categorie fanno capo agli individui. La vera peculiarità di tale categoria sembra essere data dalla circostanza per cui essa afferisce a più soggetti contemporaneamente, ossia lo stesso diritto è condiviso da più titolari, tutti potenzialmente legittimati ad agire in giudizio per la sua tutela⁵³. Se comunemente la dottrina costituzionalistica italiana afferma che il

⁵³Questa interpretazione sembra andare nella stessa direzione della dottrina e della giurisprudenza argentine. Nello studio delle teorie illustrate, infatti, si è riscontrato che tutti

diritto al domicilio è tutelato in quanto proiezione verso l'esterno dell'individuo, allora sembra potersi affermare che la Costituzione argentina riconosce la tutela dell'ambiente in quanto proiezione esterna di una intera comunità, che all'interno di quell'habitat vive e si sviluppa. La dimensione tipicamente individuale retrocede di fronte ad una dimensione comunitaria/collettiva.

L'analisi condotta sulla positivizzazione del diritto all'ambiente nella Costituzione argentina, in conclusione, consente di poter affermare che questo è, al contempo: un principio, che deve orientare l'azione dei privati e delle pubbliche autorità; un dovere, ancora una volta sia per i privati che per il potere pubblico; e, soprattutto, un diritto diffuso, che consente la tutela dell'ambiente, prima che si produca una lesione alla sfera giuridica individuale degli abitanti, essendo sufficiente una lesione o messa in pericolo della sfera giuridica collettiva a cui il soggetto inerisce.

gli autori, in riferimento al diritto all'ambiente, utilizzano espressioni quali: diritto diffuso, interesse diffuso, interesse collettivo; sottolineando dunque il carattere superindividuale dello stesso. In alcune opere si usa l'espressione "diritto di terza generazione" come sinonimo di diritto/interesse diffuso. Si rimanda alle opere degli autori Dalla Via, Badeni e Sabsay-Onaidia, etc., *infra* citate.

Noterelle sulla recente prassi interna in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione

di Fabio Ferraro

Abstract: Short notes on recent domestic practice concerning State liability in damages for breach of European Union law – The article deals with national case-law regarding the principle of State liability for damages caused to individuals by infringements of European Union law, mainly focusing on general issues which also remain substantially unsettled. It aims to show that the current system of State liability is still widely unsatisfactory, since the State is obliged to compensate the injured party on the basis of different legal qualifications and procedural conditions, depending on the organ which has caused the damage. However, this remedy may fulfil the needs of weaker groups who frequently have no other means to protect their rights.

Keywords: State liability; EU law; Damages; Effectiveness; Equivalence.

1. Premessa

Si è molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza sul riconoscimento da parte della Corte di giustizia del principio della responsabilità patrimoniale degli Stati membri per i danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione¹, che consente di toccare con mano le potenzialità dell'integrazione europea. Invero, nel corso degli anni il principio in questione si è evoluto e ha acquisito una rilevanza fondamentale, inizialmente non prevedibile, nell'ambito del sistema complessivo di tutela giurisdizionale della posizione giuridica dei singoli discendente dal diritto dell'Unione².

¹ Il principio della responsabilità patrimoniale degli Stati membri è stato riconosciuto espressamente dalla sentenza *Francovich* (19-11-1991, cause riunite C-6 e C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428), anche se è stato definito in modo più chiaro e dettagliato dalla successiva sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame* (5-3-1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79). Al riguardo, ci permettiamo di rinviare alle nostre *Riflessioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro nelle cause Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in *Scritti Tesauro*, Napoli, 2014, 1005.

² Cfr., *ex multis*, A. Barav, *La plénitude des compétences du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *Melanges Boulouis*, 1992, 1; R. Caranta, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 1992, 1169; G. Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Il Foro it.*, 1992 IV, 150; F. Schockweiler, *La responsabilité de l'autorité nationale en case de violation du droit communautaire*, in *Rev. tri. dr. eur.*, 1992, 27; J. Steiner, *From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law*, in *EL Rev.*, 1993, 3; G. Catalano, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, 321; G. Tesauro, *Responsabilité des Etats Membres pour violation du droit communautaire*, in *Rev. marché commun et de l'Un. Eur.*, 1996, 27; A. Saggio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, n.3/2001, 223.

Nondimeno, esso continua a creare molteplici problemi interpretativi e applicativi sul piano nazionale, derivanti principalmente dalla difficoltà di inquadrare secondo le categorie e gli istituti tradizionali del diritto interno una forma peculiare e *sui generis* di responsabilità patrimoniale. Se è vero che, in assenza di armonizzazione comunitaria, è stata riconosciuta l'autonomia dello Stato membro nel disciplinare le condizioni procedurali e, più in generale, le forme e modalità dell'azione risarcitoria, tale discrezionalità finisce spesso per scontrarsi con la giurisprudenza dell'Unione relativa ai principi di effettività e di equivalenza³.

Di recente si riscontrano delle novità significative nella giurisprudenza nazionale, che dimostrano la crescente attenzione al diritto dell'Unione, ma che non sempre risultano conformi ai principi elaborati dalla Corte di giustizia. Difatti, si possono individuare alcuni orientamenti che hanno correttamente interpretato le sentenze della Corte del *Kirchberg* e altri che invece manifestano evidenti antinomie rispetto al diritto dell'Unione.

Di tutto ciò non è possibile trattare con il dovuto approfondimento sia per la notevole ampiezza del tema in questione che per le molteplici implicazioni sul piano nazionale⁴. Pertanto, ci limitiamo soltanto a svolgere qualche considerazione su alcuni orientamenti dei giudici nazionali in merito alla responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, segnatamente su quelli più controversi e di maggiore rilievo, utilizzando il principio di effettività quale filo conduttore dei diversi argomenti affrontati.

³ E' ben noto che le condizioni procedurali nazionali per violazione del diritto dell'Unione non possono rendere impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento (principio di effettività) ovvero non possono discriminare le azioni di danno fondate sul diritto dell'Unione rispetto alle omologhe azioni di natura interna (principio di equivalenza). Cfr. A. M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, 67 e ss. e la dottrina ivi citata.

⁴ Cfr., *ex multis*, A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13; M. Wathelet, S. Van Raepenbusch, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?*, in *Cah. dr. eur.*, 1997, 13; V. Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Contr. impresa/Eur.*, 1999, 101; L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, 229; A. Ward, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford, 2007; D. Simon, *La responsabilité des États membres en cas de violations du droit communautaire par une jurisdiction suprême*, in *JC Europe*, 2003, 3; R. Bifulco, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 2010, 506; A. Biondi, M. Farley, *The Right to Damages in European Law*, Amsterdam, 2009, 14; G. Strozzi, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 881; M. Condinanzi, *La responsabilità dello Stato per violazione del Diritto dell'Unione Europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 3063; N. Reich, *The Interrelation Between Rights and Duties in EU Law. Reflections on the State of Liability Law in the Multilevel Governance System of the Community: Is There a Need for a More Coherent Approach in European Private Law?*, in *YEL*, 2010, 112; F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012; V. Sciarrino, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012, 231 e ss.; R. Mastroianni – V. Bocchetti, *La responsabilità dello Stato "per fatto del giudice": una lettura della legge 27 febbraio 2015, n. 18, alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Giust. Civ.*, 2015.

2. Il principio dell'unità dello Stato e dell'indifferenza (o irrilevanza) dell'organo che abbia commesso la violazione

Il punto di partenza della nostra riflessione è rappresentato dal principio dell'unità dello Stato e della conseguente indifferenza (o irrilevanza) dell'organo che abbia cagionato il danno. Questo principio, che è stato affermato per la prima volta nella sentenza *Brasserie du Pêcheur* ed è stato costantemente richiamato dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, si traduce nella statuizione che è lo Stato membro l'unico soggetto al quale è imputabile la responsabilità dei danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione, a prescindere dall'organo nazionale che abbia commesso la violazione⁵.

È interessante notare come il principio in esame sia stato correttamente interpretato ed applicato dalla Corte di Cassazione, in particolare in due sentenze - riguardanti, rispettivamente, le concessioni autostradali e l'affidamento del servizio di gestione del sistema impiantistico per i rifiuti urbani - che hanno considerato tale principio nella sua accezione unitaria. Nella prima sentenza si è posto l'accento sul fatto che “quando sia dedotta la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario è indifferente la natura dell'organo che ha compiuto la trasgressione, perché viene in considerazione la responsabilità diretta dello Stato in quanto tale”⁶. Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca il secondo arresto, che ha riconosciuto *claris et apertis verbis* la scissione tra il piano materiale della condotta, riconducibile a ciascun potere dello Stato, e il piano giuridico della responsabilità, che grava esclusivamente ed unitariamente sullo Stato⁷.

Tuttavia, la soluzione fornita dalla Corte di Cassazione rischia di essere vanificata dall'assenza di una visione unitaria della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, che potrebbe preludere all'avvio di una nuova procedura di infrazione da parte della Commissione europea. Invero, si deve constatare che la questione del fondamento giuridico della responsabilità risarcitoria dello Stato italiano è stata affrontata e risolta in modo distonico nel nostro ordinamento a seconda dell'organo che abbia commesso la violazione⁸.

Per quanto concerne la responsabilità dello Stato-Legislatore si riscontrano nella giurisprudenza diversi orientamenti, che oscillano ripetutamente tra la responsabilità extracontrattuale e quella contrattuale. Se è vero che la Corte di Cassazione aveva finito per ricondurre tale illecito nell'ambito della responsabilità contrattuale piuttosto che in quella aquiliana⁹, il Legislatore ha indotto successivamente il Giudice di legittimità a ritornare sui propri passi. Ci riferiamo all'art. 4, comma 43, della legge 12.11.2011 n. 183 (c.d. Legge di Stabilità 2012), il quale ha qualificato il diritto della parte lesa di natura risarcitoria anziché

⁵ Corte giust., sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit., p.to 32; 4-7-2000, causa C-424/97, *Haim*, ECLI:EU:C:2000:357, p.to 27.

⁶ Corte di Cassazione, civ., S.U., 7.5.2010, n. 11092.

⁷ Corte di Cassazione, civ., S.U., 6.2.2015, n. 2242. In senso conforme, ci permettiamo di rinviare alla nostra *Responsabilità dello Stato* [dir. UE], in *Diritto on-line*, Treccani, 2014.

⁸ Cfr. *Responsabilità dello Stato* [dir. UE], cit. supra.

⁹ Corte di Cassazione, civ., 18.4.2011, n. 10813; 17.5.2011, nn. 10814-10816; 9.2.2012, n. 1917. Sulla decorrenza del termine di prescrizione, cfr. C. Amalfitano – F. Persano, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, *Riv. dir. int. priv. Proc.*, 2012, n. 1, 111.

indennizzatoria e, soprattutto, lo ha ricollegato al termine di prescrizione quinquennale, che è tradizionalmente connesso all'azione di responsabilità extracontrattuale¹⁰. La norma ha posto un freno agli arresti della Cassazione, riconducendo la prescrizione – e più in generale la violazione del diritto dell'Unione – nell'ambito del fatto illecito, verosimilmente con l'intento di limitare le azioni risarcitorie per mezzo della riduzione del termine di prescrizione¹¹. È il caso di rilevare, tra l'altro, che la previsione risulta ambigua perché si riferisce letteralmente soltanto al mancato recepimento “di direttive o di altri provvedimenti obbligatori comunitari”, senza considerare che la responsabilità risarcitoria degli Stati membri costituisce un rimedio generale utilizzabile per tutte le violazioni del diritto dell'Unione. Incidentalmente, si noti che non è stato ancora generalmente “metabolizzato” che l'obbligo di risarcimento può scaturire dalla violazione di qualsiasi norma, principio, diritto fondamentale o sentenza dell'Unione. Basti pensare, a titolo esemplificativo, che alcuni giudici di merito sono arrivati al punto di statuire che la responsabilità dello Stato per la mancata applicazione del diritto dell'Unione può sorgere solo in presenza di una violazione delle disposizioni dei Trattati, escludendola invece nell'ipotesi di inadempimento alle norme contenute in una direttiva¹².

Per quanto concerne la responsabilità dello Stato-Giudice, la giurisprudenza nazionale è diversamente orientata rispetto alla suddetta qualificazione della responsabilità dello Stato-Legislatore. A dire il vero, si erano inizialmente manifestati due orientamenti, l'uno che trovava il suo fondamento nell'art. 2043 c.c. e prefigurava un'ipotesi atipica di responsabilità sulla falsariga di quanto prospettato in ordine all'azione risarcitoria promossa contro lo Stato-Legislatore¹³ e l'altro che riteneva utilizzabile la legge 13.4.1988, n. 117 (“Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati”), sia pure disapplicando le disposizioni censurate dalla Corte di giustizia¹⁴. Dopo alcune incertezze iniziali, quest'ultima opzione ha finito per prevalere ed è stata generalmente utilizzata dai giudici nazionali (prima della riforma della Legge Vassalli), nel senso di far ricadere la responsabilità dello Stato per fatto dei giudici nell'ambito della legge 117/88, con conseguente applicazione del rito e della procedura speciale ivi previsti.

Infine, la responsabilità dello Stato-Amministrazione è stata talvolta inquadrata nell'ambito dell'illecito extracontrattuale, ancorché sia stato escluso che il danneggiato sia tenuto a fornire la prova dell'elemento soggettivo nella forma del

¹⁰ La Corte di Cassazione ha sentito l'esigenza di chiarire che la nuova disposizione può spiegare la sua efficacia soltanto rispetto ai fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore, secondo il criterio generale sancito dall'art. 12 delle preleggi (Corte di Cassazione, Sez. III, 9-2-2012, n. 1917. Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 31-7-2012, n. 4366). V. anche Tribunale di Roma, Sez. II, civile, 25/26-6-2015, la quale non ha fatto alcun riferimento alla Legge di Stabilità 2012, verosimilmente perché si riferisce a fatti verificatisi prima della sua entrata in vigore.

¹¹ Questa finalità sembra desumersi dal fatto che il comma 43 dell'art. 4 rientra nell'ambito delle disposizioni concernenti le *riduzioni delle spese non rimodulabili dei Ministeri*.

¹² Corte di appello di Perugia, decreto 22.5.2015.

¹³ Tribunale di Genova, 31.3.2009, n. 1329, in *Giur. mer.*, 2010, 1; Tribunale di Roma, decreto del 21-6-2011

¹⁴ Corte di Appello di Roma, Sez. civ. I, 1.2.2012, *Telecom Italia s.p.a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

dolo o della colpa¹⁵, mentre in altri casi è stata ricondotta nella sfera della responsabilità contrattuale o non è stato formulato un orientamento chiaro¹⁶. Va qui precisato che il diritto dell'Unione non osta al fatto che alla responsabilità risarcitoria dello Stato membro si aggiunga quella di un altro organo o soggetto nazionale, quale, ad esempio, un'amministrazione, un ente di diritto pubblico o un funzionario statale¹⁷. Il che significa che lo Stato non è tenuto "in prima persona" a risarcire i danni affinché i suoi obblighi siano adempiuti, poiché i soggetti danneggiati possono rivolgersi anche nei confronti del soggetto pubblico che abbia materialmente commesso la violazione del diritto dell'Unione¹⁸. Si tratta, però, di una questione di diritto interno, che non coinvolge l'ordinamento dell'Unione, poiché per quest'ultimo una forma di responsabilità aggiuntiva a quella dello Stato non risulta necessaria.

Da quanto brevemente descritto si ricava un quadro giuridico nebuloso segnato da evidenti incoerenze, che finiscono per avere delle gravi implicazioni sul piano pratico per il soggetto danneggiato. Infatti, in presenza del medesimo genus di condotta generatrice, consistente in una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto dell'Unione, appare contrario ai principi di unità dello Stato, di effettività e di uguaglianza ipotizzare che lo Stato possa risultare obbligato a risarcire il soggetto leso sulla base di qualificazioni giuridiche e di condizioni procedurali sensibilmente differenti, a seconda dell'organo inadempiente che abbia causato il danno (Legislatore, Amministrazione o Giudice)¹⁹. Il fatto che soltanto l'azione risarcitoria contro lo Stato-Giudice sia soggetta ad un termine di decadenza (art. 4, par. 4, della Legge Vassalli), sia pur elevato da due a tre anni dalla riforma del 2015, rappresenta un esempio sintomatico di un quadro giuridico non ancora soddisfacente e di un cammino non ancora completato.

Questa problematica si lega ad una seconda questione concernente l'individuazione della giurisdizione competente a pronunciarsi in merito alla responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione qualora i tre poteri contribuiscano, con condotte formalmente autonome, ma causalmente concorrenti a produrre il danno²⁰. Al riguardo, non appare condivisibile l'orientamento espresso da alcuni giudici di merito secondo cui una violazione del diritto dell'Unione commessa da più organi sarebbe scindibile in una pluralità di azioni e differenti percorsi processuali²¹. Occorre piuttosto ricercare dei fattori unificanti della responsabilità dello Stato laddove alla violazione della posizione giuridica soggettiva contribuiscano i tre i poteri dello Stato, dando origine ad un

¹⁵ Consiglio di Stato, Sez. V., 8.11.2012, n. 5686; cfr. anche Sez. IV, 31.1.2012, n. 482.

¹⁶ Cfr. Corte di Cassazione, civ., S.U., 13.12.2016, n. 25516. Cfr. L. Calzolari, *La responsabilità delle amministrazioni nazionali e delle imprese beneficiarie per la violazione degli artt. 107 e 108 TFUE fra diritto dell'Unione e autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Comm. Int.*, 2017, 223.

¹⁷ Corte giust., 1-6-1999, causa C-302/97, *Konle*, ECLI:EU:C:1999:271; 4-7-2000, causa C-424/97, *Salomone Haim*, ECLI:EU:C:2000:357, p.ti 30-32; 17-4-2007, causa C-470/03, *A.G.M.-COS.MET Srl e a.*, ECLI:EU:C:2007:213, p.ti 147 e ss.

¹⁸ Cfr. M. P. Chiti, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 505.

¹⁹ Cfr. *Responsabilità dello Stato* [dir. UE], cit. supra.

²⁰ Cfr. *Responsabilità dello Stato* [dir. UE], cit. supra.

²¹ Tribunale di Roma, Sez. II, 6.9.2012, n. 16810.

solo e non parcellizzabile diritto al risarcimento dei danni. Corollario di tale principio è che le singole violazioni del diritto dell'Unione non possono essere valutate in modo frammentato (giurisdizione ordinaria per la responsabilità dello Stato-Legislatore, giurisdizione amministrativa o ordinaria per la responsabilità dello Stato-Amministrazione²² e procedimento e rito speciale per la responsabilità dello Stato-Giudice), poiché viene in considerazione la responsabilità dello Stato in quanto tale nell'ipotesi in cui ciascuna violazione interagisca con le altre e si riveli necessaria a determinare la lesione di un diritto discendente dall'Unione²³.

Complica ulteriormente il quadro ed introduce ulteriori elementi di confusione, anche sotto il profilo terminologico, una recente sentenza della Corte di Cassazione che piuttosto che ricondurre nell'ambito della tradizionale giurisprudenza *Francovich* l'azione risarcitoria per violazione del diritto dell'Unione derivante dalla normativa interna relativa al c.d. precariato scolastico introduce la nuova tipologia di "danno comunitario"²⁴.

In definitiva, l'incertezza sulle condizioni procedurali da rispettare per l'avvio di un'azione risarcitoria contro lo Stato espone il nostro sistema ad inevitabili censure sotto il profilo della violazione del principio di effettività laddove i soggetti danneggiati non siano messi nelle condizioni di determinare la normativa applicabile con un ragionevole grado di certezza²⁵. Una soluzione complessiva a questa situazione di incertezza e di disomogeneità tra le varie azioni poteva essere fornita da una regolamentazione generale ed unitaria della responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, ma questa opzione non è mai stata presa in seria considerazione dal Legislatore italiano.

3. L'estensione della responsabilità dello Stato per i danni subiti dalle vittime di reato

Come logica conseguenza del predetto principio dell'unità dello Stato, quest'ultimo è responsabile dei danni derivanti dalle violazioni commesse dal Legislatore. Una delle ipotesi più ricorrenti che si profila nell'ambito dell'Unione è quella concernente le direttive, in quanto l'inadempimento dei Parlamenti nazionali ai loro doveri di recepire tempestivamente e correttamente questi atti può costituire spesso fonte di responsabilità sul piano risarcitorio. In particolare, una questione recente piuttosto controversa, in merito alla quale si sono pronunciate sia i giudici nazionali²⁶ che quelli dell'Unione²⁷, concerne l'inadempimento dello Stato italiano

²² In realtà, è stato recentemente messo in risalto che "*Le azioni di risarcimento del danno proposte nei confronti dello Stato e delle sue articolazioni da parte del concorrente del beneficiario di aiuti di Stato concessi in violazione degli artt. 107 e 108 TFUE spettano alla cognizione del giudice ordinario*" (Corte di Cassazione, ordinanza 25516/2016, cit.).

²³ Corte di Cassazione, civ., S.U., 7.5.2010, n. 11092.

²⁴ Corte di Cassazione, Sez. Lav., 30.12.2014, n. 27481. Sul riconoscimento giurisprudenziale del danno comunitario in caso di abusivo utilizzo di contratti a termine nel pubblico impiego, cfr. F. M. Putaturo Donati, *Precariato pubblico, effettività della tutela antiabusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, in *ADL*, 2017, 65.

²⁵ Corte giust., 16-7-2009, causa C-69/08, *Visciano c. Inps*, ECLI: EU: C: 2009: 468, p.to 46.

²⁶ Tribunale di Torino, Sez. IV, 3-5-2010, n. 3145 (confermata poi da Corte di Appello di Torino, Sez. III, 23-1-2012, n. 106), in *Corr. Merito*, 2010, 936, con nota di L. Attademo, *Mancato risarcimento della vittima della violenza e responsabilità dello Stato*. Al riguardo v. anche

nel recepire correttamente la direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reati violenti.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha evidenziato diverse frizioni della normativa nazionale con la direttiva 2004/80/CE, poiché tale normativa ha dato origine ad un sistema frammentato e incompleto, che consta di una serie di leggi speciali relative all'indennizzo di determinati reati senza la previsione di una disciplina generale di indennizzo riguardante le vittime di tutti i reati intenzionali violenti²⁸.

Nondimeno, la Corte ha chiarito che il raggio di azione della direttiva è circoscritto alle situazioni transfrontaliere, ossia prevede un indennizzo unicamente nel caso di un reato intenzionale violento commesso in uno Stato membro diverso da quello in cui la vittima risiede abitualmente, declinando per tale motivo la sua competenza a giudicare le fattispecie puramente interne²⁹.

Invece, il Tribunale di Roma ha esteso la responsabilità dello Stato italiano anche alle situazioni che non cadono nel cono d'ombra del diritto dell'Unione e, conseguentemente, lo ha condannato al pagamento dei danni cagionati ai congiunti di una persona deceduta, non avendo il Legislatore nazionale adeguatamente recepito la direttiva comunitaria³⁰.

Il Tribunale capitolino riconosce la responsabilità dello Stato e la qualifica come contrattuale, sulla scia dell'ultimo orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione³¹, ancorché ometta qualsiasi riferimento all'art. 4, comma 3, della Legge di Stabilità 2012, che invece riconduce l'azione di danni nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Verosimilmente, tale omissione dipende dall'efficacia temporale della Legge di Stabilità, che non si applica alle fattispecie verificatesi anteriormente alla sua entrata in vigore e, conseguentemente, non riguarda il caso sottoposto al giudizio del Tribunale di Roma. Sotto questo profilo, la sentenza del giudice di Roma appare quindi corretta, in quanto l'omicidio era stato realizzato ben prima dell'approvazione della Legge di Stabilità 2012³².

Parimenti, il risultato al quale perviene il Tribunale nazionale sembra senz'altro da apprezzare, nella misura in cui consente di risarcire i congiunti di una persona deceduta, che non avrebbero potuto ottenere alcuna tutela in assenza di disponibilità economiche da parte dell'autore del reato e in considerazione della sfera applicativa delle disposizioni contenute nella direttiva.

Tuttavia, la soluzione appare poco convincente da un punto di vista strettamente giuridico, poiché la responsabilità risarcitoria presuppone una

M. Condinanzi, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni di recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 3063; R. Mastroianni, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati*, in *Giustizia Civile*, 2014, 283. V. anche Tribunale di Bologna, Sez. III, 7-6-2016, n. 1484.

²⁷ Corte giust., 11-10-2016, causa C-601/14, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2016:759.

²⁸ Corte giust., *Commissione/Italia*, cit.

²⁹ Corte giust., 30-1-2014, causa C-122/13, *Paola C./Presidenza del Consiglio dei Ministri*, ECLI:EU:C:2014:59.

³⁰ Tribunale di Roma, Sez. II civile, 25/26-6-2016.

³¹ V. Corte di Cassazione, civ., S.U., 6.2.2015, n. 2242.

³² Corte di Cassazione, Sez. III, 9-2-2012, n. 1917. Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 31-7-2012, n. 4366.

violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione che nel caso di specie non c'è stata, non avendo la direttiva come obiettivo quello di tutelare le situazioni puramente interne. Il caso sottoposto al giudizio del Tribunale di Roma è estraneo al campo di applicazione della direttiva, giacché riguarda un reato commesso in Italia nei confronti di una vittima residente nel territorio italiano, sicché non può venire in rilievo la responsabilità risarcitoria dello Stato italiano per la mancata adozione di misure finalizzate al suo recepimento.

Per superare questo argomento ostativo al risarcimento dei danni, il Tribunale di Roma utilizza il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, che è sancito sia nell'ordinamento nazionale che in quello dell'Unione, al fine di espandere la responsabilità civile dello Stato. Sul piano nazionale, tale principio lo ritroviamo non solo nell'art. 3 Cost., ma anche nell'art. 53 (intitolato "parità di trattamento") della legge n. 234 del 2012, che ha introdotto nel nostro ordinamento una forma *sui generis* di scrutinio diffuso di costituzionalità volta a tutelare le situazioni di discriminazioni alla rovescia³³. Com'è noto, questa soluzione ermeneutica va ben oltre quella formulata in precedenza dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che consentiva di rimediare alle discriminazioni inverse dichiarando l'incostituzionalità della legge che le produceva per violazione dell'art. 3 Cost.

Ebbene, facendo leva sull'art. 53 della Legge 234/2012, sull'art. 3 Cost. e sul generale divieto di discriminazioni in base alla nazionalità contenuto nell'art. 18 TFUE, il Tribunale di Roma estende la tutela risarcitoria al soggetto abitualmente residente in Italia, ancorché il reato intenzionale violento sia stato commesso in Italia. Questa estensione del rimedio risarcitorio si fonda sull'argomento, non del tutto chiaro e lineare, che lo Stato italiano nel recepire correttamente la direttiva "non avrebbe potuto esimersi dal regolare nello stesso modo" anche le situazioni interne.

Il giudice nazionale ha però omesso di richiamare il principio della tutela più intensa, secondo cui la normativa nazionale può consentire uno standard di tutela del soggetto danneggiato più elevato rispetto a quello previsto dal diritto dell'Unione, che avrebbe potuto legittimare, sul piano argomentativo, la sua decisione³⁴.

È il caso di aggiungere che la successiva Legge 7 luglio 2016, n. 122 ("Legge europea 2015-2016") ha interamente dedicato la sezione II del Capo III alla disciplina delle vittime di reati intenzionali violenti e ha esteso l'indennizzo a tutte le vittime di reati violenti senza fare distinzioni tra le situazioni transfrontaliere e quelle puramente interne. Nondimeno, l'indennizzo era stato inizialmente subordinato alla sussistenza di diverse condizioni restrittive che avrebbero potuto indurre la Commissione europea ad avviare una nuova procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano. In particolare, non si realizzava una tutela effettiva e omnicomprensiva delle vittime di reati violenti, poiché gli indennizzi, per un verso, erano stati esclusi in relazione ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della

³³ In questi termini, v. R. Mastroianni, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati*, cit..

³⁴ È ben noto, infatti, che gli Stati possono consentire uno standard nazionale di tutela del soggetto danneggiato più elevato di quello del diritto dell'Unione, salvo che ciò pregiudichi il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (Corte giust., 26-2-2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, p.to 60).

Legge europea e, per altro verso, erano stati circoscritti ai titolari di un reddito annuo non superiore a quello previsto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. L'esclusione sul piano temporale delle vittime di reati violenti, la previsione di uno schermo protettivo per lo Stato fondato sul reddito e altre limitazioni sono state rimosse dalla successiva Legge europea³⁵, pur se l'ammontare dell'indennizzo dovrebbe risultare piuttosto basso.

Al di là delle non convincenti argomentazioni del Tribunale di Roma e degli importi ridotti dell'indennizzo, non può che esprimersi un giudizio positivo sull'utilizzo dell'azione risarcitoria per soddisfare esigenze di soggetti deboli, che non hanno a disposizione nell'ordinamento nazionale mezzi adeguati di tutela dei loro diritti.

4. Questioni ancora aperte dopo la riforma della legge sulla responsabilità civile del giudice

Sempre in virtù del principio dell'unità statale, la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto l'obbligo a carico dei Paesi dell'Unione di risarcire anche i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza³⁶. Ormai è acquisito che questa ulteriore espressione del principio dell'unità dello Stato non tocca l'indipendenza e l'autonomia dei giudici, poiché tale principio non investe la responsabilità personale del giudice, ma soltanto quella dello Stato³⁷.

Va da sé che uno Stato membro può legittimamente disciplinare il regime dell'azione di danni esperibile nei confronti dei magistrati, ma se ne deve assumere la piena paternità senza scaricare la propria "responsabilità" sull'Unione europea. Tuttavia, questa discrezionalità degli Stati non è assoluta, poiché si deve esercitare nei limiti delle loro norme costituzionali interne, dei principi comuni ai Paesi dell'Unione e delle norme convenzionali. Queste norme e principi contengono diverse condizioni limitative, che circoscrivono la competenza degli Stati membri nel disciplinare la responsabilità personale dei giudici, non consentendo loro di mettere in discussione i principi dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici. Per un verso, sono molteplici le norme costituzionali che, direttamente o indirettamente, incidono sulla disciplina della materia, in particolare gli artt. da 101 a 113 Cost., in modo che il giudice sia chiamato ad applicare la legge senza interferenze che possano compromettere la formazione del suo libero

³⁵ V. art. 6 della Legge 20-11-2017, n. 167.

³⁶ Corte giust., 30-9-2003, causa C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513; 13-6-2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, ECLI:EU:C:2006:391; 24-11-2011, causa C-379/10, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2011:775. Cfr. H. Toner, *Thinking the unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame (III)*, in *YEL*, 1997/17, 165; G. Anagnostaras, *The principle of State Liability for Judicial Breaches: the impact of European Community Law*, in *EPL*, Vol. 7/2, 2001, 281; 4; D. Simon, *La responsabilité des Etats membres en cas de violations du droit communautaire par une jurisdiction suprême*, in *JC Europe*, 2003; F. Biondi, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *QC*, 2006, 839; V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *RDP*, 2006, 347.

³⁷ Cfr. E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, 417; A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. Cost.*, 2011, 4730.

convincimento³⁸. Per altro verso, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato il 17 novembre 2010 la raccomandazione CM/Rec (2010)12 sull'indipendenza, l'efficienza e le responsabilità dei giudici, la quale richiede ai governi degli Stati membri di consentire tale responsabilità soltanto mediante un'azione di rivalsa da parte dello Stato che abbia dovuto concedere una riparazione. Per altro verso ancora, la disciplina dell'azione personale contro i magistrati deve fare i conti con il principio del *due process* di cui all'art. 6 CEDU, che richiede di garantire sia il giudice naturale precostituito per legge sia l'imparzialità del giudice, evitando qualsiasi intervento in grado di condizionare la serenità del giudizio³⁹.

Tornando alla responsabilità civile dello Stato nella sua accezione unitaria, la Corte di giustizia ha individuato tre condizioni sostanziali per assicurare l'operatività del principio del risarcimento del danno, che trovano applicazione anche per le violazioni commesse dagli organi giurisdizionali di ultima istanza, vale a dire: 1) che la norma del diritto dell'Unione violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; 2) che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata, da intendere quale violazione grave e manifesta; 3) che sussista un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro e danno subito dal soggetto leso⁴⁰.

Il diritto dell'Unione vieta alla normativa interna di imporre delle ulteriori condizioni, che rendano più difficile e oneroso ottenere il risarcimento dei danni rispetto al livello di tutela, minimo ed inderogabile, elaborato dalla Corte di giustizia. Sulla scorta di tale principio, che salvaguarda uno standard di tutela dei soggetti danneggiati, derogabile solo in *melius*, è stata censurata dalla Corte dell'Unione la nostra legge 117/88, la quale esclude la responsabilità risarcitoria dello Stato in mancanza di dolo o colpa grave del giudice ovvero nelle ipotesi in cui la violazione risulti dall'interpretazione di norme giuridiche o dalla valutazione dei fatti e delle prove⁴¹. In sostanza, la legge 117/88 è stata giudicata dalla Corte di giustizia in contrasto con il principio di effettività, ma solo in relazione al profilo della responsabilità dello Stato per fatto del giudice.

Dopo la sentenza della Corte che ha accertato l'illegittimità delle limitazioni alla responsabilità civile dello Stato contenute nella legge n. 117/1988⁴², è stato necessario porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione al fine di evitare la

³⁸ Cfr. C. Celentano, *L'autonomia e indipendenza della magistratura ed il Consiglio superiore della magistratura nella giurisprudenza*, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_278.pdf.

³⁹ Cfr. R. Mastroianni – V. Bocchetti, cit..

⁴⁰ Corte giust., sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit., p.to 66. Cfr. R. Kovar, *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978; P. Mengozzi, *La responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1994, 617; L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, 229; V. Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, cit., 101; P. Senkovic, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur*, cit., 133; G. Agnostaras, *The allocation of responsibility in State liability actions for breach of Community law*, in *EL Rev.*, 2001, 139; A. Saggio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, cit., 231; U. Villani, *Il risarcimento dei danni da inosservanza degli obblighi comunitari da parte degli Stati*, in *Iustitia*, 2003, 241.

⁴¹ Corte giust., *Traghetti del Mediterraneo*, cit., p.ti 31 e 46.

⁴² Corte giust., *Commissione c. Italia*, cit.

condanna al pagamento di sanzioni pecuniarie ai sensi dell'art. 260 TFUE. Tale motivo e, più in generale, l'esigenza di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato hanno indotto il nostro paese ad approvare la legge 18/2015, che modifica in modo significativo la legge 117/88⁴³. In un clima di forte conflittualità sul piano politico, la nuova legge si è prefissa lo scopo di realizzare un bilanciamento tra le peculiarità della funzione giurisdizionale e il principio di responsabilità, mantenendo ferma l'esclusione di un'azione diretta nei confronti del magistrato, che era stata proposta da varie parti e avrebbe rischiato sia di rappresentare un elemento di forte distorsione della serenità del giudizio, sia di compromettere l'autonomia e l'indipendenza dei giudici. In questa prospettiva, non può che condividersi la significativa statuizione del Giudice di legittimità secondo cui il soggetto danneggiato trova la sua tutela nella responsabilità diretta dello Stato piuttosto che in quella del magistrato⁴⁴.

Nondimeno, la riforma della legge Vassalli, anziché semplificare il quadro normativo sulla responsabilità dello Stato-Giudice, sembra sollevare nuovi dubbi e incertezze laddove accentua la commistione tra elementi soggetti ed oggettivi. In tal senso, il nuovo comma 3 dell'art. 2 della legge 117/88 ha optato per tipizzare le ipotesi di colpa grave e ha ricompreso in queste ipotesi la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea⁴⁵. Tale previsione è strettamente connessa al successivo comma 3-bis dell'art. 2, il quale richiede di tener conto del grado di chiarezza e di precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza, ai fini dell'accertamento della violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione. La mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, TFUE, e il contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia assumono inevitabilmente rilevanza soltanto nell'ambito della valutazione della violazione manifesta del diritto dell'Unione europea. Va da sé, infatti, che il rinvio pregiudiziale non può essere utilizzato dal giudice nazionale in situazioni puramente interne di violazione manifesta della legge che non coinvolgono il diritto dell'Unione⁴⁶.

Si noti poi che la formulazione della norma non coincide del tutto con i requisiti richiesti nella consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁷, in quanto: i) non viene richiamata l'ampiezza del potere discrezionale attribuito alle autorità nazionali, che costituisce un requisito centrale nella giurisprudenza della Corte per accertare la violazione manifesta del diritto dell'Unione; ii) è omesso il

⁴³ Cfr. G. Campanelli, *L'incidenza delle pronunce della Corte di giustizia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro It.*, 2015, V, 299; I. Ferranti, *Prime riflessioni sulla riforma della legge 13 aprile 1988, n. 117*, in *Giustiziacivile.com*, 2015; R. Mastroianni – V. Bocchetti, cit.; E. Scoditti, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, in *Questione Giustizia*, 2015, consultabile sul sito www.questionegiustizia.it.

⁴⁴ Cassazione, Sez. VI, 29.1.2015, n. 1715.

⁴⁵ A queste ipotesi si aggiungono il travisamento del fatto o delle prove, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o dalla negazione di un fatto la cui esistenza risulta dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

⁴⁶ Corte giust., 15-11-2016, causa C-268/15, *Fernand Ullens de Schooten*, ECLI:EU:C:2016:874.

⁴⁷ Corte giust., sentenza *Köbler*, cit., p.ti 53-56.

rinvio al carattere intenzionale della violazione e alla posizione adottata dalle istituzioni dell'Unione, che ritroviamo costantemente nella giurisprudenza dell'Unione; iii) viene modificato in “inescusabilità o gravità dell'inosservanza” quello che per la Corte di giustizia è “scusabilità o gravità dell'inosservanza”.

Pertanto, sulla base della formulazione letterale della norma (“in particolare”) e della giurisprudenza della Corte dell'Unione, si può senz'altro affermare che il comma 3-bis contiene un elenco esemplificativo e non tassativo degli elementi di valutazione della responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione manifesta da parte del giudice del diritto dell'Unione.

Ben più problematici sono gli intrecci tra l'azione di danno principale contro lo Stato e quella di regresso nei confronti del magistrato, che rischiano di condizionare le decisioni degli organi giurisdizionali sulla responsabilità patrimoniale dello Stato-Giudice. Questi intrecci derivano evidentemente dalla scelta “a monte” di non disciplinare in modo autonomo e distinto le due forme di responsabilità, valorizzando le peculiarità che connotano la funzione dei giudici, pur essendo ormai acquisito che l'ampliamento del perimetro dell'azione risarcitoria contro lo Stato non implica necessariamente l'estensione dei confini dell'azione di rivalsa nei confronti dei giudici. A ben vedere, però, la legge 18/2015 mantiene un equilibrio tra responsabilità e indipendenza non solo perché conferma il carattere indiretto della responsabilità personale, ma anche perché prevede un'asimmetria tra le due azioni. Invero, l'azione di regresso nei confronti del magistrato, anche se diventata obbligatoria per sottrarla all'influenza del potere politico, è più circoscritta rispetto a quella esercitabile nei confronti dello Stato, in particolare perché è soggetta al limite della negligenza inexcusabile o del dolo (art. 7 della legge 117/88). La circostanza che l'azione di rivalsa presupponga l'esistenza di questi requisiti soggettivi sembra escludere il rischio che il magistrato possa essere chiamato a rispondere civilmente soltanto per la non condivisione dei criteri valutativi e interpretativi da lui applicati. Correlativamente, la verifica dell'esistenza dei suddetti requisiti induce ad escludere che il giudice sia indotto ad adottare soluzioni “accomodanti” per il timore di esporsi all'azione di rivalsa.

Sotto altro profilo, andrebbe interpretato con una certa flessibilità il criterio del previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni, previsto dall'art. 4, par. 2, della Legge Vassalli e non modificato dalla riforma del 2015, quale *condicio sine qua non* per promuovere un'azione risarcitoria contro lo Stato⁴⁸. Questo criterio potrebbe non essere del tutto in armonia con il diritto dell'Unione, posto che la Corte di giustizia richiede al soggetto leso soltanto una ragionevole diligenza nell'evitare il danno e limitarne l'entità⁴⁹. Il che non significa imporre ai singoli di esperire

⁴⁸ Corte di Cassazione, Sez. III, civ., 17.1.2017, n. 932, la quale ritiene che l'art. 4, par.2, della Legge Vassalli trovi fondamento “nell'intento di dare la prevalenza alla rimozione del provvedimento dannoso e di privilegiare i rimedi endoprocedurali rispetto all'azione risarcitoria, subordinando quest'ultima alla circostanza che il danneggiato abbia utilizzato gli strumenti processuali normalmente apprestati dall'ordinamento per eliminare o, almeno, ridurre il danno”.

⁴⁹ Corte giust., 24-3-2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, ECLI:EU:C:2009:178, p.ti 60-62; cfr. D. Simon - A. Rigaux, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire revisitée, ou comment le problème technique de l'odeur sexuelle des porcs mâles non castrés conduit la Cour à trancher des questions fondamentales*, in *Europe*, n. 5, 2009, 5. Con specifico riferimento ai rapporti tra azione risarcitoria e azione di annullamento, v. Corte giust., 9-9-2015, causa C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e altri*, ECLI:EU:C:2015:565.

sistematicamente tutti i mezzi di tutela giurisdizionale a loro disposizione, in quanto l'obbligo di soddisfare questo stringente requisito potrebbe determinare difficoltà eccessive nell'ottenere il risarcimento, violando così il principio di effettività. Da ciò si ricava che la ragionevole diligenza richiesta al danneggiato dalla Corte di giustizia non sembra coincidere esattamente con la regola del previo esaurimento di tutti i mezzi di ricorso interno prevista dal diritto interno. È pur vero però che la Corte di giustizia ritiene che possa sussistere una responsabilità dello Stato solo nel caso in cui la violazione manifesta del diritto dell'Unione sia stata commessa da un organo giurisdizionale di ultimo grado⁵⁰. Ciò implica il dovere del soggetto danneggiato di non fermarsi dinanzi ad una pronuncia di un giudice di grado inferiore che non abbia carattere definitivo. Ovviamente, è d'uopo ribadire che i principi elaborati dalla Corte dell'Unione si riferiscono unicamente alla responsabilità dello Stato e non a quella personale del magistrato, di cui il diritto dell'Unione si disinteressa. Tuttavia, nel nostro ordinamento questi principi concernenti lo Stato finiscono per incidere inevitabilmente anche sull'azione di regresso nei confronti del magistrato, visto lo stretto collegamento tra le due azioni contenuto nella legge 177/88.

Inoltre, resta da puntualizzare che solleva molteplici perplessità l'orientamento di alcuni giudici di merito che ritengono inammissibile la domanda di condanna generica – e, quindi, la separazione del giudizio dell'*an debeat* da quello del *quantum debeat* – giacché le peculiarità della legge 117/88 non consentirebbe un'azione volta soltanto all'accertamento del diritto al risarcimento⁵¹. È sufficiente osservare che non sembra giustificato, in assenza di un'espressa previsione legislativa, un tale trattamento processuale della domanda di condanna generica per l'illecito commesso da un magistrato, in quanto eccezionale rispetto ad altre tipologie di illecito civile. Sotto questo profilo, l'interpretazione della legge 117/88 fornita da alcuni giudici nazionali appare in antinomia con il suddetto principio di effettività, atteso che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di responsabilità risarcitoria non possono essere congegnate in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento⁵². Parimenti, si potrebbe ipotizzare una violazione del principio di equivalenza nella misura in cui le condizioni processuali fissate dalla giurisprudenza nazionale in materia di risarcimento dei danni risultino essere meno favorevoli di quelle che regolano gli analoghi rimedi disponibili in ordine alle situazioni di diritto interno⁵³.

5. Segue: l'abolizione del filtro

La nuova legge introduce ulteriori novità, che non trovano riscontro nella procedura di infrazione e vanno ricondotte a scelte autonome del Legislatore,

⁵⁰ Corte giust., 28-7-2016, causa C-168/15, *Milena Tomášová*, ECLI:EU:C:2016:602, p.ti 23 e 24.

⁵¹ Tribunale di Roma, Sez. II civile, 3-11-2015, n. 22141.

⁵² Corte giust., *Brasserie*, cit., p.to 87; *A.G.M.-COS.MET*, cit., p.to 94.

⁵³ Corte giust., 26-1-2010, causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, ECLI:EU:C:2010:39.

sebbene siano motivate dall'esigenza di garantire il principio di effettività.

In particolare, ci riferiamo al filtro di ammissibilità, che non è stato oggetto di censura da parte della Corte di giustizia, ma che è stato abolito proprio al fine di rispettare il suddetto principio di effettività⁵⁴. Eppure, il venir meno di questa condizione è stata fortemente criticata in dottrina poiché, oltre a risultare difforme rispetto alla recente tendenza volta ad utilizzare questo strumento in modo diffuso nel diritto processuale interno, rischia di far proliferare il contenzioso, promuovendo anziché disincentivando azioni temerarie e intimidatorie, e di far insorgere ipotesi di astensione o ricusazione del giudice a seguito del suo intervento volontario nella causa risarcitoria contro lo Stato⁵⁵. Come era lecito attendersi, questa problematica è stata portata all'attenzione della Corte Costituzionale, la quale ha chiarito sia che l'abolizione del filtro rientra nella discrezionalità del legislatore, sia che tale scelta risulta “*funzionale al nuovo impianto normativo, specie se riguardata alla luce dei ... principi affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*”⁵⁶. Si noti che diversi giudici nazionali hanno sollevato un articolato complesso di questioni di legittimità costituzionale attinenti alla disciplina della responsabilità civile dei giudici, che sono state dichiarate inammissibili dalla Corte Costituzionale, ad eccezione di quella sull'eliminazione del filtro, che è stata invece giudicata infondata.

In particolare, l'abolizione del filtro sembra costituire un passo concreto nella direzione dell'effettività della tutela giurisdizionale del soggetto danneggiato poiché, da un punto di vista meramente statistico, la legge 117/88 non ha prodotto risultati concreti ed apprezzabili⁵⁷. In questa prospettiva si muove il supremo organo costituzionale, il quale non ritiene, peraltro, che la previsione del giudizio di ammissibilità della domanda garantisca adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni manifestamente infondate. La Corte Costituzionale perviene a queste conclusioni ed esclude che possa essere turbata la serenità del magistrato, facendo proprie le considerazioni formulate dalla Corte di Cassazione, sia prima che dopo la riforma del 2015, secondo cui la pendenza di una causa di danno contro lo Stato non costituisce motivo di astensione o ricusazione del giudice autore del provvedimento, poiché “*il magistrato la cui condotta professionale sia stata oggetto di una domanda risarcitoria ex lege 117/88 non assume mai la qualità di debitore di chi tale domanda abbia proposto*”⁵⁸.

Si ricava altresì dalla sentenza della Corte Costituzionale che la soppressione del meccanismo processuale trova applicazione in relazione ai giudizi introdotti dopo l'entrata in vigore della legge 18/2015, ancorché relativi ad illeciti pregressi,

⁵⁴ Cfr. V. Vigoriti, *La responsabilità civile del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, in *For. It.*, 2015, V, 287.

⁵⁵ Cfr. G. Amoroso, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria*, in *Questione Giustizia*, 2015, consultabile sul sito www.questionegiustizia.it.

⁵⁶ Corte Costituzionale, 3.4.2017, n. 164, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it.

⁵⁷ È sintomatico che su oltre 400 ricorsi soltanto 4 si sono conclusi con il risarcimento dei danni. Cfr. V. M. Caferra, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, 2015, 135; v. anche C. M. Barone, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 291.

⁵⁸ Corte di Cassazione, Sez. VI, pen., 18.3.2015, n. 16924; Sez. Un., 22.07.2014, n. 16627. Cfr. G. Amoroso, cit.

in ragione della valenza processuale del filtro. Ciò nonostante, non sembra che la Corte Costituzionale abbia chiarito del tutto l'efficacia temporale della nuova legge. In particolare, occorre tener presente che era stata invocata l'applicazione immediata dell'abolizione del filtro in alcuni giudizi pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione introdotti antecedentemente alla legge 18/2015, al fine di evitare una disparità di trattamento tra le domande proposte prima dell'entrata in vigore della novella e quelle proposte successivamente. Muovendo dal presupposto che la nuova legge non contiene alcuna previsione al riguardo, la Corte di Cassazione aveva invece richiamato il principio di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale del c.c. in modo da escludere la sua efficacia retroattiva⁵⁹. Al contempo, la Suprema Corte aveva evidenziato che è facoltà "insindacabile" del Legislatore disciplinare nel modo che ritiene più appropriato la successione di leggi nel tempo, salvo il limite della irragionevolezza manifesta e della lesione dell'affidamento incolpevole del cittadino.

Da un punto di vista teorico, questa statuizione non appare del tutto condivisibile se si considera che l'attività del Legislatore è per definizione vincolata, per volontà dello Stato medesimo, dalla necessità di rispettare gli obblighi dell'Unione in forza degli artt. 11 e 117 Cost.. Da un punto di vista sostanziale, il filtro non può che configurarsi come strumento "a maglie larghe", nell'ottica di consentire una piena applicazione del principio della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione. Alla luce della parte motiva contenuta nella recente sentenza della Corte Costituzionale in argomento, il rispetto del principio di effettività sembra giustificare una limitazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale solo in casi del tutto eccezionali, come ad esempio nelle ipotesi in cui le azioni siano state proposte fuori dei termini e dei presupposti di legge o si presentino "*prima facie*" manifestamente infondate.

Certo è che se si dovesse concretamente accertare la contrarietà del filtro o di altre previsioni della Legge Vassalli ai principi di effettività e di equivalenza, tali condizioni restrittive andrebbero immediatamente disapplicate anche in relazione alle azioni promosse prima dell'entrata in vigore della legge 18/2015. In tal senso, è sufficiente rilevare che la Corte di giustizia ha costantemente affermato che una normativa nazionale contrastante con il diritto dell'Unione non può continuare ad applicarsi per un periodo transitorio⁶⁰, a meno che non sia eccezionalmente consentito dalla stessa Corte dell'Unione per considerazioni imperative di certezza del diritto⁶¹. Insomma, è facile prevedere che la questione della responsabilità civile dei giudici continuerà nei prossimi anni ad animare il dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

6. Il giudicato e la responsabilità risarcitoria dello Stato

L'esigenza di non compromettere l'autorità del giudicato rappresenta una delle

⁵⁹ Corte di Cassazione, Sez. III, civ., 8-7-2015, n. 25216, consultabile sul sito www.federalismi.it. Sul principio generale *tempus regit actum*, v. R. Caponi, «*Tempus regit processum*» ovvero *autonomia e certezza del diritto processuale civile*, in *Giur. it.*, 2007, 689 ss..

⁶⁰ Corte giust., 8-9-2010, causa C-409/06, *Winner Wetten GmbH*, ECLI:EU:C:2010:503.

⁶¹ Corte giust., 28-7-2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, ECLI:EU:C:2016:603.

obiezioni più ricorrenti per contrastare il riconoscimento della responsabilità civile dello Stato-Giudice.

In realtà, questa obiezione è stata giudicata dalla Corte di giustizia priva di fondamento, giacché il riconoscimento della responsabilità dello Stato per le violazioni commesse dagli organi giurisdizionali di ultima istanza non compromette l'intangibilità del giudicato⁶². Infatti, il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione⁶³.

Non è possibile, quindi, mettere sullo stesso piano l'azione di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato membro inadempiente con i diversi strumenti di tutela sostanziale operanti nell'ambito degli ordinamenti nazionali⁶⁴. Vi è l'esigenza di preservare la stabilità delle situazioni giuridiche, di guisa che le decisioni amministrative o le sentenze definitive in contrasto con il diritto dell'Unione possono essere rimesse in discussione sul piano sostanziale solo in casi eccezionali ed in presenza di rigorose condizioni⁶⁵.

In sintonia con questo principio, la Corte di Cassazione ha recentemente posto in risalto che l'applicazione di una norma in maniera contrastante con il diritto dell'Unione, secondo quanto risulta da una pronuncia della Corte di Lussemburgo successivamente intervenuta, rientra in quei casi estremi di superamento, da parte del giudice amministrativo, dei limiti esterni della propria giurisdizione per *errores in iudicando o in procedendo*⁶⁶. Ciò significa che la Corte di Cassazione può imporre, sia pure soltanto in presenza di decisioni "anomale" o "abnormi", la cassazione della sentenza definitiva del giudice amministrativo, sull'assunto che l'organo giurisdizionale di ultima istanza chiamato a pronunciarsi sul difetto di giurisdizione applica nel momento in cui decide la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata. Per inciso, la nozione di decisione anomala o abnorme risulta tutt'altro che definita e solo la prassi potrà chiarire il suo reale significato. È ipotizzabile che siffatto carattere anomalo o abnorme possa essere attribuito alle violazioni di una precedente sentenza della Corte di giustizia, alle violazioni di principi fondamentali del diritto dell'Unione, quali, ad esempio, il principio di non discriminazione, che ormai sono acquisiti nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e non danno adito ad alcun dubbio

⁶² Corte giust., sentenze *Köbler, Traghetti del Mediterraneo e Commissione c. Italia*, cit.

⁶³ Corte giust., sentenza *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e altri*, cit., p.ti 55 e ss. Cfr. P. Mengozzi, *La responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario: dalla sentenza Köbler alla sentenza Ferreira da Silva e Brito*, in *DUE*, 2016, n. 2, 401.

⁶⁴ Cfr. E. D'Alessandro, *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*, in *Foro It.*, 2016, IV, 37.

⁶⁵ Corte giust., 1-6-1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, p.ti 46 e 47; 16-3-2006, causa C- 234/04, *Kapferer*, ECLI:EU:C:2006:178, p.ti 20 e 21; 3-9-2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate/Fallimento Olimpiclub Srl*, ECLI:EU:C:2009:506, p.ti 22 e 23; 6-10-2009, causa C-40/08, *Asturcom*, ECLI:EU:C:2009:615, p.ti da 35 a 37; 10-7-2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*, ECLI:EU:C:2014:2067, p.to 59. In relazione alla sentenza *Pizzarotti*, cfr. G. Marchegiani, *The Pizzarotti Case and the Sale of Public Property in the Light of the EU*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, 111.

⁶⁶ Corte di Cassazione, Sez. Un., 6.2.2015, nn. 2403 e 2242.

interpretativo, ovvero alle violazioni che pregiudicano una competenza esclusiva dell'Unione. In sostanza, questa nozione dovrebbe essere determinata facendo proprie le indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia che consente soltanto eccezionalmente di rimettere in discussione il giudicato⁶⁷. Ad ogni buon conto, la Suprema Corte è stata spinta in questa nuova direzione dalla progressiva affermazione di una nozione dinamica di “limite esterno”, collegata all'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendere nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Sulla scia di questo *revirement* giurisprudenziale, il Consiglio di Stato è arrivato ad affermare la sua competenza, nell'ambito di un giudizio di ottemperanza, a specificare la portata e gli effetti del giudicato, con l'obiettivo di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto dell'Unione⁶⁸. Per garantire la possibilità di ottenere un'effettiva tutela giudiziale, infatti, il giudice amministrativo nazionale di ultima istanza deve adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato contrastante con norme dell'Unione europea.

Ma ciò che più rileva in questa sede è che la Suprema Corte di Cassazione, facendo leva proprio sul principio della responsabilità risarcitoria dello Stato per fatto del giudice, ha rivisto il proprio orientamento restrittivo ed ha riconosciuto che la sentenza definitiva del giudice amministrativo può cedere il passo al diritto dell'Unione⁶⁹. Invero, la cassazione della sentenza impugnata può risultare doverosa, oltre che per delineare gli ambiti giurisdizionali del giudice amministrativo nel senso voluto dalla normativa dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, anche al fine di sottrarre lo Stato dalla responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza.

Al di là dei suddetti casi eccezionali di violazioni abnormi, rimane fermo il principio che è non possibile rimettere generalmente in discussione il giudicato civile ed amministrativo. In tal senso non può essere ignorata l'ordinanza n. 2 del 4 marzo 2015 pronunciata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. in relazione agli artt. 117 co.1, 111 e 24 Cost. nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione della sentenza quello in cui sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della CEDU, conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁰. Tale ordinanza ha posto il problema delle sorti del giudicato nazionale, qualora esso sia in contrasto con una successiva pronuncia giurisdizionale di rango sovraordinato rispetto alla legge interna, e della possibilità che l'interessato chieda la revocazione della sentenza divenuta inoppugnabile⁷¹. Ebbene, se la Corte Costituzionale, nel pronunciarsi sulla questione rimessa dall'Adunanza Plenaria, avesse riconosciuto un ulteriore caso di revocazione del giudicato per uniformare la sentenza del giudice nazionale alla

⁶⁷ V. nota 65.

⁶⁸ Consiglio di Stato, Ad. Pl., 9.6.2016, n. 11.

⁶⁹ Corte di Cassazione, Sez. Un., 2242/2015, cit.

⁷⁰ Cfr. S. Vitale, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte Costituzionale*, in *Il Corriere giuridico*, 11/2015, 1429.

⁷¹ V. anche Consiglio di Stato, Sez. IV, ordinanza 17-11-2016, n. 4765.

successiva pronuncia della Corte EDU, *a fortiori* tale soluzione avrebbe dovuto essere trasposta in relazione ad una sentenza della Corte di giustizia. A differenza delle pronunce della Corte EDU, infatti, le sentenze della Corte di Lussemburgo sono pacificamente considerate fonti sovraordinate anche rispetto alle norme di rango costituzionale e direttamente efficaci nell'ordinamento interno degli Stati membri, in ragione del loro carattere accessivo alla norma dell'Unione con cui si integrano⁷².

Tuttavia, la risposta fornita dalla Corte Costituzionale al Consiglio di Stato, con la sentenza n. 123/2017⁷³, non mette in discussione l'efficacia del giudicato ed esclude che dalla pronuncia della CEDU possa di per sé nascere un diritto ad esperire un rimedio di tipo revocatorio nelle materie diverse da quella penale. La Corte Costituzionale ha quindi preso posizione sulla questione del giudicato nel senso che non vi è un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo amministrativo e civile, poiché tale soluzione “*esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24, fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore*”⁷⁴. Ciò significa che è stata definita la forza di resistenza del giudicato nazionale rispetto allo *ius superveniens*, rappresentato dal successivo accertamento della contrarietà degli effetti prodotti dalla sentenza definitiva nazionale alle norme convenzionali.

A tacer delle suddette violazioni abnormi, la soluzione restrittiva adottata dalla Corte Costituzionale con specifico riferimento alle pronunce della Corte EDU dovrebbe estendersi alle sopravvenute sentenze della Corte di giustizia anche in considerazione del fatto che la certezza del diritto rappresenta un principio non solo comune agli ordinamenti degli Stati membri, ma anche proprio del diritto dell'Unione, non essendo tollerabile che sia continuamente rimessa in discussione la validità dei rapporti giuridici⁷⁵. In effetti, la preoccupazione che si desume dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo non appare tanto quella di rimediare immediatamente ad una decisione illegittima definitiva quanto quella di circoscriverne gli effetti in modo da non perpetuare la violazione del diritto dell'Unione in altri giudizi nazionali o procedimenti amministrativi⁷⁶. Ne discende che la tutela dei diritti dei singoli può essere recessiva rispetto all'esigenza di salvaguardare il giudicato e, più in generale, alla certezza del diritto.

Non sembra necessario arrivare al punto di riconoscere che la riapertura del giudizio costituisca l'unico rimedio per rimuovere le violazioni del diritto dell'Unione, sia perché il soggetto danneggiato può comunque ottenere un risarcimento, sia perché non può essere ignorata la posizione della controparte. L'obiezione principale al superamento del giudicato rimane quella che nessun

⁷² Cfr., ad es., Corte Costituzionale, 11-7-1989, n. 389, *Provincia Bolzano* (in G. U. 26.07.1989, n. 30).

⁷³ Corte Costituzionale, 26-5-2017, n. 123. Cfr. F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *federalismi.it*, 21-6-2017.

⁷⁴ Corte Costituzionale, sentenza 123/2017, cit. supra.

⁷⁵ Corte giust., sentenze *Eco Swiss*, cit., p.ti 46 e 47; *Kapferer*, cit., p.ti 20 e 21; *Fallimento Olimpclub*, cit., p.ti 22 e 23; *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., p.ti da 35 a 37; *Commissione/Slovacchia*, cit., p.ti 59 e 60.

⁷⁶ V. giurisprudenza della Corte di giustizia cit. supra.

sistema giuridico tollera che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito, sicché grava sull'interessato l'onere di agire tempestivamente in giudizio per la tutela dei suoi diritti. Sotto questo profilo, così come in relazione al limite temporale imposto al ricorrente per richiedere il riesame di una decisione amministrativa o giudiziale definitiva, è necessario contemperare la salvaguardia dei diritti dei singoli con il principio della certezza del diritto, con la conseguenza che non sempre si realizzerà lo standard di tutela più elevato del soggetto privato sul piano sostanziale.

7. La violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e la responsabilità risarcitoria dello Stato

Di recente, sono sorti degli interrogativi in merito alla rilevanza da attribuire, sotto il profilo risarcitorio, alla violazione da parte dell'organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE⁷⁷. La preoccupazione di incorrere in azioni risarcitorie ha spinto negli ultimi tempi gli organi giurisdizionali di ultima istanza, specie il Consiglio di Stato⁷⁸, ad incrementare notevolmente le domande pregiudiziali alla Corte di giustizia, sicché occorre fornire taluni chiarimenti in merito alle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio.

Il problema non si pone nelle ipotesi in cui tale obbligo non ricorra perché la questione non può influire sull'esito della causa o è identica ad altra già decisa in via pregiudiziale ovvero la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio⁷⁹. Va tuttavia precisato che il principio dell'equo processo richiede comunque ai giudici interni di motivare l'eventuale rifiuto di adire la Corte di giustizia alla luce dei principi elaborati dalla sentenza *Cilfit* e dalla successiva giurisprudenza⁸⁰. È ben noto, infatti, che diverse pronunce della Corte EDU hanno censurato l'omesso rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 6 CEDU, pur circoscrivendo significativamente la possibilità di sindacare l'inadempimento del giudice nazionale agli obblighi derivanti dall'Unione alle ipotesi in cui il rifiuto sia viziato da arbitrarietà⁸¹.

⁷⁷ Cons. St., ord. 5.3.2012, n. 1244.

⁷⁸ A titolo esemplificativo, solo per menzionarne alcune, v. Consiglio di Stato, ordinanza 21-12-2015, causa C-692/15, *Security Service srl/Ministero dell'Interno e a.*; ordinanza 26-10-2015, causa C-553/15, *Undis Servizi Srl contro Comune di Sulmona*; ordinanza 28-9-2015, causa C-520/15, *Aiudapds/Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e Ministero della Salute*; 11-9-2015, causa C-485/15, *Aeroporto Valerio Catullo di Verona Villafranca SpA/SACBO SpA*, ECLI:EU:C:2015:860; ordinanza 11-9-2015, causa C-483/15, *Autorità Garante della Concorrenza e del mercato /Albini & Pitigliani SpA*; ordinanza 24-8-2015, causa C-450/15, *Autorità Garante della Concorrenza e del mercato / Italsempione - Spedizioni Internazionali SpA*; ordinanza 20-8-2015, causa C-449/15, *Regione autonoma della Sardegna / Comune di Portoscuso*; ordinanza 3-7-2015, causa C-335/15, *Maria Cristina Elisabetta Ornano / Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero*.

⁷⁹ Corte giust., 6-10-1982, causa C-283/81, *CILFIT*, p.to 16.

⁸⁰ A. Di Stasi, *Equo processo ed obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, consultabile sul sito www.federalismi.it.

⁸¹ Corte EDU, sentenze del 21-7-2015, *Schipani c. Italia*, ricorso n. 38369/09; dell'8-4-2014, *Dhahbi c. Italy*, ricorso n. 17120/09; del 20-9-2011, *Ullens De Schooten e Rezabek c. Belgium*, ricorsi nn. 3989/07 e 38353/07. Cfr. L. Donnay, *L'obligation incombant au juge de poser une*

Senonché, la prospettiva aperta dalla Corte EDU e gli ultimi orientamenti della Corte di Cassazione sulla violazione abnorme del diritto dell'Unione potrebbero finire per coinvolgere la nostra Corte Costituzionale, con l'obiettivo di valutare se l'interesse protetto dall'art. 6 CEDU, consistente nell'obbligo di motivare il mancato utilizzo dello strumento pregiudiziale, possa soccombere nel bilanciamento con altri interessi e valori di rango costituzionale. Invero, la giurisprudenza interna è apparsa piuttosto limitativa laddove ha affermato che l'omesso rinvio pregiudiziale, da parte dell'organo giurisdizionale di ultima istanza, costituisce un'insindacabile espressione della *potestas iudicandi* devoluta al giudice nazionale⁸². Se il più recente orientamento consente, sia pure in casi eccezionali, di estendere la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione fino a comprendere l'esercizio di un sindacato sull'osservanza, da parte del giudice amministrativo, della giurisprudenza della Corte di giustizia, tale sindacato potrebbe abbracciare anche il rispetto dell'obbligo di rinvio pregiudiziale⁸³.

Nondimeno, occorre chiarire che nel diritto dell'Unione l'inosservanza dell'obbligo pregiudiziale non è sufficiente di per sé a chiamare in causa la responsabilità risarcitoria dello Stato⁸⁴, in quanto non consente di dimostrare l'esistenza delle tre condizioni sostanziali elaborate dalla Corte di giustizia (norma violata preordinata a conferire diritti ai singoli, violazione sufficientemente caratterizzata e nesso di causalità). Indubbiamente, non sussiste la prima condizione, atteso che l'art. 267 TFUE non attribuisce un vero e proprio diritto al singolo, ma istituisce una cooperazione diretta tra i giudici e la Corte di giustizia, attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa di parte.

In realtà, l'ostacolo maggiore consiste nella difficoltà, se non impossibilità, di provare il nesso eziologico diretto tra l'inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ed il danno subito. Difatti, grava sul singolo l'onere di dimostrare (quanto meno in termini di perdita di *chance*) che l'organo giurisdizionale di ultima istanza avrebbe potuto adottare una decisione a lui favorevole se ci fosse stato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Sembra difficile accertare l'esistenza di questa condizione qualora il giudice nazionale fornisca una soluzione della

question préjudicielle à la Cour de justice, élément vapoureux du procès équitable, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2013, 887.

⁸² Non costituisce un rimedio esperibile l'art. 111 della Costituzione, in quanto la Corte di Cassazione ha sempre escluso la possibilità di invocare un conflitto o diniego di giurisdizione, evidenziando che l'art. 267 del Trattato FUE costituisce una norma internazionale a carattere procedurale (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civile, ordinanza del 2-12-2005, n. 26228; v. anche Corte di Cassazione, Sezioni Unite civile, 29-4-2005, n. 8882) e che la Corte di giustizia non interviene al riguardo come giudice del caso concreto, limitandosi piuttosto ad indicare l'interpretazione delle disposizioni dell'Unione che il giudice nazionale ritiene rilevanti ai fini del decidere (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civile, 5-7-2013, n. 16886). Il ricorso nell'interesse della legge proponibile dal procuratore generale presso la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363 c.p.c. o altri rimedi prospettati in dottrina non sono mai stati presi in seria considerazione.

⁸³ In senso contrario, v. Corte di Cassazione, 2242/2015, cit., la quale ha affermato che “*In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111 Cost., u.c. affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*”.

⁸⁴ Corte giust., *Köbler*, cit., p.ti 53-55 e *Traghetti del Mediterraneo*, cit., p.to 32.

controversia conforme al diritto dell'Unione, pur non avendo sollevato il rinvio pregiudiziale. Invero, il nesso di causalità presuppone che il singolo sia in grado di dimostrare che l'assenza del rinvio gli abbia necessariamente causato un danno, reale e certo, e non ipotetico.

Al riguardo, non persuade la distinzione formulata dall'Avv. Gen. Léger nella causa *Köbler* tra danno morale e danno materiale, secondo cui sarebbe “*relativamente facile da provare*” soltanto la prima tipologia di danno, che si riferisce ad una “*perdita di un'opportunità di vedere accolte le proprie pretese*”⁸⁵. Questa tesi fornisce un'interpretazione eccessivamente estensiva del rimedio risarcitorio e potrebbe determinare un eccessivo aumento delle azioni di danni, in quanto ritiene sufficiente l'omesso rinvio pregiudiziale ai fini della sussistenza del danno morale.

Inoltre, è indicativo che la pronuncia *Köbler*, contrariamente a quanto suggerito dall'Avvocato generale Léger, abbia focalizzato l'attenzione sul merito della violazione di diritto dell'Unione contenuta nella sentenza austriaca, evitando di affrontare direttamente la questione della sussistenza della responsabilità risarcitoria dello Stato nell'ipotesi di mera violazione dell'obbligo di rinvio. Evidentemente, questo approccio prudente nella risoluzione dei quesiti, che si ricava anche dall'affermazione della Corte che “*tale responsabilità può sussistere solo nel caso eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente*”⁸⁶, risponde all'esigenza di evitare che la riluttanza di alcuni organi giurisdizionali interni ad utilizzare il rinvio pregiudiziale possa compromettere il clima di leale collaborazione instauratosi tra giudici nazionali e Corte di giustizia. Si ricava, quindi, dalla giurisprudenza della Corte l'intenzione di evitare un conflitto tra Corti che potrebbe mettere a repentaglio la funzionalità del rinvio pregiudiziale. Se poi i Paesi membri stabiliscono autonomamente di fissare delle condizioni più favorevoli per il risarcimento dei danni o prefigurare una responsabilità aggiuntiva a quella dello Stato, è una questione di diritto interno, senza che sia richiesta dal diritto dell'Unione.

Pertanto, l'inosservanza dell'obbligo di rinvio assume rilevanza ai fini risarcitori soltanto in presenza anche di una violazione, da parte dell'organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza, di un'altra norma, principio, diritto fondamentale o sentenza dell'Unione. Si tratta di una rilevanza comunque limitata, poiché la giurisprudenza della Corte ritiene che l'omesso rinvio pregiudiziale accompagnato da un'altra violazione del diritto dell'Unione sia soltanto uno degli elementi che il giudice interno deve considerare (unitamente ad altri, quali il margine di discrezionalità, la scusabilità dell'errore, la chiarezza della norma violata, l'intenzionalità della violazione, etc.), per accertare la sussistenza della violazione sufficientemente caratterizzata.

La Corte di giustizia non ha accolto la tesi, da noi proposta⁸⁷, secondo cui l'omesso rinvio pregiudiziale dovrebbe consentire al soggetto danneggiato di utilizzare una “corsia privilegiata” per dimostrare la sussistenza della violazione

⁸⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale P. Léger, 8-4-2003, causa C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:207, p.to 150.

⁸⁶ Corte giust., sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., p.to 32.

⁸⁷ Cfr. *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *DUE*, 2015, 589.

sufficientemente caratterizzata, senza soffermarsi sugli altri elementi normalmente presi in considerazione dal giudice interno (margine di discrezionalità, scusabilità, chiarezza, intenzionalità, etc.). In alternativa, si potrebbe sostenere che l'omesso rinvio pregiudiziale assuma carattere non assorbente, ma preminente rispetto agli elementi normalmente presi in considerazione dal giudice nazionale ai fini del risarcimento. Tuttavia, nessuna di queste due opzioni, volte a conferire carattere assorbente o preminente all'omesso rinvio rispetto agli altri elementi di valutazione della violazione sufficientemente caratterizzata, è stata accolta. Non si condivide l'orientamento restrittivo assunto dalla Corte, in quanto l'inosservanza dell'obbligo di rinvio rende manifesta una violazione del diritto dell'Unione. Ciò anche, e soprattutto, perché tale ipotesi patologica può aprire la strada al passaggio in giudicato della sentenza contrastante con il diritto dell'Unione che, verosimilmente, non consentirebbe più o comunque renderebbe estremamente difficile una tutela sostanziale dell'interessato da parte dei giudici nazionali.

Infine, si impone qualche breve considerazione sul rinvio pregiudiziale e sui relativi poteri del giudice nazionale. Da un lato, il giudice nazionale non può essere condizionato dai motivi di ricorso sollevati dalle parti se si considera che esso può disapplicare, anche d'ufficio, eventuali norme processuali nazionali che compromettano la sua competenza esclusiva «*di determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che esso ritiene rilevanti ai fini della soluzione del procedimento principale*»⁸⁸. Dall'altro lato, i giudici nazionali, chiamati a pronunciarsi in merito ad una controversia non toccata dal giudicato né dallo spirare di un ragionevole termine di prescrizione o di decadenza, hanno la facoltà di discostarsi dall'interpretazione di un giudice nazionale di rango superiore e di procedere ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁸⁹. In altre parole, non sussiste un rapporto di tipo gerarchico tra giudici nazionali (ad esempio, tra giudici di merito e di legittimità), con la conseguenza che neppure una sentenza della Corte Costituzionale o la pendenza dinanzi a quest'ultima di una questione di legittimità costituzionale fanno venire meno l'autonomo potere di valutazione del diritto dell'Unione da parte degli altri giudici interni⁹⁰.

Tutto ciò ci porta a concludere che il giudice nazionale rimane il “dominus” del rinvio e la responsabilità patrimoniale dello Stato – e ancor più quella del magistrato – per le sentenze in contrasto con il diritto dell'Unione sussiste solo in casi eccezionali⁹¹. Pertanto, la forte preoccupazione dei giudici nazionali di essere esposti ad un numero elevato di azioni risarcitorie sembra discendere principalmente dalla scarsa comprensione dello strumento pregiudiziale. Vale a dire che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione e l'utilizzo appropriato del rinvio pregiudiziale, soprattutto in relazione alla conformità delle norme procedurali nazionali con i principi di effettività e di equivalenza, sono in grado di

⁸⁸ Corte giust., 18-7-2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi e a.*, ECLI:EU:C:2013:489, p.to 36.

⁸⁹ Corte giust., 16-12-2008, causa C- 210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, p.to 94; 5-10-2010, causa C-173/09, *Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581, p.to 30; del 15-1-2013, causa C-416/10, *Kržižan e a.*, ECLI:EU:C:2013:8, p.to 69.

⁹⁰ Corte giust., *ex multis*, 4-6-2015, causa C- 5/14, *Kernkraftwerke*, ECLI:EU:C:2015:354, p.ti 32 ss., nonché Consiglio di Stato, Sez. IV, ordinanza 1-6-2016, n. 2334.

⁹¹ Corte giust., sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., p.to 32.

esercitare un forte peso deterrente, nel senso di eliminare o comunque ridurre notevolmente le azioni risarcitorie pretestuose ed infondate.

8. Considerazioni conclusive

In conclusione, occorre ribadire che alcuni orientamenti dei giudici nazionali non sembrano del tutto soddisfacenti e lasciano ancora aperte talune questioni. A nostro avviso, una disciplina più chiara e omogenea delle varie azioni di risarcimento dei danni esercitabili dai danneggiati nei confronti dello Stato per le violazioni commesse dal legislatore, dalle amministrazioni e dai giudici, così come una più netta distinzione tra queste azioni principali e quelle promosse nei confronti dei giudici o di altri dipendenti pubblici, avrebbe contribuito ad attenuare significativamente le preoccupazioni da più parti manifestate nonché a realizzare una maggiore certezza del diritto. In particolare, appare ragionevole ritenere che la responsabilità personale dei giudici nazionali sia soggetta a requisiti più severi rispetto a quelli richiesti per il riconoscimento di una responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione della normativa dell'Unione, poiché essa rileva in termini autonomi quale specifica fattispecie di responsabilità professionale ed è condizionata dall'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo o della negligenza inescusabile nei soggetti implicati. Viceversa, la responsabilità risarcitoria dello Stato non è configurata secondo i tradizionali canoni civilistici, ma è riconducibile ad una nozione in senso lato di colpevolezza alla stregua della quale rileva in via preminente l'idoneità della condotta dello Stato nazionale ad arrecare un pregiudizio rilevante ai singoli per effetto della mancata o della non corretta applicazione della normativa dell'Unione.

Indipendentemente dall'organo o dal dipendente pubblico che abbia commesso la violazione del diritto dell'Unione, resta ferma l'importanza fondamentale del rimedio risarcitorio nei confronti dello Stato, le cui principali esperienze applicative in Italia sono state promosse nell'interesse di ampi raggruppamenti sociali, spesso ingiustamente sacrificati a causa della non corretta attuazione della normativa dell'Unione, come nella vicenda *Francovich*⁹², che riguardava lavoratori travolti da crisi aziendali, nei casi *Carbonari*⁹³ e *Gozza*⁹⁴, che avevano ad oggetto la categoria dei medici specializzandi, utilizzati indebitamente al di fuori di qualsiasi remunerazione, e nell'annosa questione del precariato della scuola, che tutt'ora coinvolge i docenti ed il personale amministrativo tecnico e ausiliario⁹⁵. Nella stessa ottica si inquadrano le sentenze di condanna dello Stato italiano a risarcire i danni subiti dalle vittime di reati particolarmente violenti (quali, ad esempio, omicidio, sequestro e violenza sessuale) e dai loro prossimi congiunti, che non hanno potuto beneficiare di un indennizzo a causa

⁹² Corte giust., cit.

⁹³ Corte giust., 19-11-1991, cit.

⁹⁴ Corte giust., 25-2-1999, cit.

⁹⁵ Corte giust., 26-11-2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo ed altri*. V. anche Corte di Cassazione, 27481/2014, cit; Corte Costituzionale, 15.06.2016, n. 187. Peraltro, anche la controversia *Traghetti del Mediterraneo* riguardava un'impresa di trasporti marittimi in liquidazione, a causa della difficoltà di competere con un'impresa beneficiaria di aiuti di Stato.

dell'incompleto recepimento di una direttiva comunitaria da parte del nostro Paese. Il che rileva una peculiare proiezione dell'azione risarcitoria in esame a soddisfare esigenze di ceti e categorie deboli, che frequentemente non dispongono di azioni, tutele e strumenti adeguati all'interno dell'ordinamento nazionale per far valere i loro diritti. Tanto più che in alcuni casi, come quello delle vittime di omicidio, la tutela risarcitoria dei loro congiunti è stata estesa dai giudici nazionali anche a situazioni puramente interne, che formalmente non rientrano nella sfera di applicazione della direttiva, contemplando quest'ultima solo le fattispecie transfrontaliere⁹⁶.

⁹⁶ Tribunale di Roma, 25/26-6-2015.

La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla “parlamentarizzazione” del presidenzialismo?

di Rolando Tarchi

Abstract: *The Mexican form of government: from the “imperial presidentialism” to a parliamentarization of the presidential system?* – The paper examines the evolution of the Mexican presidential system from a diachronic point of view. In the first part, the paper explores the historical evolution of the Mexican presidential system (paragraphs no. 1, 2, 3 and 4). In the second part of the paper, it is analyzed the traditional form of government of the Mexican legal system (paragraphs no. 5,6,7 and 8). Finally, in the third and last part, the paper retraces the current and innovative evolutions of the Mexican system (paragraphs no. 9 and 10).

Keywords: Forms of government; Presidential system; Presidentialism in Latin America; Mexico.

1. Considerazioni introduttive. Distinzione tra governo presidenziale e presidenzialismo

Tra le molteplici definizioni di forma di governo elaborate dalla dottrina italiana¹, riteniamo utile adottare quella che considera rilevanti i rapporti intercorrenti tra gli organi di vertice dello Stato in ordine alla determinazione dell’indirizzo politico generale, consistente nell’individuazione e dei fini da perseguire mediante l’attività di governo in senso lato e che si traduce nelle decisioni assunte dal potere legislativo e da quello esecutivo, sulla base del mandato ricevuto dal popolo nel momento elettorale. Una definizione comprensiva, che guarda sia alla struttura organica della forma di governo che alle dinamiche che essa in concreto assume, in conseguenza dell’assetto e dell’evoluzione dei sistemi politici. Dovendo, in questa sede, trattare un’esperienza straniera, sarà necessario ampliare l’indagine, seppur in sintesi, ai profili organizzativi del sistema costituzionale messicano.

Come noto, sulla base della Costituzione del 1917, che è ormai una delle più longeve tra quelle esistenti, il Messico ha una forma di governo di tipo presidenziale²; l’assetto dei poteri mutua, infatti, lo schema tipico di questo modello, che di solito viene elaborato guardando all’esperienza costituzionale degli U.S.A.: il

¹ V., per tutti, A. Di Giovine, *Le forme di governo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma, 2014, II, 835; M. Volpi, *Libertà e autorità*, 6° ed., Torino, 2016, 95; Id., *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 133; M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2009; F. Cuocolo, *Le forme di stato e di governo*, Torino, 1989, 40.

² Per la descrizione del sistema è fondamentale J. Carpizo: J.Carpizo, *Sistema Presidencial Mexicano: dos siglos de evolución*, Adrus, Perù, 2011.

Presidente della Repubblica è eletto a suffragio universale e gode, quindi, di una legittimazione popolare diretta; ad esso sono attribuite sia la funzione di Capo di Stato che di Capo di governo: il potere esecutivo, configurato dalla Costituzione (art. 80) in forma monocratica, è interamente concentrato sulla sua persona.

In secondo luogo, al Parlamento (bicamerale), eletto anch'esso a suffragio universale e diretto, è attribuita l'esclusività del potere legislativo, con limitatissime eccezioni.

In terzo luogo, i rapporti tra Esecutivo e Parlamento sono organizzati sulla base del principio della separazione dei poteri applicato in modo rigido, sia nel momento genetico dell'elezione degli organi costituzionali, sia in corso d'opera; non sono infatti previste forme di responsabilità politica di tipo fiduciario dell'esecutivo nei confronti delle Camere, né il potere, in capo al Presidente, di scioglimento anticipato delle Assemblee parlamentari, il cui mandato ha, quindi, una durata fissa, così come quello del vertice dell'esecutivo³.

Degli altri profili di disciplina del sistema ci occuperemo più avanti, per cogliere le ulteriori analogie, oltre alle differenze, col modello generale di riferimento. Preliminarmente dobbiamo rilevare come l'esperienza messicana, sia nel corso del XIX che del XX secolo abbia manifestato una tendenza assolutamente netta e prevalente, oltre che storicamente consolidata a funzionare secondo lo schema del presidenzialismo, secondo quanto è avvenuto (anche se con modalità diverse) in larghissima parte del continente latino-americano.

In effetti, in questa area il sistema di governo presidenziale ha rappresentato, con rarissime eccezioni, una costante generalizzata delle esperienze costituzionali formatesi a seguito dei processi di decolonizzazione e proseguita nel XX secolo fino ai giorni nostri, tanto da rappresentare un tratto fondamentale del diritto costituzionale comune latino-americano. Peraltro, la trasposizione in forme plebiscitarie del modello, operata a partire dalle discipline costituzionali adottate prima ancora che dagli sviluppi attuati in via di prassi, deriverebbe dall'influenza determinante esercitata dalla Costituzione francese del 1848, per il modo in cui venne di fatto applicata, almeno dopo il 1851, da Luigi Napoleone Bonaparte. Il presidenzialismo plebiscitario di matrice bonapartista si rivelò ben presto funzionale alle aspirazioni autoritarie ed alle caratteristiche proprie dei contesti sociali e politici dell'America latina⁴.

La dottrina ha da tempo rilevato come il regime presidenzialista costituisca una forma degenerativa del modello teorico del sistema presidenziale classico per come si è consolidato negli USA; nella versione presidenzialista si afferma in via di fatto e quasi sempre al di là delle stesse previsioni costituzionali, una netta prevalenza del vertice monocratico del potere esecutivo provvisto di una legittimazione popolare diretta (spesso, come in Messico, a maggioranza relativa dei suffragi), al pari delle Assemblee parlamentari, rispetto alla quale non funziona il meccanismo dei pesi e contrappesi comunque previsto dalla Costituzione, per la

³ Per la definizione del modello presidenziale si rinvia a F. Cuocolo, *op. cit.*, 49; C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, 1973, 301.

⁴ Riprendiamo la suggestione di D. Valadés, *El gobierno de gabinete y el neopresidencialismo latinoamericano*, www.arcaderc.org.ar/doctrina/articulos/artgobiernogabineta, 5; Id., *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 130, 2011, 287.

debolezza del sistema dei partiti e del parlamento e, talora (ma non è stato il caso del Messico), per il rilevante ruolo politico dell'esercito⁵. Per ragioni pre-giuridiche, dipendenti dai contesti sociali, economici e politici, il principio della divisione dei poteri, formalmente declinato in maniera rigida, viene di fatto abbandonato, con una concentrazione pressoché assoluta del potere nelle mani del Presidente, che, oltre ad esaurire nella sua persona il potere esecutivo, ed assume su di sé il monopolio della funzione di indirizzo politico generale, in situazioni di debolezza delle assemblee rappresentative. Questi assetti di governo sono tendenzialmente instabili ma possono acquisire stabilità sfociando, secondo le varie formule che sono state utilizzate, in sistemi a preponderanza presidenziale in forme di cesarismo rappresentativo, di presidenzialismo autoritario⁶.

Per queste ragioni si è portati a considerare negativamente il rendimento della forma di governo presidenziale nei paesi in via di sviluppo (anche dell'America latina), nei quali è stato e talora continua ad essere estremamente difficoltoso l'effettivo radicamento del principio democratico, preconditione per un regolare funzionamento delle istituzioni secondo i parametri costituzionali⁷.

Credo che la contrapposizione tra forma di governo presidenziale e degenerazione presidenzialista sia una chiave di lettura utile anche per comprendere le evoluzioni del costituzionalismo messicano, come confermano le analisi degli stessi giuristi messicani⁸.

Per quanto sia un tema che non può essere approfondito in questa sede, merita di ricordare come l'esperienza storica della forma di governo presidenziale si sia dimostrata più complessa ed articolata rispetto alla tradizionale contrapposizione tra la forma classica o pura della stessa (assumendo come prototipo quella degli Stati Uniti) ed il presidenzialismo, quale forma degenerativa, di tipo più o meno autocratico, rispetto al modello originario. Al riguardo sono state, da vari autori latino-americani, proposte tassonomie elaborate, che evidenziano la realizzazione di una molteplicità di esperienze, per la definizione delle quali si è tenuto conto di variabili e prospettive diverse, riferite sia alla disciplina giuridico-costituzionale, che agli sviluppi dei diversi sistemi politici, che, dell'interazione tra piano normativo ed effettività politico-costituzionale. La proposta più articolata distingue ben cinque tipi di sistema presidenziale con

⁵ M. Volpi, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, cit., 155.

⁶ Si tratta di formule ricorrenti in letteratura; cfr. M. Volpi, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, cit., 156; H. N. Nogueira, *I regimi presidenziali dell'America latina*, in *Quad. cost.*, 1988, 491; G. Guidi, *I sistemi a preponderanza presidenziale*, Rimini, 2000.

⁷ Cfr. J.J. Linz, A. Valenzuela (cur.), *Il fallimento del presidenzialismo*, trad. it., Bologna 1995; in questo volume, tra gli altri, A. Lijphart, *Presidenzialismo e democrazia maggioritaria: osservazioni teoriche*, 179, osserva che carattere della forma di governo, nella quale un presidente forte porta ad un sistema troppo maggioritario ed un presidente debole produce conflitti, frustrazioni e situazioni di stallo; mentre A. Stepan, C. Skach, *Presidenzialismo e parlamentarismo in una prospettiva comparata*, 224, rilevano che si afferma una democrazia di delega, nella quale il presidente plebiscitato dal popolo del libro di gestire il potere senza freni. Di personalizzazione eccessiva del potere intorno ad unico leader parla G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata*, 6^o ed., Bologna, 2013, 148.

V., ampiamente, L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003.

⁸ Cfr. J. M. Serna de la Garza, *The constitution of Mexico: a contextual analysis*, Oxford-Portland, 2013, 77, che parla di presidenzialismo per i periodi 1877-1911 e 1929-2000.

riferimento alla prospettiva giuridica (presidenzialismo, rispettivamente: puro, predominante, temperato, con “*matices*” parlamentari, parlamentarizzato) ed altri tre nella prospettiva dell’effettività costituzionale (egemonico, equilibrato, debole), con possibilità di combinazione tra i due piani⁹.

2. La forma di governo presidenziale in Messico: i precedenti storici

L’opzione per la forma di governo presidenziale, con la torsione presidenzialista, ha rappresentato il filo rosso che ha attraversato la tradizione costituzionale messicana dopo l’indipendenza, diventando uno dei cardini della costituzione materiale di questo Paese senza soluzione di continuità. Il modello, adottato inizialmente dalla Costituzione del 1824, fu replicato da quella successiva del 1857, per essere poi confermata definitivamente con la Costituzione del 1917 di cui celebriamo il centenario. Se si esclude la breve parentesi dell’impero di Massimiliano I tra il 1864 e il 1867 (peraltro non sorretto da sicura effettività)¹⁰, l’intera parabola del costituzionalismo messicano, pur nel succedersi di regimi con caratteristiche diverse, si è quindi sviluppata riconoscendo al Presidente della Repubblica un ruolo chiave nell’articolazione del sistema dei poteri pubblici.

Non è questa la sede per ripercorrere l’intera storia del costituzionalismo del Messico e della sua forma di governo e limiteremo, pertanto, la nostra analisi al regime attuale, dalle sue origini alle evoluzioni più recenti, con limitate considerazioni sui precedenti storici¹¹.

Per quanto non sia del tutto metodologicamente corretto mettere a confronto forme di governo operanti nel contesto di forme di stato non coincidenti (fino al 1917 quella messicana può essere definita come una forma di stato repubblicana e rappresentativa, ma non democratica¹²), come già ricordato, la scelta originaria per l’adozione del governo presidenziale risale alla Costituzione dell’indipendenza degli Stati Uniti messicani approvata il 4 ottobre 1824 e risulta direttamente ispirata, così come l’adozione del modello federale e il bicameralismo, ai precedenti della

⁹ Si tratta della tassonomia elaborata da J. Carpizo, *Propuesta de una tipología del Presidenzialismo latinoamericano*, www.archivos.Juridicas.Unam.Mex, il quale riprende e sviluppa un intenso dibattito avviato dalle riflessioni di K. Loewenstein, “*La ‘Presidencia’ fuera de los Estados Unidos*”, in *Boletín Inst. Derecho Comparado de México*, México, UNAM, año II, núm. 5, 1949, 22 ss.. Il costituzionalista messicano intende riprendere la tradizione della teorica sulle forme di governo che si è occupata dei sistemi parlamentari e precisa, opportunamente, che la modellistica elaborata va riferita esclusivamente alle esperienze di governo a carattere democratico, non configurando le autocratie forme di governo presidenziali in senso proprio.

¹⁰ Regime fondato sullo *Statuto provvisorio dell’Impero messicano*, composto da 81 articoli e ispirato alla forma di governo del Secondo impero francese e più ancora a quella dell’Austria prima delle riforme del 1867. Si trattava di una «monarchia moderata, ereditaria, con un principe cattolico» (art. 1), in cui all’imperatore spettava la sovranità e l’esercizio di essa in tutti i suoi rami in attesa che fosse stabilita l’«organizzazione definitiva dell’impero» (art. 4); cfr. J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 9.

¹¹ Sui quali si rinvia a J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 3 ss.; M. Olivetti, *Messico*, Bologna, 2013, 19 ss.

¹² Così M. Olivetti, *op. cit.*, 54. L’esigenza di comparare le forme di governo solo se appartenenti alla medesima forma di stato era già affermata da L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970. Per la verità stavolta si tratta di una comparazione diacronica che sfocia nella storia costituzionale.

Costituzione degli Stati Uniti del 1787¹³ ed alla stessa Costituzione di Cadice del 1812, la cui efficacia era stata estesa anche al territorio messicano tra il 1812 e il 1814 e, successivamente, dal 1820 ed il 1823 (oltre alla già ricordata influenza della Costituzione francese del 1848)¹⁴. In questo, viene seguita la dottrina hamiltoniana della necessità di configurare un forte (ovvero energico, stando alla lettera del *Federalist*) potere esecutivo, il quale oltre proteggere la comunità da attacchi esterni, deve essere messo nella condizione di esercitare un'efficace azione di governo, in modo da impedire l'altrimenti inevitabile assorbimento di tutto il potere da parte del legislatore¹⁵. Del resto, questa visione non è sul punto molto distante dal pensiero e dalla prassi di Simon Bolivar, che eserciterà una grande influenza su tutto il costituzionalismo latino-americano del XIX secolo, per il quale l'equilibrio istituzionale doveva essere sbilanciato a favore dell'esecutivo, per evitare forme assembleari di gestione del potere¹⁶.

Gli effetti sono tuttavia molto diversi da quelli che si realizzano negli Stati Uniti; la situazione è quella di una diffusa instabilità, al limite dell'anarchia, dovuta all'eredità storica che ha lasciato profonde fratture in una società totalmente disomogenea, mantenendo ampi poteri di natura feudale ai signori locali (*cacicazgos*), in perenne conflitto tra loro. In un quadro siffatto, alimentato anche dall'elemento federale, l'unico momento di sintesi può essere espresso dalla figura del Presidente della Repubblica, che, peraltro, dispone della forza militare. Inevitabilmente è il Presidente, la cui modalità di elezione è ancora indiretta¹⁷, diventa la figura dominante nel sistema istituzionale, anche per l'interpretazione del ruolo da parte del generale Antonio López de Santa Anna, rieletto, tra il 1833 e il 1855, per ben sette volte e titolare della carica per oltre venti anni¹⁸.

Trascurando i testi costituzionali del periodo intermedio anche per la brevità

¹³ Vero e proprio prototipo del modello di governo presidenziale, che ha beneficiato di una diffusa circolazione, in particolar modo nel contesto latino americano del XIX secolo a seguito della decolonizzazione. Sulla circolazione dei modelli G. Guidi, cit., 15 ss. Cfr. il Report della *Freedom House* sul Messico, consultabile al sito: freedomhouse.org/report/freedom-world/2016/mexico

¹⁴ Periodo nel quale maturerà il definitivo distacco della colonia dalla dominazione spagnola. Altre suggestioni vengono individuate nelle figure dei re aztechi (*tlatoani*) e dei viceré del periodo coloniale, che disponevano di poteri di governo assimilabili a quelli dei moderni presidenti; cfr. J. Carpizo, M. Carbonell, *Diritto costituzionale messicano*, Torino, 2010, 133, anche per altri riferimenti dottrinali.

¹⁵ Nel n. 70 del *Federalist*, Hamilton scrive che l'energia del potere esecutivo si regge su quattro elementi necessari "unity; duration; an adequate provision for its support; [and] competent powers".

¹⁶ G. Guidi, cit., 43; G. Lombardi, *El pensamiento constitucional de Bolívar entre el constitucionalismo de la restauración y el constitucionalismo del progreso*, in *Simposio Italo-Colombiano. Pensamiento constitucional de Simón Bolívar*, Bogotá, 1983.

¹⁷ Il presidente della Repubblica era eletto dai Parlamenti delle entità federative (artt. 79-94) ed era affiancato da un vicepresidente (art. 75): il candidato che otteneva la maggioranza assoluta dei voti risultava eletto presidente, mentre il candidato che conseguiva il secondo miglior risultato era eletto vicepresidente. Se nessun candidato conseguiva la maggioranza assoluta dei voti, l'elezione del presidente e del vicepresidente spettava alla Camera dei deputati, che era tenuta a scegliere fra i due candidati con il maggior numero di voti. L'elezione come vicepresidente del candidato alla presidenza che aveva ottenuto il maggior numero di voti dopo il candidato eletto presidente faceva sì che il principale rivale del capo dello Stato nell'elezione ne divenisse il vice: e ciò contribuì a generare conflitti fra presidente e vicepresidente.

¹⁸ Per riferimenti a questa fase storica v. anche D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, op. cit., 285 ss.

della loro vigenza¹⁹, cui fece seguito nel 1848 la restaurazione in vigore della Costituzione del 1824 riformata in alcune parti, anche la nuova Costituzione, promulgata l'11 marzo 1857, confermò l'opzione per la forma di governo presidenziale, pur con mutamenti rilevanti (oltre al monocameralismo, l'abolizione del potere di veto sulle leggi e il divieto di rielezione; fattori che, almeno sulla carta, facevano apparire più debole la figura presidenziale). Il nuovo assetto di governo, che sarà più volte modificato in punti rilevanti (quali l'eliminazione del divieto di rielezione e l'allungamento della durata del mandato presidenziale), non impedirà, comunque, al generale Porfirio Diaz, eletto per la prima volta nel 1876, di conservare ininterrottamente la carica (salvo che per il quadriennio 1881-1884) per oltre trent'anni, originando quello che è stato definito il “*porfiriato*”, un regime autoritario con parvenza esteriore democratico-rappresentativa, che comprimeva fortemente, ma non cancellava (se non forse nell'ultima fase) le libertà, tutelate col *recurso de amparo*²⁰. Un presidenzialismo carismatico che avrà un esito finale drammatico, sfociando nel 1910 nella fase rivoluzionaria, i cui esiti saranno determinanti per la successiva evoluzione delle istituzioni politiche messicane.

3. La decisione costituente

La scelta costituente che sarà consumata dal Congresso di Querataro del 1916-1917²¹, si iscrive nel solco della tradizione precedente, che viene replicata con un deciso rafforzamento delle prerogative presidenziali, che mantengono, come vedremo, tratti peculiari rispetto al prototipo statunitense. La decisione in punto di forma di governo fu una delle questioni più discusse da parte dell'Assemblea; nel dibattito non mancarono opinioni critiche nei riguardi del modello di presidenzialismo che si stava costruendo e che si annunciava troppo accentuato, con l'attribuzione al Capo dello Stato di poteri paragonati addirittura a quelli di un re o di un dittatore²².

Questa decisione fu il frutto di una serie di ragioni concomitanti, tanto di matrice culturale che politica, che rispondevano anche ad esigenze di reazione riguardo al vecchio ordine Costituzionale. La cultura giuridico-politica dell'epoca aveva giustificato l'evoluzione del sistema precedente verso forme autoritarie e dittatoriali di esercizio del potere, secondo quanto era avvenuto nei decenni del “*porfiriato*”; secondo questa interpretazione, l'esecutivo, in modo necessitato e naturale, era riuscito ad impedire l'affermarsi di un “dispotismo anarchico del Congresso, cui la Costituzione del 1857 aveva concesso poteri in misura eccessiva²³.”

¹⁹ In un primo tempo le sette leggi costituzionali del 1836, volte a centralizzare il potere con la soppressione del sistema federale e che, pur confermando il principio della divisione dei poteri, introducevano una complessa serie di intrecci tra gli organi costituzionali; a queste fecero poi seguito le *Basi organiche della Repubblica messicana*, promulgate dal generale Santa Anna il 12 giugno 1843, con le quali risultò rafforzata la figura del Presidente della Repubblica, cui venne riconosciuto il potere di veto oltre alla possibilità di utilizzare poteri straordinari.

²⁰ M. Olivetti, *op. cit.*, 40.

²¹ Cfr. J. Carpizo, M. Carbonell, *cit.*, 20.

²² V. i riferimenti al dibattito riportati in J. Capizo, *cit.*, 137-138.

²³ E. Rabasa, *La Constitución y la dictadura. La organización política de Mexico*, Città del Messico, 1912, ripreso da J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 136 e da J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 79.

L'esercizio in forme dittatoriali del potere di governo, da attribuirsi ad un "magistrato civile, semplice distributore di giustizia", era considerata ancora un'esigenza non rinunciabile, in presenza di una società eccessivamente pluralista e, per questo, non in grado di esprimere una rappresentanza politica adeguata ed efficiente. La costituzione ed i modelli dovevano essere adattati alla realtà messicana, che richiedeva la costruzione di un potere esecutivo forte ed attivo.

L'idea, che presenta qualche analogia con la visione schmittiana che pochi anni dopo si affermerà in Europa²⁴, è quella di un esecutivo monocratico forte, quale unico soggetto idoneo a garantire l'unità dell'indirizzo politico e, con ciò, dello stesso stato.

Tra le ragioni politiche va ricordata la posizione espressa "dall'uomo forte" del momento, il Presidente Venustiano Carranza, il quale, aprendo i lavori del Congresso costituente, sostenne l'esigenza di preferire il presidenzialismo al parlamentarismo, secondo modalità che dovevano limitare il potere del Congresso, così da impedire che "potesse disturbare o rendere imbarazzante e difficile l'avanzata del potere esecutivo"²⁵. La seconda ragione politica, che ha una valenza oggettiva, assecondava l'esigenza, di matrice tipicamente giacobina, di mettere il Presidente, dotato di poteri molto estesi nella condizione migliore per attuare in tempi più rapidi ed in maniera più efficace gli ideali rivoluzionari ed il programma di riforme sociali promesse al popolo, delle quali diventava il garante. Si tratta di una delle più importanti peculiarità del Messico contemporaneo; si è scritta una costituzione ideologica, che ha trasformato in programmi politici da realizzare, per costruire un nuovo ordine sociale, le idee della rivoluzione²⁶ e il richiamo costante, generalizzato ed ideologicamente inclusivo della rivoluzione diviene una fonte di legittimazione a priori della classe di governo, che delega i poteri ad un uomo solo.

Questa miscela innaturale di idee fortemente conservatrici e di utopie rivoluzionarie produsse, consapevolmente, quello che è stato definito con grande efficacia, quel "presidenzialismo duro e puro"²⁷, con un'ipertrofia del ruolo dell'esecutivo che caratterizzerà l'intero secolo XX²⁸.

4. Periodizzazione e sviluppi della forma di governo nel XX secolo e il "presidenzialismo imperiale"

Una ricostruzione diacronica dell'esperienza costituzionale messicana avviata nel 1917, ci porta ad individuare tre distinti periodi; il primo, definibile come quello della costruzione del sistema, occupa gli anni tra il 1917 ed il 1935. Il secondo, ben più lungo occupa la restante parte del secolo scorso ed è qualificabile come

²⁴ Almeno per la parte in cui si individua la necessità di costruire un potere monocratico forte al vertice dello Stato in rappresentanza dell'intera nazione, proprio per impedire la disgregazione che deriva dal pluralismo politico conseguente alla nascita (in Europa) di partiti con ideologie diverse e contrapposte; certo il presidente schmittiano, configurandosi come un potere neutro, non ha poteri di governo come quello messicano. Cfr. C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, tr. it., Milano, 1981.

²⁵ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 135.

²⁶ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 12.

²⁷ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 139.

²⁸ Cfr., D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, *op. cit.*, 289 ss.

presidenzialismo egemonico, in conseguenza dei caratteri assunti dal sistema politico, imperniato sull'esistenza di un partito (Partito Rivoluzionario Nazionale – PRN - prima e poi Partito Rivoluzionario Istituzionale - PRI²⁹) in una posizione di egemonia che rendeva di fatto impossibile la costruzione di un vero pluralismo politico³⁰. La terza fase, più recente, prende l'avvio nel 1997-2000, in coincidenza con i diversi passaggi che porteranno all'alternanza politica al vertice dell'Esecutivo, sintomo di un'articolazione ormai pluralista del sistema, ed arriva ai giorni nostri.

Nella prima fase, in cui si gettano le fondamenta del passaggio successivo, si consumano, dopo l'iniziale scelta costituente, una serie di decisioni istituzionali e politiche volte a conferire al sistema di governo un assetto stabile e definitivo.

Sono gli stessi generali vittoriosi a gestire questo processo, introducendo progressivamente regole che favorivano una maggiore partecipazione politica, riducendo i conflitti. Così, si procede all'introduzione della regola fondamentale in base alla quale la durata della carica presidenziale, elevata da 4 a 6 anni nel 1928, non è in alcun modo estensibile³¹, con un divieto assoluto di rielezione o anche di semplice *prorogatio*. Il Presidente ha, di fatto, pieni poteri per un periodo piuttosto lungo ma limitato nel tempo; una decisione che tende a rimuovere la possibilità di derive personalistiche e favorisce, invece, l'emersione di un'élite in grado di gestire, quanto meno dal punto di vista cronologico, il potere in forme anche collegiali: il Presidente è scelto da un sistema oligarchico, del quale poi assume la guida³².

Con la creazione del PNR³³ questo assetto si consolida definitivamente; non si tratta di un partito tradizionale, fondato su una determinata ideologia, destinato a concorrere in libere elezioni, bensì di un'aggregazione composita ed altamente inclusiva di una molteplicità di soggetti e articolazioni sociali (anche di quelle dei lavoratori e dei contadini fino ad allora rimaste ai margini), espressione delle fazioni rivoluzionarie, che trovano in questo modo la possibilità, mediante forme di concertazione continua, di condividere in modo pacifico la gestione del potere. Alla concertazione si uniscono regole fondate sulla cooptazione: è il Presidente in carica a scegliere il candidato per le successive elezioni presidenziali: chi esce di scena ha la prerogativa di individuare il successore, nel segno di una marcata continuità. Il connubio tra il partito ed il Presidente diventa, quindi, oltre che un forte elemento

²⁹ Sulle origine di questo soggetto, M. Olivetti, *op. cit.*, 43.

³⁰ Va ricordato che questa situazione di egemonia non è mai sfociata in un regime a partito unico, per l'esistenza di altri partiti in grado di presentare candidati alle elezioni presidenziali (unica eccezione nel 1976, quando era in lizza solo quello del PRI), anche se non di competere per la vittoria. Va ricordato che i partiti politici sono stati disciplinati fin dalla legge elettorale del 1911, che ne prevedeva la personalità giuridica e l'obbligo di registrazione per concorrere alle competizioni elettorali. Con la revisione del 1977 sono stati costituzionalizzati (art. 41 CM).

³¹ J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 87.

³² Come osserva ancora J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 139, con l'affermazione delle idee di L. Cardenas, che prevalsero su quelle di P.E. Callas, si registra il passaggio da un "presidenzialismo personalista" ad un "presidenzialismo istituzionalizzato", nel quale esercizio del potere non dipende più da una sola persona, ma da un complesso quadro istituzionale costruito intorno al presidente e al partito ufficiale. Sul controllo oligarchico del Paese ed i caratteri dell'azione politica di quel periodo, J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 81-82.

³³ Partito che subirà nel corso del tempo un'evoluzione organizzativa importante, modificando la propria denominazione nel 1938 in PRM (Partito della rivoluzione messicana) e dal 1946 in PRI, che resta quella adottata finora; J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 118.

di coesione politica, l'architrave del sistema istituzionale; quest'ultimo non è in grado di attuare le aspirazioni alla democrazia³⁴, come vorrebbe la Costituzione formale, ma acquista una forte stabilità, comunque basata su un consenso diffuso³⁵ e si dimostra capace di favorire lo sviluppo culturale, economico e sociale del Paese³⁶.

Anche i caratteri della costituzione economica, che prevedono un sistema misto, un forte interventismo pubblico ed una gestione diretta da parte dello Stato dei più importanti mezzi di produzione (terra e risorse minerarie) contribuiscono a rafforzare in maniera decisiva il ruolo del potere esecutivo³⁷ e favoriscono la torsione presidenzialista. Il principio costituzionale della separazione dei poteri (con quello federale) diventa dormiente con un controllo del Congresso, dell'apparato giudiziario e dei governatori degli Stati da parte del Presidente, che si trova all'apice del sistema politico e di una complessa struttura istituzionale³⁸.

Varie definizioni sono state utilizzate in proposito; si è parlato di presidenzialismo tradizionale³⁹, di sistema a preponderanza presidenziale⁴⁰, di presidenzialismo autoritario⁴¹ di dittatura perfetta, di iper-presidenzialismo⁴², a noi piace quella di presidenzialismo imperiale⁴³. La via messicana al presidenzialismo ha reso questo Paese un caso atipico rispetto alle altre esperienze del continente latino-americano, non essendosi registrati tentativi di golpe o forme di caudillismo, come altrove è invece avvenuto. La stabilità senza democrazia che viene assicurata, neutralizza l'esercito⁴⁴ (la cui rappresentanza viene esclusa dal PRM già dal 1940)

³⁴ J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 22, rileva che negoziazioni e controllo sociale hanno avuto un impatto negativo su democrazia e governo costituzionale.

³⁵ Secondo quanto riferito da J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 119, ancora nel 1997, quando si avvia la fase del declino, il PRI contava ancora 13.500.000 iscritti nelle sue file.

³⁶ Cambiamenti epocali derivano dai fenomeni dell'incremento demografico, dell'urbanizzazione e della lotta all'analfabetismo, che, tra il 1917 ed il 1990 scende dal 65% al 12% della popolazione; cfr. J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 83.

³⁷ Il regime di economia mista viene avviato già sotto la presidenza Cardenas che, tra il 1936 ed il 1938 realizza la riforma agraria, la nazionalizzazione delle ferrovie e delle risorse petrolifere e si consolida fino agli anni '80, quando entra in crisi con il crollo dell'economia. Consistenti apparati amministrativi (c.d. parastatali) vengono istituiti per la gestione dell'economia, ovviamente sotto il controllo del Presidente.

³⁸ Cfr. J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 82.

³⁹ Espressione usata da D. Valadés, *El gobierno de gabinete*, México, 2005, per descrivere la modalità storica di funzionamento dei presidenzialismi latino-americani e distinta dal presidenzialismo *transicional* e da quello democratico, che contraddistinguono le evoluzioni successive e le aspirazioni future di questa forma di governo.

⁴⁰ G. Guidi, *op. cit.*, *passim*.

⁴¹ S. Loaeza, *Dos hipótesis sobre el presidencialismo autoritario*, in *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 58, n. 218, 2013, 53.

⁴² M. Olivetti, *op. cit.*, 54.

⁴³ Stavolta costante e non limitato a singole figure di Presidente, come nella ricostruzione di Jr. A. Schlesinger, *The Imperial Presidency*, Boston, 1973, cui si deve questa fortunata definizione.

⁴⁴ L'art. 89 nn. IV-VI CM configurano il Presidente della Repubblica quale organo di vertice delle forze armate (il n. VIII conferisce al Presidente anche il potere di dichiarare guerra, previa legge del Congresso) ed partire dagli anni '30 del XX secolo l'esercito è rimasto subordinato alle autorità civili, senza atti di ribellione. Inoltre, dopo il 1946 nessun Presidente proveniva dalla carriera militare. Va ricordato che l'art. 82.V CM, per evitare che le forze armate possano entrare direttamente nella competizione elettorale, impone che, qualora un militare intenda candidarsi, deve abbandonare il servizio almeno sei mesi prima della data delle elezioni.

ed impedisce l'involuzione verso regimi dittatoriali di tipo militare o fondati sul carisma di leader politici sostenuti dalle masse senza altra forma di mediazione⁴⁵.

Questa stabilità, che si prolunga nell'arco di ben 70 anni e che è testimoniata principalmente dall'elezione di ben 15 Presidenti della Repubblica espressione del medesimo partito, che nello stesso periodo conquista anche il controllo totale e ininterrotto delle due Camere, entra in crisi con le elezioni parlamentari del 1997, che registrano la perdita da parte del PRI della maggioranza assoluta alla Camera dei deputati.

Un risultato reso possibile da una serie concomitante di ragioni; tra queste, i mutamenti profondi della società, più complessa ed eterogenea, attraversata, almeno a partire dal 1968 da inquietudini e conflitti inediti derivanti dalla maggiore grado di istruzione e dalla consapevolezza culturale delle nuove generazioni; il susseguirsi, dopo il 1970, di cicli economici sfavorevoli, con una riduzione della crescita e l'insorgere di vere e proprie crisi, che evidenziano l'anacronismo del sistema di economia mista e portano all'approvazione di riforme radicali che adottano le ricette della privatizzazione e del liberismo⁴⁶. Con l'arretramento dello stato sociale si sono accentuate povertà e diseguaglianza e si è sviluppata una nuova piramide tra le diverse classi che ha mutato anche orientamenti politici consolidati.

Sul piano giuridico-politico la chiave della transizione democratica è costituita dalle consistenti modifiche apportate alle regole per l'elezione dei membri delle due Camere⁴⁷; dopo il primo timido tentativo operato nel 1963 per la Camera dei deputati, è con la riforma politica del 1977 che vengono introdotti nel sistema consistenti elementi di proporzionalismo, al fine di favorire, garantendo una maggiore rappresentanza dei partiti di minore consistenza fino ad allora penalizzati dall'impianto maggioritario del sistema, la formazione di un sistema effettivamente pluralista, quale condizione indispensabile per consentire la possibilità di un'evoluzione in senso democratico⁴⁸. Con passaggi progressivi fino alle regole attuali (le riforme si completeranno nel 1996), le Camere diventano effettivamente rappresentative dell'intero corpo sociale, "il mosaico ideologico della Repubblica"⁴⁹. Non cambiano solo le formule elettorali, si toccano anche i procedimenti mediante la creazione di organismi indipendenti preposti ad assicurare lo svolgimento di competizioni libere, trasparenti ed effettive e rispettose dei limiti imposti (ad esempio in materia di finanziamento dei partiti e dei candidati)⁵⁰.

⁴⁵ Sul ruolo del PRI, G. Guidi, *op. cit.*, 172.

⁴⁶ Tra le riforme più significative si ricordano la riforma agraria del 1992 che privatizza la terra e la creazione nel 1993 di una Banca centrale autonoma dal potere esecutivo, che esercita il controllo sulla moneta e diventa un soggetto fondamentale per determinare la politica economica del Paese. In questi anni il Presidente cessa di essere la più importante autorità economica del Paese, con un notevole ridimensionamento delle amministrazioni para-statali. Cfr. J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 145 ss.; J. M. Garza de la Serna, *op. cit.*, 84 ss.

⁴⁷ J. M. Garza de la Serna, *op. cit.*, 42.

⁴⁸ D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, cit., 296.

⁴⁹ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 63.

⁵⁰ Si tratta dell'*Instituto nacional electoral* (INE – art. 41 CM) e del *Tribunal electoral* (art. 99 CM), su cui, ampiamente, J. M. Garza de la Serna, *op. cit.*, 21 ss., che richiama le tensioni che si sono prodotte tra questi organismi ed i partiti e che hanno richiesto l'adozione di misure volte a tutelare la loro indipendenza. Ad ogni modo l'INE ha certificato la regolarità delle elezioni del 2012 e del 2015 (fonte freedomhouse.org/report/freedom-world/2016/mexico).

Quello consumato nel 1997 non resta un segnale episodico e trova una replica immediata; nelle elezioni seguenti del 2000, si registra la sconfitta del candidato Presidente del PRI, con la vittoria di Vicente Fox Quesada, *leader* di uno dei partiti storici del Paese (Partito di azione nazionale – PAN, fondato nel 1939 da gruppi di ispirazione cattolica e conservatrice e fino a quel momento rimasto ai margini del sistema con un ruolo di mera testimonianza)⁵¹.

Questo risultato segna quella che è stata definita la svolta democratica: l'alternanza che si realizza al vertice delle istituzioni messicane testimonia il raggiungimento di un pluralismo politico effettivo, che consente elezioni, sia presidenziali che parlamentari, ormai competitive, secondo quanto confermato anche dagli sviluppi successivi, che registrano un'ulteriore vittoria del candidato nazionalista (Felipe Calderón) nelle elezioni del 2006, cui fa seguito una contro-alternanza, con la vittoria nel 2012 di Enrique Peña Neto, espresso dal PRI.

D'altra parte, anche il venir meno di un partito maggioritario nelle due Camere, dopo il 1997, conferma l'avvenuto mutamento del quadro politico-istituzionale, che diventa decisamente più complesso rispetto al passato.

Come è stato efficacemente scritto, si tratta di una svolta che determina la "liberazione" e la piena autonomia della Costituzione, non più sottomessa ad una sola visione politica, con un recupero della sua forza normativa, che consente di spiegare in modo più efficace i propri effetti giuridici e di accogliere aspettative e visioni nuove⁵². Un cambio di regime, confermato anche dalla ripresa della dialettica federale per l'elezione di governatori appartenenti a partiti diversi, che, diversamente da altre esperienze latino-americane, è dipeso dalle mutate condizioni sociali, economiche e politiche, senza passare attraverso radicali mutamenti costituzionali. In altri termini, si è passati da una situazione di democrazia latente o potenziale, con un congelamento dei principi fondamentali enunciati negli articoli 3.4.II e 39 CM, ad una democrazia politica reale ed effettiva.

⁵¹ Una svolta che solo in parte può essere ascritta a quella che è stata definita la "terza ondata" della conquista della democrazia (secondo la nota definizione di S. P. Huntington, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, ed. it., Bologna, 1995), riferita a quelle esperienze nelle quali l'affermazione (anche se non sempre il definitivo consolidamento) della democrazia costituzionale si è realizzata nell'ultimo quarto del XX secolo. In Messico, infatti, questo processo non è dipeso da grandi riforme costituzionali, ma per l'evoluzione del sistema politico, solo in parte indotte dalla parziale modifica delle regole per elettorali per le Camere.

Come segnala D. Valadés, *El gobierno de gabinete y el neopresidencialismo latinoamericano*, www.arcadec.org.ar/doctrina/articulos/artgobiernogabineta, l'onda lunga degli eventi storici che interessarono l'Europa nel 1989, produssero effetti anche in America latina; in vari Paesi si arrivò all'approvazione di nuovi testi costituzionali, mentre in altri casi si registrarono mutamenti profondi dei sistemi politici. Mutamenti che hanno consentito un diffuso superamento del militarismo endemico o della presenza di partiti in posizione egemonica e, di conseguenza, il rinnovamento dei sistemi presidenziali per la costruzione di democrazie costituzionali. L'Autore prosegue osservando che "Esta renovación consiste, esencialmente, en atenuar la concentración extrema de facultades que ha identificado tradicionalmente al sistema presidencial".

Nel caso del Messico si sono sperimentati cambi graduali, che hanno riguardato soprattutto la tutela dei diritti ed il sistema elettorale, mentre sul piano costituzionale le riforme hanno interessato solo il potere giudiziario, non anche il potere esecutivo e quello legislativo.

⁵² J. Carpio, M. Carbonell, cit., 13.

È nostra opinione, tuttavia, diversamente da quanto ritenuto da illustri studiosi⁵³, che, in questa fase sembra essersi realizzata almeno una forma di democrazia minima⁵⁴ o elettorale, mentre sembra ancora distante il conseguimento di un modello effettivamente poliarchico⁵⁵. Si è avviata una transizione⁵⁶ che per perfezionarsi in modo più compiuto richiede la soluzione di talune precondizioni, quali una minore disegualianza sociale, una riduzione della povertà e minori controlli sulla fonti d'informazione.

5. I principi fondamentali rilevanti per la forma di governo: principio democratico, divisione dei poteri, rappresentanza

Come anticipato in precedenza, la storia delle istituzioni di governo del Messico nell'ultimo secolo è stata caratterizzata dallo scarto evidente che si è prodotto tra le previsioni formali della Costituzione, ispirate ai principi della democrazia costituzionale e la costituzione materiale da intendersi nel suo significato originario⁵⁷, che non è stata capace di sviluppare forme di effettivo pluralismo politico, per la presenza di un partito egemonico depositario degli ideali rivoluzionari e funzionale agli interessi più profondi del Paese e della società civile nelle sue diverse articolazioni.

Nonostante ciò, è tuttavia necessario procedere ad una sintetica descrizione dell'assetto costituzionale vigente, che, rispetto all'impianto originario, nonostante le numerose revisioni costituzionali approvate⁵⁸, al punto da poter definire quella

⁵³ A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, tr. it., Bologna, 2014, esclude il Messico dalle 36 democrazie prese in considerazione sulla base dei criteri utilizzati dalla *Freedom House*, che distingue tra sistemi liberi, parzialmente liberi e non liberi, dove nazione libera corrisponde a regime democratico. Il motivo dell'esclusione è di carattere temporale, prendendosi in considerazione soltanto i regimi stabili, con forme di democrazia persistenti per un periodo di almeno 20 anni. Un termine che, per il Messico, non si è ancora consumato ma si sta avvicinando (ad oggi di anni ne sono trascorsi 17).

⁵⁴ Quella che N. Bobbio, voce *Democrazia*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. F. Pasquino (cur.), *Dizionario di politica*, Torino, 1990, 294, definisce democrazia formale, fondata sugli universal procedurali consistenti nel riconoscimento del suffragio universale, nell'applicazione del principio di maggioranze e, infine, nella possibilità di scelta per gli elettori di alternative politiche reali. È proprio quest'ultima condizione ad essersi avverata nella fase più recente della storia messicana.

⁵⁵ Si tratta della contrapposizione tra il modello delineato da J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, tr. it., Milano, 1964, della democrazia come mercato politico (per la quale si ritengono sufficienti i requisiti della competizione elettorale, delle libertà politiche espresse nel momento elettorale e delle libertà civili essenziali) e quello di R. A. Dahl, *Poliarchia: partecipazione e opposizione*, tr. it., Milano, 1980, per la cui sussistenza si richiamano requisiti ulteriori a garanzia dell'inclusione, della competizione e della liberalizzazione che richiamano anche l'importanza dell'effettività.

⁵⁶ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 223.

⁵⁷ Come originariamente definita da C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, quale «ideologia sostenuta dalle forze politiche dominanti» e composta dall'elemento dello scopo che fa «apprezzare in modo unitario i vari interessi che si raccolgono intorno allo Stato», e dal partito politico quale strumento per realizzarlo.

⁵⁸ Se ne stimano circa 500 (per la maggior parte relative alle norme organizzative), rese possibili dalla disponibilità della maggioranza qualificata dei 2/3 dei presenti prevista dal procedimento di revisione da parte del PRI per 7 decenni. Il processo non si è arrestato neppure dopo il 2000, sulla base di accordi stipulati da gruppi parlamentari diversi. Questo progressivo e costante adeguamento delle regole del gioco, con tecniche di redazione analitiche e frequenti rinvii a fonti subordinate di attuazione, testimonia l'esigenza di offrire un

messicana una costituzione iper-dinamica⁵⁹, non ha subito modifiche tali da sovvertire o alterare in misura rilevante le decisioni prese in sede costituente con riguardo alla forma di governo, almeno fino alle decisioni adottate nel biennio 2014-2016, come vedremo più avanti (par. 10).

Procedendo dai principi più generali che concorrono a definire la struttura politica del sistema⁶⁰, va ricordato come l'art. 3.4.II della Costituzione messicana – da ora CM – (peraltro dedicato alla disciplina del diritto all'istruzione) nel definire quello messicano come uno stato democratico (oltre che nazionale e rispettoso del pluralismo sociale), richiami un concetto di democrazia integrale, intesa non solo come struttura giuridica e regime politico, ma anche come un sistema di vita basato sul costante miglioramento economico, sociale e culturale del popolo. Una norma programmatica, che cerca di dare corpo alle promesse della rivoluzione, rivolta essenzialmente alle autorità politiche cui era addossato il compito di darne attuazione.

Peculiare anche la definizione del principio di sovranità nazionale; l'art. 39 CM (norma di esordio nel capitolo primo, titolo secondo che reca come rubrica “Della sovranità nazionale e della forma di governo”), dopo averne attribuito la titolarità in via originaria al popolo, riprende una formula complessa, la cui paternità viene attribuita ad Abraham Lincoln, per il quale tutto il pubblico potere ha origine dal popolo e deve essere esercitato a beneficio di esso. Un'idea di democrazia piena, di natura sostanziale⁶¹, quale governo non solo del popolo, ma per il popolo, del quale si devono assecondare gli interessi e le preferenze.

Ancora l'art. 39 aggiunge, poi, che il popolo mantiene in ogni tempo un diritto inalienabile di alterare o modificare la forma di governo⁶²; una previsione di grande rilievo, che ci pare non ponga limiti al potere di revisione costituzionale per eventuali future modifiche dell'intero sistema istituzionale, consentendo quindi la sostituzione del modello presidenziale con forme di governo alternative; una possibilità che risulta confermata dall'assenza di limiti espliciti al potere di revisione costituzionale⁶³ e non impedita dal principio dell'inviolabilità della

fondamento ed una garanzia normativa ai rapporti tra le istituzioni ed i soggetti politici e, allo stesso tempo, la sfiducia nei confronti delle regole convenzionali, per ragioni che, in questa sede non possiamo approfondire. Non sempre questo scopo è stato raggiunto; J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 14, evidenzia come, paradossalmente, queste revisioni non abbiano operato come limiti effettivi alla politica, che, invece, ha beneficiato di questo sovraccarico, contribuendo ad accentuare il distacco tra norme giuridiche e realtà.

⁵⁹ Secondo la formula che P. Passaglia, *La costituzione dinamica*, Torino, 2008, ha utilizzato per descrivere l'esperienza della Francia.

⁶⁰ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 43 ss.

⁶¹ È la definizione utilizzata da N. Bobbio, voce *Democrazia*, cit., 296; per una rilettura dei concetti di democrazia formale e sostanziale nel quadro dello stato costituzionale cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, 23; ID., *Funzioni di governo e funzioni di garanzia. L'esperienza europea e quella latino-americana a confronto*, relazione tenuta al XVIII Congresso da Associação Nacional do Ministério Público (Conamp) - Florianopolis, 26/11/2009, confinideldiritto.istitutosvizzero.it.

⁶² Questa previsione, certamente ispirata all'idea liberale secondo cui ogni generazione ha il diritto di ripensare il proprio sistema di governo (v. M. Olivetti, *op. cit.*, 101), va interpretata in modo sistematico; il popolo può decidere solo mediante gli strumenti di democrazia rappresentativa, come enunciato nell'art. 41 ed utilizzando la procedura di revisione costituzionale prevista dall'art. 135 CM.

⁶³ Non previsti dall'art. 135 CM o da altre previsioni; J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 36.

Costituzione, sancito dall'art. 136 CM, che, in quanto norma di chiusura, persegue la finalità di difendere l'intero regime costituzionale da svolte eversive e regressive di tipo dittatoriale.

La disposizione successiva (art. 40) completa la definizione dei caratteri dello Stato, qualificato come una repubblica rappresentativa, democratica, laica e federale. La forma della democrazia è di tipo esclusivamente rappresentativo, non essendo contemplati istituti di democrazia diretta il popolo esercita la propria sovranità per mezzo dei poteri dell'Unione o attraverso gli Stati e della Città del Messico, nel rispetto delle competenze attribuite dalla costituzione federale (art. 41.1 CM). Grande attenzione viene poi dedicata ai principi in materia elettorale ed ai partiti politici che vi partecipano, secondo quanto stabilito in maniera molto analitica dai successivi commi dello stesso art. 41; al riguardo ci limitiamo a ricordare la regola che impone l'elettività sia del potere legislativo che di quello esecutivo, sulla base di consultazioni libere, autentiche e periodiche⁶⁴.

Un altro principio di carattere generale, oltre a quello democratico, che, secondo modalità inconsuete⁶⁵, trova esplicito riconoscimento nella CM è il principio della divisione dei poteri (rubrica del Titolo III, Capitolo I). A ben vedere, l'art. 49 declina il principio stesso secondo una formula peculiare ed in parte ambigua, che ne evidenzia la natura una e trina. Il potere supremo della Federazione, infatti, viene considerato in modo unitario, mentre ad essere diviso risulta solo il suo esercizio, ripartito tra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario⁶⁶. Tuttavia, almeno sulla carta, il principio viene declinato in maniera piuttosto rigida, sia dal punto di vista organico che da quello funzionale, con limitate possibilità di sovrapposizione o interferenza, secondo lo schema classico dei sistemi presidenziali.

Tra i corollari più importanti del principio troviamo quello dell'incompatibilità tra la carica di membro del Congresso e quella di segretario di stato; si tratta di incompatibilità in qualche modo attenuata: se il Presidente decide di conferire l'incarico ad un parlamentare, quest'ultimo deve essere autorizzato dalla Camera di appartenenza e l'incompatibilità vale solo per il periodo di detenzione della carica stessa.

Oltre all'espresso divieto della possibilità di riunire due o più di questi poteri in un medesimo organo, si aggiunge che il potere legislativo non potrà essere attribuito "*en un individuo*", ad eccezione della sola ipotesi contemplata dall'art. 29 Cost., che attribuisce poteri straordinari al Presidente dell'Unione, in casi di gravi crisi e che di fatto sono stati utilizzati solo una volta, nel 1942, in occasione della seconda guerra mondiale⁶⁷. Inoltre, viene imposto anche il divieto (di cui è

⁶⁴ Rispetto alle altre costituzioni, quella messicana dedica grande attenzione alla disciplina di questi soggetti, con previsioni che sono state oggetto di modifiche recenti. Del tema si occupa un'altra relazione presentata a questo convegno.

⁶⁵ Non è frequente che il principio in questione, comunque utilizzato per definire i rapporti tra soggetti costituzionali, sia richiamato espressamente, come dimostra lo stesso esempio della Costituzione degli U.S.A. Tra i precedenti illustri ricordiamo l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789.

⁶⁶ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 56, interpreta il principio come divieto di confusione tra poteri, che permette forme di collaborazione tra poteri.

⁶⁷ Questa previsione, che consente anche la sospensione di taluni diritti fondamentali, è stata da ultimo modificata nel 2011 per limitare e sottoporre ad un maggiore controllo questa

destinatario il Congresso) di attribuire poteri legislativi straordinari, con la sola eccezione delle facoltà attribuite al Presidente dall'art. 131.2 CM, che consente all'esecutivo di disciplinare mediante atti con forza di legge la materia del commercio estero⁶⁸.

5.1 Il principio bicamerale

Altro principio fondamentale su cui si fonda l'assetto dei poteri è quello del bicameralismo: l'art. 50 CM stabilisce che la titolarità del potere legislativo è attribuita al Congresso, diviso nella Camera dei deputati, formata dai rappresentanti della Nazione (art. 51 CM) e nel Senato, del quale non è espressamente definita la forma della rappresentanza. Tuttavia, lo schema teorico seguito è quello che caratterizza la maggior parte degli stati federali, nei quali la seconda Camera riflette gli interessi degli stati membri, con modalità di investitura dei senatori che riflettono l'articolazione territoriale. Nel caso messicano questo collegamento non è più esclusivo, in quanto l'art. 56 CM (che ha subito varie revisioni nel corso del tempo, l'ultima nel 1996 – in origine era prevista l'elezione di due senatori per ciascun Stato e per il Distretto federale) combina forme di rappresentanza territoriale e di rappresentanza politica, con l'evidente finalità di favorire una composizione politica pluralista anche di questa Assemblea. Per ciascuna delle entità federate vengono eletti 3 senatori (accogliendo il principio della pari rappresentanza), dei quali i primi 2 sono assegnati alla lista che ha conseguito il maggior numero di voti, mentre il terzo seggio è attribuito di diritto al capolista della "prima minoranza". A questi 96 componenti, se ne aggiungono altri 32 (per un totale di 128) eletti con metodo proporzionale, in un sistema di liste votate in un unico collegio nazionale; anche questi ultimi vengono assegnati tenendo conto dell'articolazione territoriale, così da consentire che ciascuno degli stati sia rappresentato da quattro senatori. Si tratta, quindi, di un sistema misto a prevalenza maggioritaria, che ha prodotto una minore frammentazione politica rispetto a quanto accaduto per la Camera bassa⁶⁹.

Senza poter affrontare il problema in modo approfondito, va rilevato che il ruolo storicamente svolto dal Senato non è stato tanto quello di una camera federale, chiamata in primo luogo a rappresentare gli interessi dei territori, ma di una camera espressione di una rappresentanza politica *tout court*, per le sue modalità

prerogativa presidenziale, che, peraltro, deve essere preventivamente autorizzata dal Congresso; cfr. J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 48.

⁶⁸ In base a questa previsione (su cui J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 60), il potere esecutivo potrà essere autorizzato dal Congresso ad aumentare, diminuire o sopprimere le quote delle tariffe di esportazione o di importazione come stabilite dal Congresso o imporne di ulteriori. Inoltre, i casi di urgenza, viene consentito di restringere o proibire le importazioni, le esportazioni e il transito di prodotti o di altri beni, al fine di regolare il commercio esterno, l'economia del paese, la stabilità della produzione nazionale, o di realizzare qualsiasi altra finalità a beneficio del paese.

In questi casi l'esecutivo deve sottomettere all'approvazione del Congresso le misure adottate contestualmente alla presentazione del progetto annuale di bilancio (disposizione aggiunta nel 1951).

⁶⁹ Un sistema misto che combina 3 principi: maggioranza relativa, prima minoranza e proporzionale: J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 180.

di elezione, per le competenze che esercita, per il costume parlamentare che si è affermato nella prassi⁷⁰.

Anche il sistema di elezione della Camera dei deputati, ha un carattere misto, per quanto a prevalenza maggioritaria (la disciplina attuale è il frutto di svariate revisioni degli artt. 52-54 CM, ultima delle quali nel 2016⁷¹); i primi 300 deputati vengono scelti con il classico sistema *plurality*, in collegi uninominali con votazione a turno unico. Gli altri 200, invece, con sistema proporzionale che tuttavia contempla delle condizioni minime per concorrere all'attribuzione dei seggi⁷², sulla base di liste plurinominali all'interno di 5 collegi regionali nei quali è suddiviso il territorio messicano. Dobbiamo aggiungere che, per effetto delle revisioni costituzionali operate nel 1993 e nel 1996 dell'art. 56 n. IV, oggi non è più consentito ad un solo partito politico di contare su più di 300 deputati complessivi, né di superare per più di otto punti percentuali il numero dei voti ottenuto a livello nazionale, a meno che questa soglia non venga superata dagli eletti nei soli collegi uninominali. L'introduzione di questo complesso sistema era finalizzata ad impedire il perpetuarsi della sovra-rappresentazione del partito più grande⁷³; si tratta di limiti non consueti, che hanno ottenuto l'effetto di promuovere un più accentuato pluralismo politico-parlamentare, oltre a sottrarre ad un unico partito la possibilità di approvare (almeno alla Camera) riforme costituzionali, per le quali è necessario raggiungere la soglia di 330 voti (2/3 dei presenti)⁷⁴.

Oltre alle diverse modalità di elezione e del numero dei membri, le due Camere si distinguono anche per la durata: 3 anni per la Camera, 6 per il Senato, che, quindi, gode di maggiore stabilità. Come già ricordato, la durata del mandato è fissa, non essendo prevista alcuna forma di scioglimento anticipato di questi organi; tale regola è rafforzata dalla previsione, ulteriore corollario del modello presidenziale, secondo cui oltre ai deputati ed ai senatori titolari, si procede all'elezione di un numero corrispondente di supplenti (art. 51.1 e 57 CM), i quali subentrano ai primi in caso di perdita della carica, qualunque ne sia la ragione. In questo modo le elezioni di tutti gli organi costituzionali possono tenersi a scadenza fissa ed in maniera integrale, senza possibilità di rinnovi parziali.

Tenendo anche conto di quanto appena rilevato, il bicameralismo messicano può considerarsi differenziato sotto il profilo strutturale e della formazione e paritario dal punto di vista funzionale⁷⁵. Le due Camere condividono integralmente l'esercizio della funzione legislativa⁷⁶, con l'eccezione importante costituita dall'approvazione del bilancio federale, rimessa in via esclusiva alla Camera dei deputati (art. 74.IV CM), che decide con atto monocamerale privo di natura

⁷⁰ Cfr. quanto rilevato, ancor prima delle più recenti riforme, da J. M. Serna de la Garza, *The Mexican Senado*, in J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi (cur.), *A World of Second Chambers*, Milano, 2006, 293 ss.

⁷¹ In particolare, l'art. 52 ha subito ben 8 revisioni, a partire dal 1928; il nucleo portante della disciplina attuale è la conseguenza delle revisioni del 1977, 1990, 1994 e 1996.

⁷² Si rinvia alla lettura dell'art. 54 nn. I, II e III CM.

⁷³ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 67 ss.

⁷⁴ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 171.

⁷⁵ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 170, parla di bicameralismo simmetrico, quasi perfetto, per l'equilibrio che si realizza tra le due Camere.

⁷⁶ Il procedimento legislativo e le competenze del Congresso federale sono disciplinate dagli artt. 70-74 CM, alla cui lettura si rinvia.

legislativa⁷⁷. Si tratta di una modalità procedimentale assai inconsueta, giustificabile storicamente. Al momento della reintroduzione del Senato con la revisione costituzionale del 1874 dopo la breve parentesi di monocameralismo avviata nel 1857, si raggiunse il compromesso di lasciare alla sola Camera bassa le decisioni in materia di bilancio. Una decisione poi confermata nel 1917. La natura monocamerale del procedimento, unita alla brevità dell'arco temporale consentito alla Camera per decidere (la proposta deve essere presentata non oltre l'8 settembre ed approvata entro il 15 novembre), ha come effetto principale quello di indebolire i poteri di controllo parlamentari in materia di finanza e rafforzare il ruolo del Presidente, che dispone del monopolio delle informazioni sulla finanza pubblica e dell'iniziativa riguardo al *budget* federale⁷⁸.

Soltanto nel 1999 è stata istituita l'*Auditoria superior de la Federación*, che opera come organo indipendente della Camera dei deputati, con il compito di coadiuvare quest'ultima sul controllo e la gestione dei fondi e delle risorse finanziarie federali, con l'evidente finalità di migliorare il controllo della spesa pubblica da parte del Congresso, che, storicamente ha sempre funzionato piuttosto male⁷⁹.

Nel complesso, secondo quanto si evince dalla lettura degli art. 74 e 76 CM, dedicati, rispettivamente, alle attribuzioni esclusive della Camera e del Senato, il complesso delle prerogative spettanti ai due rami del Parlamento appare sostanzialmente in equilibrio, almeno fino alle revisioni costituzionali del 1997 e del 2014, che alternativamente, hanno rafforzato il ruolo politico dell'una o dell'altra⁸⁰.

⁷⁷ Spetta alla sola Camera anche l'approvazione del bilancio consuntivo, da deliberare entro il 10 giugno.

⁷⁸ Il sistema è descritto criticamente da J. M. Garza de la Serna, *op. cit.*, 93 ss., che evidenzia anche le lacune presenti nella disciplina costituzionale che, tra l'altro, non prevede le conseguenze della mancata approvazione del bilancio nei termini indicati.

⁷⁹ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 179; per la disciplina di quest'organo v. art. 79 CM. Ancora J. Carpizo, *México: ¿sistema presidencial o parlamentario?*, in *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2004, 1, 36, auspicava la creazione di un efficiente organo di controllo dipendente dal Congresso, competente su tutte le questioni relative al "*poder de la bolsa*".

⁸⁰ La riforma del 1997 ha previsto il consenso della Camera sulla nomina presidenziale del Segretario de Hacienda; quella del 2014, non ancora attuata, il consenso del solo Senato sulla nomina dei segretari di Stato in caso di governo di coalizione. V. *infra* par. 10.

Le competenze esclusive della Camera sono concentrate nella materia economico-finanziario; oltre al potere di approvazione dei bilanci l'art. 74 CM (alla cui lettura si rinvia per un elenco completo) precede l'esame prioritario dei disegni di legge di spesa e tributari, l'approvazione del piano nazionale di sviluppo, il coordinamento e la valutazione dell'attività dell'*Auditoria superior* federale; a parte altre competenze minori, opera poi come organo che può avviare il procedimento del *juicio político*.

Le attribuzioni esclusive del Senato (art. 76 CM) sono concentrate in primo luogo in materia di politica estera, anche in qualità di rappresentante degli Stati membri, come argomentato dalla Corte suprema in un sentenza del 2009; queste facoltà sono state incrementate con le riforme costituzionali del 2007: alla valutazione dell'azione del potere esecutivo obbligato a presentare rapporti annuali ed approvazione dei trattati si è aggiunta la competenza a porre termine, sospendere, modificare, emendare, ritirare riserve e formulare dichiarazioni interpretative. Inoltre il Senato interviene in materia di difesa e di ordine pubblico (autorizzare l'invio di truppe fuori dal paese o l'ingresso di eserciti stranieri nel territorio nazionale, acconsentire all'uso della guardia nazionale da parte del presidente della Repubblica, approvare la strategia nazionale di sicurezza pubblica) e di relazioni federali (elegge i commissari di governo degli Stati in caso di vacanza degli organi e risolve i conflitti di competenza tra i poteri dei soggetti federati, autorizza le convenzioni stabilite tra le entità federali). Non mancano poteri di nomina (dei componenti della Corte suprema scegliendo tra la terna di nomi proposta del presidente

Dal punto di vista delle dinamiche effettive, va ricordato che per tutto il periodo del partito egemonico, l'assetto bicamerale ha subito la disciplina di partito e l'obbligo di lealtà dei parlamentari nei confronti del leader-Presidente; ciò che ha certamente indebolito le istanze di garanzia che sono sottese a questo principio. Nell'attuale sistema multipartitico ed in assenza di un Presidente che dispone della maggioranza in entrambi i consessi parlamentari, si è sviluppata una dinamica nuova, che necessita di negoziati e compromessi tra le due Camere e tra queste ed il Presidente. Ciò ha reso necessaria una modifica delle regole di organizzazione interna volte a favorire la possibilità di collaborazione⁸¹.

Non mancano, tuttavia, delle peculiarità rispetto ad altre esperienze di bicameralismo, che meritano di essere immediatamente ricordate. In continuità con la tradizione ottocentesca del parlamentarismo, oggi superata dalla maggior parte dei testi costituzionali della seconda metà del '900, la CM prevede che le Camere si riuniscano in sessioni predeterminate, peraltro di non lunga durata⁸². Questa disciplina, che contribuisce ad indebolire l'istituzione parlamentare nel suo complesso, priva di continuità l'azione parlamentare ed impedisce che la funzione legislativa sia esercitata in permanenza, con difficoltà che emergono soprattutto quando si tratta di approvare provvedimenti complessi ed importanti. Non a caso è stato autorevolmente proposto da tempo di allungare i tempi delle sessioni parlamentari anche al fine di rafforzare il ruolo delle Camere⁸³. Per ovviare a questo inconveniente e garantire in qualche modo l'esercizio di alcune funzioni, si è previsto (art. 78 CM) che nei periodi nei quali le Camere non sono riunite, operi una *Comisión Permanente*, eletta alla fine di ciascuna sessione, formata da 37 membri, dei quali 19 deputati e 18 senatori, scelti dalle rispettive Camere di appartenenza. Per quanto alla Commissione non sia attribuito l'esercizio del potere legislativo (può soltanto ricevere i progetti dell'esecutivo ed assegnarli alle commissioni competenti in modo da consentire la loro discussione plenaria al momento di apertura delle sessioni), il complesso delle funzioni assegnato all'organo, distinte in sostitutive e vicarianti⁸⁴, è piuttosto consistente, in particolare per quanto riguarda la gestione dei rapporti con il Presidente e l'esercizio delle attività di controllo nei suoi confronti, quali ad esempio la ratifica di alcune nomine da questi disposte⁸⁵. Un osservatore esterno non può che rilevare l'atipicità di quest'organo che, oltre a determinare una modalità di funzionamento di tipo monocamerale, non consueta in altri modelli contemporanei di parlamento,

della Repubblica, della lista dei candidati a *Fiscal general* della Repubblica, dell'autorità federale indipendente preposta a garantire il principio di trasparenza ed il diritto di accesso alle informazioni pubbliche previsto dall'art. 6 CM). Con decorrenza dal 2018, per i governi di coalizione è stato previsto anche il consenso alle nomine dei segretari di Stato.

Opera, infine, come organo giudicante nei casi di *juicio político* ex art. 110 CM.

⁸¹ J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 50.

⁸² Come statuito dagli art. 65 e 66 CM, le sessioni ordinarie, la cui durata può essere solo abbreviata, sono convocate di solito dal 1 settembre a non oltre il 15 dicembre e dal 1 febbraio a non oltre il 30 aprile, con possibilità di proroga limitate a casi eccezionali (insediamento del nuovo Presidente).

⁸³ D. Valadés, *El control del poder*, México, 1998, 418.

⁸⁴ Così, M. Olivetti, *op. cit.*, 72; per la composizione ed il dettaglio delle competenze anche esclusive, J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 184 ss.

⁸⁵ Per l'elenco delle competenze si rinvia alla lettura dell'art. 78 CM.

per la sua composizione ristretta accentua il ruolo delle *élites* parlamentari e delle dirigenze di partito, in grado di orientare, anche attraverso l'attività di questo organo, la funzione legislativa nel suo complesso⁸⁶.

Non c'è molto altro da aggiungere riguardo alle istituzioni parlamentari, regolate in modo del tutto simile a quelle delle altre esperienze di democrazia occidentale. Quanto alle fonti di disciplina, la CM, oltre a dettare numerose e dettagliate disposizioni di principio⁸⁷, istituisce (art. 70.2 e 3) una riserva di legge speciale, per la quale, a garanzia dell'indipendenza delle Camere è espressamente esclusa la promulgazione da parte dell'esecutivo e l'esercizio del veto presidenziale⁸⁸. Tali fonti principali sono poi integrate dai regolamenti interni di ciascuna Camera, cui la CM stessa fa espresso rinvio in plurime previsioni⁸⁹.

Tali fonti, come già ricordato, sono state oggetto di ampia revisione in anni recenti, per adeguare le procedure parlamentari alla stagione del pluripartitismo.

Altri due profili meritano un richiamo; il primo riguarda le garanzie poste a tutela dei deputati e dei senatori, i quali insieme ai giudici federali ed altri funzionari del potere esecutivo o titolari di importanti cariche pubbliche, sono soggetti a *juicio político*, come espressamente stabilito dall'art. 110 CM, secondo modalità che ricalcano il procedimento di *impeachment* e, secondo alcuni, lo stesso *juicio de residencia* dell'epoca coloniale⁹⁰; la messa in stato di accusa spetta alla Camera, la decisione (a maggioranza dei 2/3 dei presenti) al Senato e la sanzione applicata è quella della destituzione dalla carica. Il procedimento differisce, quindi, da quello previsto nella Costituzione degli U.S.A., che non si applica ai parlamentari, oltre ad essere diverso da quello, previsto da alcune costituzioni europee, dell'autorizzazione a procedere, utilizzato per consentire alle corti ordinarie di giudicare i membri delle Camere in sede penale e talora civile.

Altra regola eccentrica e presente solo nella CM, era quella del divieto di immediata rielezione dei deputati e dei senatori, ai quali era preclusa, al termine del mandato qualunque possibilità di candidarsi per la legislatura successiva, neanche in qualità di supplenti. L'origine della regola ha una ragione storica e bilancia quella del divieto di rielezione (assoluta) del Presidente, anche se in termini relativi e temporaneamente circoscritti; tuttavia, la *ratio* sottostante, volta rendere più difficile il consolidarsi di posizioni personali di potere e la formazione di una classe politica di professione, era stata sostanzialmente elusa nella prassi dalla rotazione di

⁸⁶ Sull'importanza del ruolo politico dell'organo, J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 58.

⁸⁷ Le previsioni costituzionali (art. 51-55 per la Camera e 56-59 per il Senato), con uno stile piuttosto dettagliato, fissano i requisiti di eleggibilità, i principi sull'organizzazione interna e sulle modalità di funzionamento degli organi interni, definiscono lo status e le prerogative dei parlamentari, regolano le modalità di convocazione e di riunione ed individuano funzioni e competenze.

⁸⁸ Si tratta della *Ley orgánica del Congreso general de los Estados Unidos Mexicanos*, pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* il 3 settembre 1999, oggetto di successive modifiche. Con questa fonte, sono disciplinate la struttura, il funzionamento interno, le funzioni del Congresso generale e delle due Camere, anche in modo da determinare le forme e i procedimenti per la formazione di gruppi parlamentari, per garantire la libera espressione delle ideologie politiche presenti nella camera dei deputati.

⁸⁹ Si tratta del *Reglamento de la Cámara de diputados (Nuevo Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2010)* e del *Reglamento del Senado de la República (Nuevo Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de junio de 2010)*.

⁹⁰ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 98.

molti uomini politici tra cariche parlamentari e di governo sia a livello federale che locale⁹¹. Questo divieto, che aveva subito critiche in dottrina⁹², che ne ha anche proposto il superamento⁹³, è stato infine rimosso dalla revisione costituzionale del 2014; l'art. 59 CM, nel testo vigente, consente la possibile rielezione, imponendo, però, il limite di due mandati consecutivi per i senatori e di quattro per i deputati (ovvero, per entrambe le cariche, per un periodo massimo di 12 anni) con l'obbligo di ricandidarsi nel medesimo partito o in altro partito con esso coalizzato, salvo il caso in cui tale militanza sia venuta meno nella prima metà del mandato precedente. Si è voluto inserire un vincolo di fedeltà politica, con evidenti finalità anti-trasformistiche, che rafforza il rapporto tra eletti e formazione politica di appartenenza.

In conclusione dobbiamo comunque riconoscere come, sin dal principio, il *Congreso* abbia complessivamente svolto un ruolo secondario e, talora, marginale nella struttura di potere messicana: una relazione tradizionalmente asimmetrica tra le assemblee parlamentari ed il potere esecutivo che ha fatto parlare di “*una especie de cultura de la sumisión*”⁹⁴, che pare attenuata, ma non scomparsa negli anni più recenti.

6. Il potere esecutivo

Come ricordato più volte, la caratteristica principale della forma di governo del Messico riposa sul ruolo e le prerogative del Presidente, per ragioni che sono sia di natura istituzionale, che politica. Un dato formale non insignificante: solo il potere esecutivo federale viene definito come supremo dalla Costituzione (art. 80 CM), mentre per quelli legislativo (art. 50 CM) e giudiziario (art. 94 CM) non viene utilizzata la stessa aggettivazione⁹⁵.

Quanto alle prime, le principali consistono nella natura monocratica dell'organo, che cumula una duplice veste⁹⁶; come Capo dello Stato è responsabile della conduzione della politica estera compresa la possibilità di stipulare trattati⁹⁷; dispone del comando delle forze armate ed ha il potere di dichiarare guerra previa

⁹¹ M. Olivetti, *op. cit.*, 67.

⁹² M. Carbonell, *Hacia un congreso profesional: la no reelección legislativa en México*, in G. Pérez, A. Martines (cur.), *La Cámara de los Diputados en México*, Città del Messico, 2000; J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 171 ss.

⁹³ D. Valadés, *El control del poder*, cit., 404.

⁹⁴ D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, cit. 295 y 299, rileva come le facoltà conferite dalla Costituzione al Congresso non siano state utilizzate nel periodo egemonico e come alcune di queste siano ancora poco utilizzate anche dopo il 1997.

⁹⁵ J. M. Serna de la Garza, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, 1998, 14.

⁹⁶ Un punto sul quale si è soffermata la riflessione di D. Valades, che, in chiave propositiva ha proposto di scindere le due posizioni, con l'introduzione di un *jefe de gabinete* titolare dei poteri di governo; *El Gobierno de gabinete*, México, 2003. Sull'argomento torneremo, *infra*, § 10.

⁹⁷ La ratifica è soggetta al consenso del Senato che delibera con la maggioranza ordinaria (art. 76 CM). Si ricorda che ai trattati è stata riconosciuto dalla giurisprudenza un valore gerarchico superiore rispetto a quello del diritto interno: J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 182.

Il Senato è chiamato anche ad esercitare il controllo della politica estera; questa prerogativa, di per sé molto importante, è tuttavia limitata nel suo svolgimento in concreto, potendo esprimersi unicamente sulle relazioni annuali del Presidente e del Segretario agli affari esteri.

legge del Congresso (art. 73.XII CM). In qualità di Capo del governo è titolare della funzione di indirizzo politico generale e si pone al vertice di tutta l'amministrazione federale (compresa quella parastatale operante nel settore dell'economia), che ha ramificazioni molto estese sul territorio, tanto da sovrapporsi su varie materie alle entità periferiche⁹⁸. Inoltre, il Presidente gode di una totale irresponsabilità politica ed è soggetto ad una limitata responsabilità giuridica; è titolare di poteri d'iniziativa e di controllo riguardo alle decisioni del Congresso.

Un complesso di attribuzioni e di garanzie molto esteso, certamente non compensata da una limitata disponibilità di poteri normativi autonomi; sulla base delle sole previsioni normative, quindi, il Presidente assume il ruolo di vero pivot del sistema di governo.

Riguardo alle prerogative di natura politica, nel lungo periodo del partito egemonico, il Presidente disponeva di quelle che sono state definite "facoltà meta-costituzionali"⁹⁹, dipendenti dal rapporto con il partito di appartenenza. Tra queste, la leadership effettiva del PRI, il potere di scelta del proprio successore, la designazione e la rimozione dei governatori¹⁰⁰; ciò che produce di conseguenza la neutralizzazione del sistema dei contrappesi e la concentrazione del potere. Ovviamente, la forza di queste attribuzioni dipendeva dalle peculiarità del sistema politico messicano nel secolo scorso e nel periodo più recente si sono fortemente affievolite con il consolidarsi dell'assetto multipartitico.

La natura monocratica del potere esecutivo, attribuito dall'art. 80 CM ad un solo individuo, il Presidente, è confermata da una serie di previsioni che la rendono particolarmente rigida, anche rispetto ad altre esperienze costituzionali americane, non avendo subito forme di ibridazione con l'inserimento di istituti tipici dei sistemi parlamentari o semi-presidenziali. Così, non è prevista l'esistenza di organi collegiali¹⁰¹ o di capi di gabinetto, né di un vice presidente che possa sostituirlo in caso di impedimento, dimissioni o altre cause¹⁰²; inoltre, la nomina e la revoca dei ministri, il cui numero si è progressivamente incrementato¹⁰³, è stata rimessa per lunghissimo tempo in via esclusiva al Presidente, senza nessuna possibilità di controllo da parte del Congresso (con la sola eccezione del *Fiscal general* e dal 1997

⁹⁸ Olivetti, *op. cit.*, 59.

⁹⁹ La definizione è di J. Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, 9° ed., 1989, Mexico, 190 ss.; J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 167.

¹⁰⁰ D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, *op. cit.*, 294, parla di centralità politica del Presidente.

¹⁰¹ Come ci ricorda D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, cit., 290, il riferimento espresso all'esistenza di un consiglio dei ministri, quale organo collegiale, contenuta originariamente nella Costituzione del 1917 (come in quella del 1854), peraltro limitato al solo caso dell'esercizio delle funzioni da esercitarsi nel caso di dichiarazione dello stato eccezione (art. 29 CE), è stato del tutto eliminato con la riforma costituzionale del 1981.

¹⁰² Le Procedure di sostituzione del Presidente in casi di assenza o impedimento, ai sensi degli artt. 84 e 85 CM, sono piuttosto complesse; J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 154 ss.

¹⁰³ L'attuale esecutivo è formato da 24 membri (compreso il *Jefe de la Oficina de la Presidencia* ed esclusi i 5 membri del c.d. Gabinetto allargato che rappresentano le amministrazioni statali ed altri enti non governativi); i requisiti richiesti per la nomina sono previsti dall'art. 91 CM. L'organizzazione della p.a. federale è soggetta a riserva di legge; attualmente la disciplina è dettata dalla Ley organica de la Administración pública federal ((LOAPF) del 1976, più volte modificata.

del *Secretario de Hacienda*), nemmeno nelle forme dell'*advice and consent* tipico dell'esperienza U.S.A.¹⁰⁴.

In generale, è stato osservato come gli strumenti di controllo parlamentare previsti dalla Costituzione del 1917 siano deboli e, soprattutto, siano stati utilizzati nella prassi assai raramente, anche per la situazione di egemonia politica di cui il potere esecutivo ha goduto per lungo tempo. Con il mutamento degli equilibri politici la situazione si è in parte modificata: gli interventi parlamentari sono divenuti più frequenti ed incisivi, con l'acquisizione di una maggiore centralità della funzione legislativa¹⁰⁵.

Neppure l'apparente anomalia costituita dall'obbligo di controfirma dei provvedimenti presidenziali da parte del ministro o del capo di dipartimento (e del ministro dell'interno per la promulgazione delle leggi e dei decreti del Congresso) competente per materia ai sensi dell'art. 92 Cost., è stata in grado di porre limiti al dominio presidenziale, considerata la possibilità del Presidente di rimuovere liberamente i ministri dal loro incarico¹⁰⁶.

Sotto il profilo della responsabilità, il combinato disposto della durata fissa del mandato (6 anni) con il divieto assoluto di rielezione limita la possibilità di un controllo diffuso da parte della stessa opinione pubblica, peraltro resa difficile almeno fino agli anni '80 del secolo scorso, dall'esistenza di quello che è stato definito un "tabù psicologico" che impediva di criticare il Presidente¹⁰⁷.

Inoltre, va considerato che, oltre a non rispondere politicamente alle Camere rispetto alle quali gode di una pari legittimazione in virtù dell'elezione a suffragio universale¹⁰⁸, essa risulta limitata anche sotto il profilo giuridico; l'art. 108.2 CM, infatti, diversamente dagli altri funzionari pubblici e dai giudici (cui fa riferimento l'art. 109 CM), consente la possibilità di sottoporre a *juicio político* il Presidente in carica e di destituirlo soltanto per tradimento della patria e commissione di gravi delitti contro l'ordine costituito, sulla base delle leggi penali applicabili¹⁰⁹. Nonostante la configurazione del processo sia strutturata (dopo la riforma del

¹⁰⁴ È prevista la possibilità, per le Camere, di convocare ed ascoltare i Segretari di stato ed altri funzionari del potere esecutivo, senza che, tuttavia, possa essere adottata una qualche forma di censura che produca effetti giuridici o comporti l'obbligo di dimissioni. Il dialogo tra esecutivo e Congresso si articola poi in alcuni passaggi obbligati; tra questi, l'obbligo del Presidente di informare il Congresso sullo stato della pubblica amministrazione all'apertura della sessione autunnale. A seguito della comunicazione, si apre una discussione nelle Camere, che possono chiedere l'audizione di funzionari per avere maggiori informazioni e rispondere alle e questioni poste. Non solo, i Segretari di Stato sono tenuti, durante il periodo di sessione plenaria, a presentare al Congresso rapporti relativi al loro ramo (art. 93 CM).

¹⁰⁵ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 195-196.

¹⁰⁶ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 143-144, che rileva come si tratti di un istituto tipico del parlamentarismo, che, per essere efficace, richiede una qualche responsabilità politica dei ministri davanti alle Camere.

¹⁰⁷ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 146.

¹⁰⁸ L'elezione popolare non è prevista in modo chiaro dalla Costituzione che, all'art. 81 parla solo di elezione diretta, senza dettare una disciplina specifica rinvia alla legge elettorale (le regole dettate dall'art. 9 di quest'ultima). Peraltro, anche il Presidente *ad interim* o il sostituto, che sono nominati dal Congresso, sono politicamente irresponsabili, allo stesso modo di quello eletto direttamente. Sui requisiti di elettorato passivo ed il procedimento v. J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 150 ss.

¹⁰⁹ Il procedimento è quello previsto in via generale per tutti i funzionari pubblici per i quali è prevista questa forma di responsabilità; messa in stato di accusa da parte della Camera con voto a maggioranza dei presenti e giudizio da parte del Senato a maggioranza dei 2/3 dei presenti.

1982) in modo simile a quello penale, l'istituto ha un valore solo politico, per gli organi che intervengono, i destinatari dello stesso e la sanzione che viene applicata¹¹⁰.

7. Le attribuzioni presidenziali nei confronti del potere legislativo

I poteri di iniziativa e di controllo riconosciuti al Presidente attenuano, invece, la rigidità del principio della divisione dei poteri, in difformità dal modello presidenziale statunitense. Intanto il Presidente dispone di un generale potere di iniziativa legislativa in concorrenza con altri soggetti¹¹¹ e del monopolio dell'iniziativa in materia di bilancio e leggi di spesa (art. 74. IV). Per quanto la Camera dei deputati, come detto competente in via esclusiva all'approvazione delle decisioni di bilancio, disponga della facoltà di determinarne liberamente i contenuti, il potere di iniziativa presidenziale in questa materia potrà risultare di fatto determinante esprimendo una forma di indirizzo preventivo nei confronti dell'Assemblea, realizzando degli equilibri che non appartengono alla tradizione dei governi presidenziali, nei quali il potere di bilancio (le decisioni in ordina alla "borsa") resta interamente nella disponibilità parlamentare in omaggio proprio al principio della separazione dei poteri oltre che del principio *no taxation without representation*. Mentre in questa materia il procedimento di decisione da parte della Camera è disciplinato in maniera puntuale con una rigida scansione dei tempi¹¹², il Presidente non dispone di poteri formali per indirizzare il procedimento legislativo ed ottenere l'approvazione dei progetti presentati. Tuttavia, dopo la riforma del 2012 l'art. 71.3 ha previsto che per ogni periodo di sessione ordinaria il Presidente possa segnalare due disegni di legge come urgenti, i quali dovranno essere discussi e votati dalla camera che decide per prima entro 30 giorni dalla presentazione; un potere in grado di influenzare l'intera agenda dei lavori parlamentari, secondo modalità tipiche dei sistemi parlamentari ma estranee alla tradizione del governo presidenziale.

Un ulteriore potere di interferenza a disposizione del Presidente consiste nella facoltà di decidere il termine delle sessioni ordinarie delle Camere, nel caso in cui queste non trovino un accordo sulla data (art. 66.2 CM). Si tratta di cosa ben diversa dal potere di scioglimento, tuttavia al Presidente è consentito l'esercizio di una funzione arbitrale nei confronti di Assemblee divise, che può essere utilizzata a proprio vantaggio per impedire o rinviare decisioni sgradite o indurre i parlamentari ad approvare comunque i progetti in discussione¹¹³.

¹¹⁰ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 99. La decisione non è impugnabile, essendo *l'amparo* consentito solo per violazione delle formalità essenziali del procedimento. Nella prassi non si sono finora avuti casi di procedimenti avviati nei confronti di un presidente. Cfr. l'interessante materiale documentario in archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/cedip/publicaciones/expedienteparlamentario/14/14.pdf.

¹¹¹ Come previsto dall'art. 71 CM; il potere di iniziativa oltre che a deputati e senatori ed ai Parlamenti degli Stati è attribuita anche ad una frazione del corpo elettorale.

¹¹² L'art. 49.IV.2 stabilisce che il progetto di bilancio preventivo deve essere presentato non oltre l'8 settembre ed approvato entro il 15 novembre.

¹¹³ J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 145.

Tra i poteri di controllo il principale è quello di promulgazione delle leggi e dei decreti approvati dal Congresso¹¹⁴, che può essere rifiutata con l'apposizione del veto, la cui disciplina, diverge in più punti da quella statunitense, con un significativo ampliamento delle prerogative presidenziali, che hanno dato comunque luogo a controversie interpretative.

Intanto, il veto può essere totale o parziale, riguardando solo alcune delle disposizioni della legge; in entrambi i casi, tuttavia, il testo viene rinviato integralmente alla Camera che ha approvato per prima il progetto con osservazioni, entro 30 giorni dalla sua ricezione; non essendo consentito al Presidente di procedere alla promulgazione parziale delle norme legislative non contestate, così da evitare che il Congresso sia espropriato del potere di revisione. Questo elemento di flessibilità della procedura favorisce, comunque, la possibilità di un dialogo tra l'esecutivo e le assemblee parlamentari, che devono pronunciarsi solo sulle parti rinviate ed hanno comunque l'onere di riapprovare la legge a maggioranza dei 2/3 dei presenti con voto per appello nominale (art. 72.C.).

In passato si era affermata anche la prassi del veto tacito (*veto de bolsillo*), consistente nella mancata promulgazione senza rinvio della legge, rispetto alla quale la Costituzione non poneva alcun rimedio. Con la revisione del 2012 dell'art. 72.B CM, questa possibilità è stata rimossa, come auspicato da autorevole dottrina¹¹⁵; con le nuove regole, superato il termine per l'apposizione del veto, il Presidente deve, nei 10 giorni successivi promulgare la legge e, in caso di inerzia ulteriore, l'atto sarà comunque promulgato¹¹⁶.

Una questione controversa è quella della tipologia di atti che possono essere oggetto di veto presidenziale. Con riguardo alle leggi di revisione costituzionale la CM tace e, quindi, parrebbe escluso; d'altra parte, l'unico precedente risale agli anni '30, quando il Presidente Cardenas non promulgò la riforma che introduceva il voto femminile¹¹⁷: essendo ormai preclusa la strada del veto tacito, una simile eventualità non sembra oggi ripetibile.

Il problema di maggiore rilievo ha riguardato la possibilità del veto sulle decisioni di bilancio, che rientrano nelle competenze riservate alla sola Camera dei deputati. Trattandosi di provvedimento monocamerale, la dottrina aveva in passato escluso questa possibilità, in base all'argomento letterale della formulazione dell'art. 72, che riconosce il potere presidenziale per le leggi ordinarie ed i decreti che non rientrino nella competenza esclusiva di una delle due Camere¹¹⁸. Il problema è rimasto puramente teorico per lungo tempo, in quanto l'omogeneità politica tra esecutivo e maggioranza della Camera dei deputati che si è registrata fino al 1997 eliminava in radice qualunque possibilità di conflitto. È diventata, invece, attuale, con il passaggio al governo diviso dopo la svolta di fine secolo. Nel

¹¹⁴ Si ricorda che l'art. 70.1 CM stabilisce che tutte le risoluzioni del congresso avranno il carattere di leggi o decreti.

¹¹⁵ J. Carpizo, *México: ¿sistema presidencial o parlamentario?*, in *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, 2004, 36.

¹¹⁶ In questa ipotesi il Presidente della Camera che ha approvato per prima il provvedimento, dovrà chiedere la pubblicazione sul *Diario Oficial de la Federación*.

¹¹⁷ M. Olivetti, *op. cit.*, 61.

¹¹⁸ J. Carpizo, M. Carbonell, 163 e 174 ss., che critica anche la diversa soluzione adottata dalla Corte Suprema.

2004 il Presidente Fox Quesada, per la prima volta, ha posto il veto sulla decisione di bilancio; a seguito del rifiuto del rinvio da parte della Camera, il Presidente ha promulgato il provvedimento e, contestualmente chiesto l'intervento della Corte suprema. Quest'ultima, con una controversa decisione (assunta a maggioranza di 6 a 5), ha riconosciuto le ragioni del Presidente, affermando la legittimità del rinvio e della richiesta di riesame. La motivazione della sentenza, che opta per un'interpretazione sistematica e storico-evolutiva, piuttosto che letterale, delle norme costituzionali, conclude ritenendo che il potere di veto va riconosciuto riguardo a tutte le decisioni Congresso, anche a quelle adottate da una sola Camera, in quanto con esso si esprime una necessaria forma di bilanciamento tra il potere legislativo e quello esecutivo¹¹⁹.

Diversamente da quanto è avvenuto in altre esperienze costituzionali, i presidenti messicani hanno fatto un uso sporadico del potere di veto; senza considerare i casi di veto tacito, risulta che fino al 2000 i casi siano stati solo 12¹²⁰; nel clima di consonanza politica esistente, vi si faceva ricorso per lo più nei casi in cui era lo stesso Presidente ad aver cambiato idea rispetto ai progetti inizialmente presentati¹²¹.

La situazione si è in parte modificata dopo il verificarsi dell'alternanza politica: negli ultimi anni i casi non sono stati numerosi ma hanno riguardato leggi importanti e lo strumento è tornato ad essere funzionale alla logica della separazione dei poteri; oltre alla già ricordata decisione di bilancio del 2004, lo stesso Presidente Fox Quesada vi aveva fatto ricorso nel 2001 (per la "*Ley de Desarrollo Rural*") e nel 2003 (per la "*Ley de administración fiscal*").

Questo scarso attivismo presidenziale era certamente spiegabile nella fase del partito egemonico, per la sintonia politica tra i diversi poteri e la riconosciuta supremazia dell'esecutivo, in grado di orientare le scelte legislative. Tuttavia non si è registrato un cambio di passo neppure dopo l'alternanza del 2000 e l'esistenza di un governo diviso¹²², per la disomogeneità politica tra Presidente e maggioranze parlamentari (almeno fino al 2012) e, probabilmente, è ancora prematuro formulare delle valutazioni al riguardo.

8. I poteri normativi del Presidente (cenni)

A prescindere dal potere di iniziativa legislativa e di quello di veto, che portano il Presidente a concorrere nell'esercizio della funzione legislativa primaria insieme al Congresso e dei poteri speciali di cui abbiamo già riferito¹²³, l'unico potere di normazione diretta spettante all'esecutivo è quello di adottare regolamenti di carattere esecutivo. Il fondamento costituzionale di questa prerogativa è incerto

¹¹⁹ J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 90.

¹²⁰ Cfr. C. Gamboa Montejano, J. C. Cervantes Gómez, S. Valdés Robledo, *El veto. Análisis del art. 72, inciso c) de la Constitución Política de los EUM*, in www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/DPI-32-Nov-2001.pdf. Purtroppo non abbiamo reperito dati più aggiornati.

¹²¹ J.M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 89.

¹²² M. Olivetti, *op. cit.*, 60.

¹²³ Ai sensi degli art. 29 CM, riferito agli stati di crisi e 131.2 in materia di commercio internazionale.

(l'art. 89.I CM si limita a stabilire che il Presidente deve rendere esecutive le leggi redatte dal Congresso, provvedendo alla loro stretta osservanza nella sfera amministrativa) e viene ricondotto alla prassi, avallata da interpretazioni giurisprudenziali conformi¹²⁴.

9. L'alternanza politica e gli sviluppi recenti della forma di governo: la stagione del governo diviso

L'anno 2000 ha segnato un momento di svolta epocale per le istituzioni di governo messicane, con la sconfitta, per la prima volta del candidato del PRI nelle elezioni presidenziali ed il realizzarsi dell'alternanza politica al vertice del potere esecutivo. Si è trattato di un'evoluzione storica senza rotture costituzionali e dipendente dalle trasformazioni del sistema politico¹²⁵, che, tuttavia, ha rappresentato un passaggio epocale, che ha segnato, se non una frattura, un elemento di discontinuità molto forte rispetto all'esperienza passata, progressivamente esauritasi negli ultimi due decenni del '900 ed ormai antistorica¹²⁶.

Come già anticipato, vari fattori hanno concorso in questa direzione; con la crisi economica manifestatasi a più riprese e le politiche liberistiche adottate per affrontarla, il potere esecutivo e lo stesso PRI (peraltro inadatto a gestire riforme di questa natura che non appartenevano al bagaglio ideologico del partito) aveva perso uno dei principali strumenti di controllo sociale, qual era sempre stato il governo dell'economia e la gestione diretta delle principali risorse. Una situazione inedita che ha funzionato come un vero detonatore della svolta.

L'indebolimento del PRI è stato accompagnato dall'emersione di nuovi equilibri politici (rafforzamento del PAN, costituzione, a sinistra del PRI, nel 1982, di un nuovo soggetto politico, il Partito della rivoluzione democratica – PRD – che conquista rapidamente un significativo consenso popolare) anche per la comparsa sulla scena di personalità autorevoli.

Per comprendere appieno l'evoluzione della forma di governo risulta necessario, anche in questo frangente ricostruire, seppure in rapida sintesi, le dinamiche intercorse nel sistema politico, che, di fatto, producono conseguenze indiscutibili sul funzionamento dei meccanismi istituzionali¹²⁷.

Alcuni antefatti li abbiamo già ricordati: ripetute riforme costituzionali adottate tra il 1977 ed 1996, secondo modalità gradualistiche e negoziate tra i partiti, favoriscono il mutamento degli equilibri interni al sistema politico. La prima (c.d. *reforma politica*) rafforzò il ruolo dei partiti con regole poste a garanzia di un pluralismo dotato di maggiore effettività ed elevò il numero dei deputati da

¹²⁴ Un'ipotesi particolare è poi quella dell'art. 27.5 CM, che rinvia a regolamenti (indipendenti, in quanto fonti esclusive non dipendenti da leggi) per disciplinare l'estrazione delle acque dal sottosuolo; J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 160.

¹²⁵ J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 75, osserva che le istituzioni di governo sono rimaste le stesse ed a cambiare è stata solo la disciplina elettorale.

¹²⁶ Anche per questo, la transizione messicana ha avuto un andamento peculiare rispetto ad altre esperienze latino-americane.

¹²⁷ Per la ricostruzione degli avvenimenti politici occorsi dopo le elezioni del 1997, cfr. J. Carpizo, *Propuesta de una tipología del Presidencialismo latinoamericano*, cit. 51 ss. La vicenda messicana conferma la correttezza dell'approccio metodologico che integra nello studio delle forme di governo elementi propri dei sistemi politici corrispondenti.

eleggere con regole proporzionali, per favorire la rappresentanza dei partiti minori¹²⁸. La revisione costituzionale del 1996 è quella che risulta decisiva, soprattutto per le nuove regole relative all'elezione di deputati e senatori che realizzano ormai un sistema misto ed introducono il limite dei 300 deputati per un solo partito alla Camera.

Una prima scossa al sistema, anche se non produce conseguenze sostanziali, si manifesta in occasione delle elezioni presidenziali del 1988: il candidato del PRI (Carlos Salinas) supera di poco la maggioranza assoluta dei suffragi, ma l'avversario del PRD (Cardenas, che contesterà poi l'esito delle elezioni, sulle quali non sono stati ancora dissolti i sospetti di brogli, contribuendo a delegittimare il nuovo presidente) riesce a conseguire un consenso significativo, superiore al 30%.

Ma è con le elezioni parlamentari di medio termine del 1997 che il PRI perde, per la prima volta, la maggioranza assoluta alla Camera (con circa il 39% dei voti consegue 239 seggi su 500); si presenta, così, una situazione inedita, che pur senza determinare sconvolgimenti sul piano istituzionale, provocò conseguenze politiche rilevanti¹²⁹, dando solo avvio ad una situazione di multipartitismo che poi si consoliderà negli anni a venire e che avrà ricadute anche sulla dinamica della forma di governo, che si trova immediatamente a fare i conti con una situazione di governo diviso (o, in questa fase, semi-diviso), come può avvenire con una certa frequenza anche in altre esperienze di sistemi presidenziali. Nel caso messicano, peraltro, essa ha dovuto misurarsi con un assetto partitico diverso da quello di altri paesi (ad esempio gli Stati Uniti), nei quali i partiti sono organizzazioni poco strutturate e disciplinate al loro interno, tali da consentire più facilmente accordi tra il Presidente e gruppi di parlamentari. Al contrario, i partiti messicani si caratterizzano per un forte grado di fedeltà e di coesione interna, ciò che rende più difficile la possibilità di stipulare accordi che non siano condivisi anche dai loro dirigenti, con un rischio maggiore di paralisi del sistema decisionale.

Come detto, lo scenario muta definitivamente con le elezioni del 2000; se nelle legislative il PRI riesce a mantenere la maggioranza relativa in entrambe le Camere, confermandosi come il partito col più alto consenso elettorale¹³⁰, l'elezione di Vicente Fox, candidato dal PAN, alla Presidenza della Repubblica che non conquista la maggioranza assoluta dei suffragi (42,5%) chiude un lungo capitolo di storia e ne apre uno nuovo, tutto da decifrare. Non sono più applicabili le convenzioni costituzionali che si reggevano sulla presenza di un partito-Stato e sulla centralità del Presidente; quest'ultimo non dispone più del supporto di una

¹²⁸ In questo periodo, le riforme non hanno riguardato solo le regole del gioco democratico, andando a toccare anche questioni di grande rilievo come la materia agraria, la libertà religiosa, l'istituzione di una Banca centrale autonoma, che hanno avuto ripercussioni importanti sulla situazione messicana.

¹²⁹ In termini numerici il PRD ed il PAN conseguirono, rispettivamente, 125 e 121 deputati; questo consentì ai leader dei due partiti, storicamente alternativi tra loro, di concludere un accordo parlamentare per l'elezione del Presidente della Camera ed ottenere il controllo dell'Assemblea.

¹³⁰ La novità da segnalare è che in queste elezioni alcuni partiti non si presentano autonomamente, ma all'interno di coalizioni che competono tanto per l'elezione del Presidente che per i membri delle due Camere. In questo modo *Alianza por el Cambio* (formata da PAN e PVEM) riesce ad ottenere 221 deputati, a fronte dei 211 del PRI e dei 68 di *Alianza por México* (PRD e PT). Al Senato il PRI ha 59 seggi, *Alianza por el Cambio* 52 e *Alianza por México* 17. In entrambe le Assemblee nessun gruppo dispone della maggioranza assoluta.

maggioranza preventiva nelle Assemblee, con le quali dovrà negoziare costantemente l'approvazione dei provvedimenti ritenuti necessari¹³¹.

Questo risultato non rimane un fatto isolato, anche nelle elezioni successive si riproduce una situazione analoga: nel 2006 è ancora il candidato del PAN (Felipe Calderon) a prevalere, stavolta per poche migliaia di voti e con il sospetto di irregolarità (che daranno luogo a contestazioni, risolte solo con l'intervento dei giudici), sul candidato del PRD (Andrés Manuel López Obrador)¹³².

L'effetto di trascinarsi sulle elezioni legislative si produce solo in parte: per il triennio 2006- 2009, il PAN ottiene la maggioranza relativa dei seggi in entrambe le Camere, che, tuttavia, è piuttosto distante da quella assoluta. Sia alla Camera che al Senato sono ormai presenti, oltre ai rappresentanti di alcune formazioni minori, tre grandi gruppi parlamentari¹³³, nessuno dei quali è in grado di controllare da solo i lavori dell'Assemblea e, deve, quindi, trovare un accordo con gli altri per conseguire le maggioranze necessarie¹³⁴.

Il mancato conseguimento dei risultati attesi e l'esplosione del problema dell'ordine pubblico legato in primo luogo al traffico della droga, chiude dopo 12 anni la stagione di governo del PAN e porta, con le elezioni del 2012 alla contro-alternanza; un esponente del PRI (Enrique Peña Nieto) torna ad occupare la poltrona presidenziale, conseguendo una maggioranza netta, ancorché relativa dei suffragi¹³⁵.

Un elemento di novità è rappresentato dalla circostanza che i due candidati più votati non si presentano come esponenti del solo partito di appartenenza ma come leaders di coalizioni¹³⁶, fenomeno che esercita un'immediata ripercussione anche sugli assetti parlamentari ed innesca un processo di revisione costituzionale, che si conclude nel 2016 e che prende atto di della mutata situazione¹³⁷.

Non si è trattato, però, di un ritorno all'antico: sostanzialmente i rapporti di forza all'interno delle Camere non cambiano rispetto alle legislature

¹³¹ Situazione non cambia con le elezioni intermedie del 2003, nelle quali il PRI riconquista la maggioranza relativa dei suffragi (e 222 deputati), mentre PAN, PRD, PVEM e PT, ottengono ciascuno 151, 95, 17 e 6 seggi.

¹³² Lo scarto tra Felipe Calderon e A. M. López Obrador (candidato dalla *Coalición por el bien de Todos*) è di circa 240.000 voti (35,9% contro 35,3%).

¹³³ Al Senato la rappresentanza risulta così ripartita: PAN 52 seggi, PRI 33, PRD 26, PVEM 6, PT 4 (con altri due gruppi più piccoli). Alla Camera il PAN dispone di 206 deputati, il PRD di 126, il PRI di 104, il PVEM di 19, il PT di 16 (con altri tre gruppi di consistenza minore). Come si vede, ben otto forze politiche hanno conseguito una rappresentanza parlamentare.

¹³⁴ Nelle elezioni intermedie del 2009 il PRI recupera la maggioranza relativa alla Camera, con 237 deputati, conseguiti, per la gran parte nel riparto maggioritario dei voti. PAN, PRD, PVEM e PT ottengono, rispettivamente, 143, 71, 21 e 13 deputati (15 parlamentari sono divisi tra altri due gruppi).

¹³⁵ Il 38,2% dei votanti, rispetto al 31,57% di Andrés Manuel López Obrador, candidato del PRD, mentre la candidata del PAN non va oltre il 25,7%.

¹³⁶ Si tratta di *Compromiso por México*, alleanza elettorale tra il PRI e il PVEM (*Partido Verde Ecologista de México*), a sostegno di Peña Nieto, e del *Movimiento Progresista*, alleanza dei partiti della sinistra (PRD, *Partido del Trabajo* – PT – e *Movimiento Ciudadano*) a sostegno di Manuel López Obrador, con un programma di cambiamento della politica neoliberale avviata dagli anni '80. Queste alleanze furono utilizzate anche per le elezioni parlamentari, anche se non in maniera generalizzata in tutti i collegi.

¹³⁷ *Infra*, § 10.

immediatamente precedenti, con la presenza di tre gruppi più consistenti¹³⁸, nessuno dei quali dispone della maggioranza assoluta (neppure in coalizione con quelli alleati alle elezioni¹³⁹) e di quattro gruppi di dimensioni minori¹⁴⁰. Con le elezioni di medio termine per il rinnovo della Camera dei deputati del 2015, la situazione si complica ulteriormente; per la prima volta ottengono una rappresentanza ben nove partiti, quelli tradizionali registrano una significativa perdita di voti e fa la sua comparsa un nuovo soggetto politico (MORENA)¹⁴¹ che conquista immediatamente un significativo consenso.

Da questa sintetica cronologia, che conferma la discontinuità poc'anzi richiamata, credo possano trarsi indicazioni importanti sulle più recenti dinamiche della forma di governo messicana e sui problemi che oggi si pongono. Per usare le parole di D. Valdes, si è passati da un *presidencialismo tradicional* ad un *presidencialismo transicional*, per sua natura instabile e che necessita di ulteriori aggiustamenti per consolidarsi in forme pienamente democratiche.

Il dato più evidente è stato lo sviluppo di un sistema multipartitico (al momento non definibile ancora come estremo, ma certamente multi-polare)¹⁴², peraltro inconsueto nei modelli presidenziali, che sono tendenzialmente bipartitici o almeno bipolari; l'iniziale tripartitismo, caratterizzato da una difficoltà delle forze politiche a dialogare tra loro ed a formare delle coalizioni omogenee, si è evoluto nel senso di un pluralismo più accentuato, con altre forze politiche minori che si sono affermate e sono riuscite, anche per la loro capacità di coalizzarsi con i partiti più grandi, ad acquistare una qualche importanza. Un dinamismo che non sembra subire soste, come dimostra il recente successo del MORENA, che potrebbe far assestare il sistema secondo uno schema quadripartito, nel quale, tuttavia, i quattro soggetti di maggiori dimensioni mostrano ancora difficoltà a raggrupparsi in due poli alternativi e riescono solo a coalizzarsi con i partiti più piccoli che, quindi, mantengono la loro importanza.

Come acutamente osservato¹⁴³, i cambiamenti del sistema dei partiti e della pratica elettorale hanno denudato la Costituzione, facendo venir meno gli assetti e gli equilibri che si erano consolidati per svariati decenni; il principio della divisione dei poteri ha riacquisito una maggiore effettività¹⁴⁴, in primo luogo per l'emancipazione politica delle Camere dal potere esecutivo. Non si sono prodotti

¹³⁸ Questa la composizione della Camera: PRI 212 deputati; PAN, 114; PRD 104; PVEM 29, PT 15 (con altri due gruppi di 16 e 10 componenti ciascuno). Il Senato è così formato: PRI 52 senatori; PAN 38; PRD 22; PVEM 9; PT 5.

¹³⁹ Questi i numeri: al Senato: PRI e PVEM sommano 61 voti; PRD, PT e MC 28; il PAN resta a 38. Alla Camera: PRI e PVEM raggiungono quota 241; PRD, PT e MC quella di 141; il PAN resta a 114.

¹⁴⁰ La situazione non muta con le elezioni di medio termine del 2015; il PRI resta il primo partito e ottiene 202 deputati; gli altri conseguono rappresentanze inferiori; il PAN ha 108 deputati, il PRD 60, il PVEM 47, Morena 35. Si aggiungono altri tre gruppi di consistenza minore e, per la prima volta sono eletti candidati indipendenti o senza partito (2 deputati). Si torna ad una Camera assai pluralista, con otto forze politiche rappresentate.

¹⁴¹ Acronimo di *Movimiento Regeneración Nacional*, trasformato nel 2014 da López Obrador da movimento sociale di sinistra in vero partito politico registrato.

¹⁴² Nel significato utilizzato da L. Elia, *op. cit.*, 251 ss.

¹⁴³ M. Olivetti, *op. cit.*, 52.

¹⁴⁴ Non solo in senso orizzontale, anche verticale, tenuto conto dell'esito delle elezioni statali che hanno premiato forze politiche diverse, rivitalizzando la dialettica centro-periferia.

nuovi equilibri costituzionali stabili, con una situazione magmatica che richiede continue ridefinizioni; la scomparsa di un sistema di potere imperniato sul Presidente e sulle sue “facoltà metacostituzionali”, non si è sostituito un nuovo ordine¹⁴⁵. La figura presidenziale si è indebolita, trovandosi a fronteggiare (almeno nel periodo 2000–2012) una situazione di governo diviso¹⁴⁶, come talora si verifica nei sistemi presidenziali¹⁴⁷ e che, diversamente dalle situazioni di governo omogeneo, nelle quali “istituzioni separate” condividono il potere, portano ad “istituzioni separate” che competono per un potere condiviso¹⁴⁸. Peraltro, come già ricordato, rispetto allo schema nord-americano, in cui opera un bipartitismo (per quanto con partiti poco coesi), in questo caso l’instabilità tende ad accentuarsi in ragione del contesto multipartitico che si è prodotto e della presenza di partiti più disciplinati al loro interno¹⁴⁹. Diventa, quindi, più difficile sviluppare programmi legislativi organici ed è comunque necessario perfezionare intese tra gruppi parlamentari diversi¹⁵⁰. Le conseguenze non sono interamente negative: l’equilibrio tra poteri ne trae un beneficio, con un recupero dell’importanza del ruolo del Congresso, soprattutto per la rilevante forza politica acquisita dai leader dei maggiori partiti.

Infatti, da parte di alcuni commentatori, che partendo dall’esperienza del Messico tendono a generalizzare questa valutazione, si arriva a formulare un giudizio non necessariamente negativo sulla modalità del governo diviso, che non necessariamente viene a configurare una forma di presidenzialismo debole, potendo invece configurarsi come un presidenzialismo equilibrato. L’alternativa tra le due modalità di funzionamento in concreto dipende da vari elementi, quali la forza dell’opinione pubblica, il rispetto e la capacità di dialogo tra i partiti politici, le doti di negoziazione ed abilità politica dei titolari del potere esecutivo. Sicuramente, la formazione di un governo diviso è la conseguenza della scelta degli elettori di non

¹⁴⁵ A. Escamilla Cadena, *Las transformaciones del presidencialismo en el marco de la reforma del Estado en México*, in *Polis*, vol. 5, n. 2, 2009, 13.

¹⁴⁶ J. L. Klesner, *Divided Government in Mexico’s Presidentialist Regime: the 1997–2000 Experience*, in R. Elgie (cur.), *Divided Government in Comparative Perspective*, Oxford, 2003, ipotizza l’affermarsi di questa modalità di funzionamento già nella legislatura precedente, analizzando le modifiche organizzative introdotte nella Camera, la formazione di coalizioni a sostegno delle iniziative presidenziali e le modalità di approvazione dei bilanci proposti in questo periodo dal Presidente Zedillo.

¹⁴⁷ La situazione di *divided government* (o, talora, di governo semi-diviso, con solo una delle due Assemblee controllata dal partito avverso al Presidente) frequente anche negli U.S.A., obbliga l’esecutivo a negoziare costantemente le proprie politiche con i leaders del Congresso ed ad operare concessioni localistiche e clientelari, determinando, talora, paralisi istituzionale e politica. G. Sartori, *Ingegneria costituzionale*, 100 ss..

¹⁴⁸ Così M. Volpi, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, cit., 165; C. O. Jones, *The Separated Presidency: Making It Work in Contemporary Politics*, in A. King (cur.), *The New American Political System*, Washington, 1990, 3. Cfr. M. P. Fiorina, *An Era of Divided Government*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 107, No. 3 (Autumn, 1992), 387; A. J. Bennett, www.politicscymru.com; R. Elgie (cur.), *Divided Government in Comparative Perspective*, Oxford, 2003; G. J. Hurtado, *Gobierno y democracia*, in *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, Messico, 2016, 66.

¹⁴⁹ M. Olivetti, *op. cit.*, 74.

¹⁵⁰ Fino al 2012 non sono stati infrequenti accordi parlamentari tra PRI e PAN, che hanno cogestito gran parte dei processi legislativi. L’equilibrio è cambiato con l’elezione di Peña Nieto, che nel primo triennio ha beneficiato di un maggior consenso parlamentare, vicino alla maggioranza assoluta ma, comunque, non autosufficiente per assicurare un sostegno preventivo alle sue iniziative.

conferire la totalità dei poteri ad un solo partito ed inevitabilmente i governanti dovranno tenere conto di questa decisione utilizzando forme di dialogo e di concertazione¹⁵¹.

Si è registrata anche una modifica nella composizione politica dei gabinetti presidenziali, non più formati da esponenti di un solo partito e integrati da rappresentanti di altri soggetti politici. Nell'esecutivo costituito nel 2006 dal Presidente Calderon, oltre a numerose figure di indipendenti, figurava, fino al 2009, un segretario di stato proveniente dal PRI. Dopo le elezioni del 2012, del governo nominato da Peña Neto (formato da 24 componenti, compreso il *Jefe de la Oficina de la Presidencia*), fanno parte due ministri non appartenenti al PRI (rispettivamente del PVM e del PRD)¹⁵². Forse è ancora eccessivo qualificare queste compagini come governi di coalizione (almeno nel significato che questa espressione ha assunto nelle esperienze parlamentari europee) per l'eccessiva sproporzione tra ministri provenienti dal partito del Presidente e gli altri, ma certamente si tratta di una novità importante che testimonia il tentativo di dialogo tra le forze politiche per elaborare nuovi modelli convenzionali che consentano al sistema istituzionale di funzionare in maniera più efficiente.

Gli eventi descritti fanno capire come il tema di una nuova riforma della forma di governo messicana, che rendesse più ordinati i rapporti tra istituzioni, superando il problema del governo diviso e favorire la governabilità in un sistema multipartitico, si è ripresentato in modo ineludibile dopo gli esiti delle elezioni del 2012 e del 2015; tra le due opzioni in campo, quella di modificare le regole elettorali introducendo una clausola maggioritaria in favore del partito più votato¹⁵³, con un ritorno ad un impianto maggioritario simile a quello del passato e quella di disciplinare la possibilità di governi di coalizione, la seconda, anche in virtù della prassi maturata a livello federale e, ancora più diffusamente, a livello statale¹⁵⁴, ha infine prevalso con la revisione costituzionale del 2014¹⁵⁵.

¹⁵¹ È il punto di vista espresso da J. Carpizo, *México: poder ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005*, *Bol. Mex. Der. Comp.*, vol. 42, n. 126, 2009, 1237;

¹⁵² Anche questo esempio conferma la non corrispondenza tra elezioni presidenziali e legislative ai fini delle alleanze post-voto. La coalizione non corrisponde all'alleanza costituita per l'elezione di Peña Nieto (*Compromiso por México*), formata solo da PRI e PNV, mentre il PRD aveva dato vita al *Movimiento Progressista* insieme al PT – *Partido del Trabajo*, per sostenere un candidato alternativo.

¹⁵³ Difficile da realizzare sul piano pratico in ragione del bicameralismo perfetto e dell'elezione separata del Presidente; fattori che non assicurano che sia lo stesso partito a conseguire la vittoria, potendo essere questa ottenuta anche da tre partiti diversi.

¹⁵⁴ È stata di recente proposta l'estensione, con adattamenti, della riforma anche alle costituzioni statali; cfr. A. Barcelò Rojas, *El gobierno de Coalición en la Constituciones y leyes de desarrollo constitucional de los estados*, in archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4319/5.pdf, 2017.

¹⁵⁵ Di questo dibattito dà conto J. M. Serna de la Garza, *op. cit.*, 100, per il quale il sistema presidenziale messicano deve essere ridisegnato. Numerosi i contributi in materia; tra gli altri, L. Valencia Escamilla, *Reforma del Estado para la gobernabilidad democrática en México*, in *Polít. cult.*, n. 29, 2008, 11; D. Valadés, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, 2° ed., Mexico, 2008; D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 130, 2011, 283; J. Carpizo, *¿sistema presidencial o parlamentario?*, in *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, 1999, 50; J. Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en américa latina*, in revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3918/4943; S. Valdes Robledo, *La transición: México: del presidencialismo al semipresidencialismo?*, Mexico, 2006; G.

È comunque opinione assolutamente prevalente tra i costituzionalisti messicani che la forma di governo maggiormente idonea nei Paesi dell'area latino-americana rimane ancora quella presidenziale pura ed equilibrata, ovvero che recepisca una serie di contrappesi alla primazia dell'esecutivo, che, senza alterare la natura del sistema, consentano modalità di governo cooperative e coordinate tra gli organi costituzionali, con strumenti di controllo sull'azione del governo messi a disposizione del *Congreso*¹⁵⁶. Una convinzione, questa, che nega l'utilità di prevedere forme di responsabilità politica del gabinetto di tipo fiduciario di fronte alle assemblee parlamentari e, quindi, porta a d escludere la convenienza di contaminazioni eccessive con il governo parlamentare, la cui adozione condurrebbe al superamento del sistema presidenziale.

10. La forma di governo dopo la revisione costituzionale del 2014: verso un presidenzialismo parlamentarizzato?

La legge di revisione costituzionale pubblicata nel *Diario Oficial de la Federacion* il 10 febbraio 2014, che modifica ben 35 disposizioni costituzionali e rappresenta una delle tappe più importanti che hanno caratterizzato l'intensa stagione riformatrice portata avanti nel corso della presidenza di Peña Neto¹⁵⁷, va a toccare direttamente

Fuentes Reyes, P. D. García Muciño, *Alternativas parlamentarias para el sistema presidencial mexicano*, in *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, 5, 2010, 29.

¹⁵⁶ Cfr. J. Carpizo, *Propuesta de una tipología del Presidencialismo latinoamericano*, cit., 57.

¹⁵⁷ Questa fase, nella quale il Presidente, piuttosto che puntare alla formazione di una maggioranza con i partiti politicamente più vicini a supporto della propria azione di governo (sempre in una logica di coalizione) ha preferito stipulare, già il 2 dicembre 2012, un grande ed ambizioso accordo strategico tra tutti i partiti maggiori (PRI, PAN, PRD e, successivamente, PVEM) il c.d. *Pacto por México*, per realizzare cambiamenti radicali della democrazia messicana. In estrema sintesi, i punti principali del Patto sono quelli del rafforzamento dello Stato messicano, della democratizzazione dell'economia e della politica, un'estensione e un'applicazione più efficace dei diritti sociali, la partecipazione dei cittadini come attori chiave nella progettazione, attuazione e valutazione delle politiche pubbliche. Si è aperta, quindi una stagione di incessante ed intenso riformismo costituzionale: il 2013 ed 2017 ben 151 disposizioni costituzionali sono state riscritte, come risulta dalla tabella seguente (fonte: Camera dei deputati).

Considerando che nel periodo della Presidenza Calderón, tra il 2006 e il 2012 era già state approvate 38 leggi di revisione, alla fine di questo percorso il testo della costituzione ha subito una vera e propria metamorfosi.

2013 Artículos 3o., 6o., 7o., 24, 25 (1a. reforma, 2a. reforma), 26, 27 (1a. reforma, 2a. reforma), 28 (1a. reforma, 2a. reforma), 37, 73 (1a. reforma, 2a. reforma, 3a. reforma, 4a. reforma), 78, 94, 105, 116 y 122

2014 Artículos 4o., 6o., 26, 28, 29, 35, 41 (1a. reforma, 2a. reforma), 54, 55, 59, 65, 69,73 (1a. reforma, 2a. reforma), 74, 76 (1a. reforma, 2a. reforma), 78, 82, 83, 84, 89(1a. reforma, 2a. reforma), 90, 93, 95, 99, 102, 105 (1a. reforma, 2a. reforma),107, 108 (1a. reforma, 2a. reforma), 110 (1a. reforma, 2a. reforma), 111 (1a.

reforma, 2a. reforma), 115, 116 (1a. reforma, 2a. reforma), 119, 122 (1a. reforma,2a. reforma) y 123

2015 Artículos 2o., 18, 22, 25, 28, 41, 73 (1a. reforma, 2a. reforma, 3a. reforma, 4a. reforma), 74, 76, 79 (1a. reforma, 2a. reforma), 104, 108 (1a. reforma, 2a. reforma), 109, 113, 114, 116 (1a. reforma, 2a. reforma), 117 y 122

2016 Artículos 2o., 3o., 5o., 6o., 11, 17, 18, 21, 26 (1a. reforma, 2a. reforma), 27, 28, 31, 36, 40, 41 (1a. reforma, 2a. reforma), 43, 44, 53, 55, 56, 62, 71, 73 (1a. reforma, 2a. reforma), 76, 79, 82, 89, 95, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 115, 117, 119, 120, 121, 122, 123 (1a. reforma, 2a. reforma), 124, 125, 127, 130, 131, 133, 134 y 135

il cuore della forma di governo, in particolare, con la riscrittura degli art. 76.II e 89.XVII. Si tratta di previsioni la cui entrata in vigore è stata prevista (dalla XII disposizione transitoria) per il 1° dicembre 2018, ovvero dopo le elezioni generali e l'insediamento del nuovo Presidente.

La seconda di queste previsioni conferisce al Presidente la facoltà di optare, in qualsiasi momento, per la formazione di un governo di coalizione, costituita da uno o più dei partiti politici rappresentati nel Congresso. Se viene scelta questa soluzione, si dovrà procedere preliminarmente alla stipula di un accordo ed alla definizione di un programma, i quali dovranno essere poi approvati dal Senato, con la maggioranza dei presenti¹⁵⁸. L'accordo ha un contenuto necessario, che è limitato all'indicazione delle ragioni per le quali il governo di coalizione potrà essere sciolto.

L'esposizione del programma di governo in sede parlamentare e l'accettazione di esso da parte dei gruppi che si sono accordati per sostenerlo intende facilitare l'azione del governo e renderla prevedibile e ordinata, così da evitare contrattazioni continue ed estenuanti. In questo modo anche la funzione presidenziale ne risulta rafforzata.

Tali regole convivono con quelle che hanno disciplinato la forma di governo sino ad oggi e soprattutto, con quella degli art. 81 e 80 CM, sull'elezione diretta del Presidente e sull'attribuzione dell'intero potere esecutivo nelle sue mani.

Queste previsioni sono completate da quelle dell'art. 76.II, che attribuisce al Senato, nel caso in cui si sia proceduto alla formazione di un governo di coalizione, il potere esclusivo di ratificare la nomina dei segretari di Stato, con la sola eccezione dei titolari della Difesa Nazionale e della Marina (che, per tradizione, provengono dalle gerarchie militari).

La finalità è chiara: si opera il tentativo di conciliare il modello di governo presidenziale, del quale vengono mantenuti i caratteri fondamentali, con il contesto multipartitico che si è prodotto nel XXI secolo; tuttavia, la disciplina adottata pone una serie di questioni interpretative di non poco rilievo, anche per la sua sinteticità.

Intanto sorprende la totale esclusione da questo nuovo circuito della Camera dei deputati, che, laddove di opti per un governo di coalizione viene privata anche del potere di ratifica della nomina presidenziale del *Secretario di Hacienda*, che dovrà essere confermato, come gli altri, dal Senato¹⁵⁹. La decisione di coinvolgere il solo Senato può essere dipesa dalla pari durata del mandato dei senatori rispetto a quello del Presidente, così da rendere possibile la stipula di accordi di coalizione validi per l'intera legislatura, dovendosi invece, in caso di coinvolgimento anche della Camera operare secondo cadenze triennali. L'esclusione può non restare priva di conseguenze; può infatti verificarsi che le elezioni di medio termine modifichino sensibilmente i rapporti di forza tra i partiti, e, di conseguenza, che la coalizione di governo perda il controllo della maggioranza nella Camera bassa. Un inconveniente non da poco: un esito di questo tipo avrebbe ripercussioni sulle decisioni di bilancio, indebolendo il Presidente ed il suo governo.

2017 Artículos 25, 73, 107 y 123 (Nueva reforma)

151 artículos reformados al 24 de febrero de 2017

¹⁵⁸ Sull'esigenza della ratifica dei membri del gabinetto in sede parlamentare, J. Carpizo, *México: ¿sistema presidencial o parlamentario?*, 36.

¹⁵⁹ L'attribuzione al solo Senato di questa attribuzione era stata sostenuta da D. Valades, *El control del poder*, cit., 410.

L'art. 89.XVII CM opera un riferimento testuale al "governo" (di coalizione): si tratta di capire cosa intende. A noi pare che essa esprima un concetto politico, con cui si indica il pluralismo politico che dal punto di vista soggettivo caratterizzerà il potere esecutivo e la provenienza dei segretari di stato, che, evidentemente, sono espressione di partiti diversi. Non ne possiamo ricavare, invece, un significato istituzionale sulla cui base dovrebbe essere registrata la creazione di un nuovo organo collegiale all'interno dell'esecutivo, del tutto simile al gabinetto o al consiglio dei ministri tipico del sistema parlamentare. Questa seconda opzione non ci pare proponibile, restando la titolarità dell'intero potere esecutivo attribuita al Presidente, e difettando nella CM una qualsiasi disciplina di questo organo (come abbiamo già ricordato il riferimento eccezionale al Consiglio dei ministri originariamente contenuto nell'art. 29 CM è stato espunto con una revisione del 1981); semmai, potranno esserci dei vincoli politici contenuti nell'accordo di coalizione a definire il ruolo che le riunioni collegiali dei segretari di stato (i quali, rispondono, oltre che al Presidente, anche al partito di appartenenza) dovranno assolvere.

Ancora: la riforma ha previsto che l'assenso del Senato sia espresso solo nel momento iniziale della designazione dei segretari di stato (ovviamente rinnovabile, allorché si proceda alla sostituzione di alcuni di loro nei confronti di nuovi nominati); non è stata prevista, invece, nessuna forma di controllo successivo che possa portare alla censura o alla destituzione di questi soggetti (salvo l'ipotesi di attivazione del *juicio político* ove ne ricorrano le condizioni).

È vero che l'accordo di coalizione deve indicare le ragioni dell'eventuale scioglimento, con clausole che potranno essere definite anche in modo dettagliato. Rimane comunque una prerogativa del Presidente quella di procedere ad un eventuale destituzione dei segretari di stato in carica (già confermati dal Senato), con il solo limite del rispetto delle condizioni poste dall'accordo di coalizione, giuridicamente non sanzionabili.

Per quanto tale accordo sia espressamente richiamato dalla Costituzione ed acquisti un valore decisivo per il corretto funzionamento del sistema istituzionale, non pare sostenibile che la violazione delle sue clausole da parte del Presidente (o degli altri soggetti sottoscrittori) possa essere giustiziabile di fronte ad una corte di giustizia.

Altra questione importante: la decisione se procedere o meno alla formazione di governi di coalizione dipende dalla sola volontà del Presidente, che può scegliere liberamente come procedere. In base agli esiti delle consultazioni elettorali possono astrattamente profilarsi una pluralità di scenari.

Una prima ipotesi possibile, anche se in questa fase storica poco realistica, è quella dell'elezione di un Presidente candidato da un solo partito e che quest'ultimo consegua anche la maggioranza assoluta nelle due Camere. In questo caso si avvierebbe la dinamica classica del sistema presidenziale a trazione monocratica, con la prevalenza dell'esecutivo sul Congresso, con un ritorno all'antico. Una seconda possibilità è che il Presidente sia stato presentato da una coalizione di partiti con un accordo pre-elettorale e che la stessa coalizione consegua la maggioranza assoluta nei due rami del Parlamento. È molto probabile che l'accordo di coalizione venga riproposto anche per la formazione del governo, anche se non

sicuro, in quanto non esiste a carico del Presidente un vincolo giuridico, ma soltanto politico di confermare questa scelta, che gli stessi esiti elettorali potrebbero far ripensare.

L'alternativa a queste eventualità è che il Presidente eletto non disponga di una maggioranza parlamentare (anche solo in una delle due Camere) come è avvenuto negli ultimi anni; il Presidente resta, comunque, il *dominus* della situazione, potendo liberamente optare per la soluzione del governo diviso con una contrattazione puntuale dei contenuti della legislazione, o, viceversa per l'applicazione dell'art. 89.XVII CM, avviando le trattative per l'accordo di coalizione ed il relativo programma.

È piuttosto sorprendente il riconoscimento di questa totale libertà di azione politica, senza la previsione di nessun obbligo di attivazione del circuito alternativo, che, ad esempio poteva essere collegato ad una soglia minima di voti raggiunta dai partiti presidenziali nelle elezioni.

Nel complesso, quindi, la riforma del 2014 ha trasformato la forma di governo del Messico in un sistema multi-virtuale, che potrà funzionare, a seconda delle condizioni politiche che si determineranno nei vari passaggi elettorali, secondo i canoni classici del modello presidenziale (che resta quello in astratto preferito), o, piuttosto, come circuito alternativo e di riserva, secondo modalità che potremmo definire di presidenzialismo attenuato ed atipico, in quanto l'azione di governo risulta fortemente condizionata dalla coalizione cui si è dato vita e dai contenuti dell'accordo stipulato, del quale il Presidente, che ha preso l'iniziativa per realizzarlo, rimane sempre il garante ed il responsabile dell'attuazione.

Non ci sembrano proponibili, invece, qualificazioni diverse della forma di governo, che non si trasforma né in semi-presidenziale, né, tanto meno, in parlamentare¹⁶⁰. Continuano a difettare alcuni dei caratteri necessari di questi modelli; intanto l'esecutivo non diventa bicefalo per l'assenza di un Capo del governo che si aggiunge al Capo dello Stato, e poi, per la mancanza di un organo collegiale (il Gabinetto) disciplinato costituzionalmente con riguardo alla struttura ed ai poteri. Infine, per l'assenza di poteri di censura a disposizione di almeno un'Assemblea parlamentare, che possano provocare se non una crisi di governo, almeno la decadenza dei segretari di stato. Del resto, questa conclusione è coerente con le posizioni sostenute a più riprese dai principali giuristi messicani, che hanno rifiutato le tesi radicali che, descrivendo analiticamente i difetti e le difficoltà di funzionamento che la forma di governo presidenziale avuto fuori degli Stati Uniti, proponevano il superamento nel modello ed il passaggio al sistema parlamentare, per sua natura più flessibile e per questo maggiormente idoneo a fronteggiare le situazioni di crisi¹⁶¹.

¹⁶⁰ Sulle contaminazioni tra forme di governo nelle recenti esperienze latino-americane e sul concetto di *presidencialismo parlamentarizado*, J. Carpizo, *En búsqueda del adn y las influencias en algunos sistemas presidenciales y parlamentarios*, in revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4053/5196, 2008.

¹⁶¹ La tesi della necessità di abbandonare lo schema del modello presidenziale e del passaggio alla forma di governo parlamentare trova un sostegno minoritario; cfr. J. J. Linz, *Democrazia presidenziale o democrazia parlamentare: vi è differenza?*, in J. J. Linz, A. Valenzuela (cur.), *op. cit.*, 19 ss., per il quale la differenza sostanziale tra i due sistemi consiste nella contrapposizione tra rigidità eccessiva dell'uno e flessibilità dell'altro; con la conseguenza che nei momenti di

Ricordiamo, tra le altre, la tesi di D. Valadés, che propugnava l'esigenza di realizzare una transizione da un sistema presidenziale ad un altro sistema presidenziale con un riequilibrio dei rapporti tra poteri, ridefinendo le funzioni dei diversi organi costituzionali per ristabilire una loro legittimità funzionale¹⁶². Lo stesso J. Carpizo¹⁶³ concludeva uno dei suoi scritti dedicati all'argomento dichiarandosi a favore di riforme costituzionali che potessero favorire il passaggio ad un presidenzialismo rinnovato, che, tenendo conto delle trasformazioni profonde avvenute nel Paese rispetto al periodo costituente, garantisse un migliore equilibrio istituzionale, con un rafforzamento dei poteri di controllo del Congresso. Rifuggendo da esperimenti teorici estranei alla tradizione messicana (come avverrebbe se si decidesse di sperimentare forme di governo alternative), quello che si propone non è di costruire un potere esecutivo debole, conferendo una supremazia al potere legislativo, bensì di dare vita ad un effettivo sistema di pesi e contrappesi senza egemonia né superiorità di un organo costituzionale nei confronti degli altri.

Per quanto salutata come un progresso rispetto alla situazione attuale, non sono mancate critiche al contenuto della riforma, proprio per le lacune che essa presenta e le incertezze interpretative che fa emergere. Per questo, pur in assenza di un espresso rinvio, si è proposto di adottare una legge di attuazione costituzionale da parte del Congresso, al fine di interpretare i precetti costituzionali vigenti evitando che decisioni così importanti riguardo alle regole da applicare siano interamente rimesse all'accordo di coalizione e, in definitiva, alla totale libertà dei partiti politici¹⁶⁴. Una scelta di questo tipo si spiega con ragioni di opportunità riconducibili alla cultura politica messicana, che si caratterizza per la sfiducia tra gli attori politici riguardo alla distribuzione del potere; ragione per cui è necessario disciplinare in forma dettagliata queste regole distributive da parte della costituzione. Inoltre, si avrebbe a disposizione una mappa per realizzare una modalità di governo poco conosciuta in Messico.

L'idea di razionalizzare la forma di governo presidenziale, come si è fatto in Europa nel secolo scorso per i sistemi parlamentari, per rendere le sue dinamiche più efficienti è certo interessante; la disciplina introdotta, al momento è stata piuttosto cauta, potremmo dire che il tasso di razionalizzazione è stato basso,

difficoltà nei sistemi parlamentari si producono crisi di governo, mentre in quelli presidenziali crisi di regime che possono mettere in pericolo la sopravvivenza della democrazia stessa.

¹⁶² D. Valadés, *El control del poder*, cit., 412 ss.

¹⁶³ J. Carpizo, *México: ¿sistema presidencial o parlamentario?*, 35 ss., cui si rinvia per l'esposizione delle tesi di A. Lujambio, *Federalismo y Congreso en el cambio político de México*, México, 1995 e di D. Nohlen, *Sistemas de gobierno: perspectivas conceptuales y comparativas*, in D. Nohlen, M. Fernández (cur.), *Presidencialismo versus parlamentarismo. América Latina*, Caracas, 1991, 20 ss. che seguono orientamenti molto simili.

¹⁶⁴ Cfr. D. Barceló, D. Valades (cur.) *Estudio sobre el sistema presidencial mexicano que contiene anteproyecto de ley del gobierno de coalición*, Mexico, 2016. Numerose sono le ragioni addotte: tra queste l'impossibilità che regole convenzionali possano vincolare due poteri diversi e separati organicamente, e l'esigenza di consentire che le modalità operative della democrazia rappresentativa, trasformino le preferenze dei cittadini in politiche pubbliche e programmi realizzabili. Tra le innovazioni proposte emerge quella di conferire un valore giuridico alle censure approvate dal Senato ai ministri in carica, rendendo le dimissioni obbligatorie nell'eventualità in cui il giudizio negativo sia ripetuto per due sessioni consecutive dei lavori parlamentari.

soprattutto se confrontata con le proposte ben più incisive avanzate dalla dottrina costituzionalistica più autorevole¹⁶⁵.

Ad esempio, al momento non state prese in considerazione quelle proposte che avrebbero inciso in maniera più significativa sugli equilibri del sistema, quali la previsione di un gabinetto vero e proprio e di *jefe de gabinete* quale figura autonoma dal Presidente, anche se da questi nominato e responsabile dell'attività di governo di fronte al Presidente stesso e di fronte al Congresso, con la possibilità da parte di quest'ultimo di rimuoverlo dall'incarico con decisione assunta a maggioranza assoluta di entrambe le Camere¹⁶⁶.

La sensazione di un osservatore esterno è che si voglia aprire una fase sperimentale con questa novità, per decidere, poi, se insistere su questa linea, mediante l'incorporazione di pratiche tipiche del parlamentarismo, conservando i simboli del presidenzialismo¹⁶⁷, o procedere diversamente. La lunga stagione delle riforme avviata negli anni '70 del secolo non sembra ancora del tutto conclusa con un proseguimento della fase di transizione istituzionale, anche se sarebbe forse opportuno, almeno per un certo periodo, fermarsi e consentire alle nuove regole di consolidarsi e diventare più stabili. Come è stato efficacemente suggerito, l'obiettivo essenziale da perseguire è quello della razionalizzazione del sistema presidenziale per mezzo di contaminazioni proprie dei sistemi parlamentari, "que auspicien una familiaridad creciente de la sociedad y de sus dirigentes políticos con las diversas modalidades de responsabilidad política"¹⁶⁸.

Su tali questioni, al momento, è possibile solo interrogarsi e sospendere il giudizio fino al momento dell'eventuale attuazione della riforma; è quindi necessario attendere i risultati delle elezioni presidenziali e legislative del 1° luglio 2018 per avere indicazioni più precise del tipo di coalizioni che si potranno costruire e dei rapporti di forza tra partiti e, quindi, quali potranno essere le dinamiche della forma di governo del Messico negli anni futuri.

¹⁶⁵ Cfr., per tutti, D. Valades, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, 305 ss., che aveva proposto di adottare ben otto strumenti di riforma. Tra questi: reintrodurre la figura del Consiglio dei ministri con attribuzioni predeterminate in Costituzione; conferire ad uno dei ministri le funzioni di coordinatore o di Jefe de gabinete (análogamente ad altre esperienze latino-americane quale quella argentina); mantenere al Presidente il potere di nomina e di revoca dei ministri, subordinando il primo dei due al consenso del Senato alla relativa proposta; consentire al Senato di adottare risoluzioni di disapprovazione (*reprobación*) con riguardo a singoli ministri o all'intero governo, senza effetti vincolanti per il Presidente; assoggettare il programma di governo all'approvazione del Congresso.

Come è evidente, la riforma del 2014 si è limitata a recepire soltanto due di queste proposte, comunque subordinate a decisioni rimesse alla totale discrezionalità del Presidente.

¹⁶⁶ Come noto si tratta della proposta avanzata da J. Carpizo, *México: ¿sistema presidencial o parlamentario?*, 36, che si richiama all'esperienza argentina dopo il 1994.

¹⁶⁷ Il fenomeno descritto appare speculare a quello del c.d. presidenzializzazione dei sistemi parlamentari europei, che hanno registrato, quasi ovunque, un deciso rafforzamento della componente monocratica e di vertice del potere esecutivo, a discapito della collegialità dell'azione di governo e del ruolo (non più centrale) delle assemblee parlamentari; cfr., per tutti, A. Di Giovine, A. Mastromarino (cur.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007. Questo, della contaminazione tra istituti che caratterizzano forme di governo alternative, è un fenomeno che meriterebbe di essere approfondito.

¹⁶⁸ D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, cit., 304, cit., que concluye: "se dispondría así de instrumentos complementarios de las libertades públicas ya existentes para cambiar los patrones culturales jurídicos y políticos del país".

L'auspicio è che il tentativo vada a buon fine: le istituzioni politiche messicane hanno bisogno di recuperare una forte legittimazione per affrontare i gravi problemi e le perduranti difficoltà di un Paese la cui importanza strategica è fondamentale nel contesto geopolitico americano¹⁶⁹.

Siamo comunque di fronte ad un processo circolare: con senso di realismo, non devono essere riposte speranze eccessive sulle virtù taumaturgiche dell'ingegneria costituzionale. Intanto, i mutamenti delle regole sul modello di governo devono fare i conti con prassi e formule consolidate dal retaggio storico; ma, soprattutto, il funzionamento efficiente del sistema istituzionale e politico di un Paese dipende dal sostrato economico, sociale e culturale corrispondente e, certamente, stagnazione economica, diseguaglianze, deficit culturali e mancanza di sicurezza possono rendere più difficile il conseguimento dei risultati attesi.

¹⁶⁹ I dati e le statistiche negative riportate, ormai una decina di anni fa, da J. Carpizo, M. Carbonell, *op. cit.*, 222 ss. non sono certo migliorati. Sotto il profilo economico si è addirittura registrato un incremento del tasso di povertà, salito oltre il 46%, mentre rimangono diseguaglianze laceranti, come mostra l'indice di Gini, che è attualmente molto alto (0,79); cfr. per il dettaglio dei dati macroeconomici i siti di *World Wide Govern Indicators* e dell'*Economist intelligence Unit*.

I rapporti sul Messico di Amnesty International per il 2015-2016 (www.rapportoannuale.amnesty.it) denuncia l'esistenza di una situazione complessiva dei diritti di libertà piuttosto critica: violenze di massa, ricorso alla tortura e ad esecuzioni extra-giudiziali, sparizione di persone, intimidazione ed uccisione di giornalisti e difensori dei diritti umani. Il rating assegnato al Messico per il 2016 da *Freedom in the World* è di 3/7 sia per i diritti politici che le libertà civili (freedomhouse.org/report/freedom-world/2016/mexico), inferiore anche a quello di altri grandi paesi dell'America latina. I riscontri effettuati da organizzazioni internazionali (Commissione interamericana dei diritti umani, Comitati e alti commissari dell'ONU), sono stati tuttavia contestati dalle autorità di governo. La situazione è certamente anche una conseguenza del dilagare del fenomeno della criminalità organizzata, che controllano vaste parti del territorio, soprattutto nell'area del Pacifico e contro le quali sono sinora rimaste senza esito le iniziative di repressione condotte dalle forze di polizia. Una situazione drammatica, che potrebbe peggiorare a seguito del mutamento della politica estera degli USA nei confronti dei Paesi vicini, voluta dall'amministrazione Trump. Su questi temi v. ora: *La potenza del Messico*, *limes*, rivista italiana di geopolitica, n. 2/2017.

Note e commenti

Una dichiarazione sul proprio onore può soddisfare i requisiti di capacità economica e finanziaria nell'ambito di un appalto pubblico?

di Francesco Campodonico

Title: Can a sworn statement fulfil the criterion regarding economic and financial standing indicated in the contract notice of a tendering procedure?

Keywords: Economic and financial standing; Judicial review of a decision to exclude a tenderer; Sworn statement.

1. – Secondo la Direttiva 2004/18/CE – oggi la Direttiva 2014/24/UE – un'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a escludere un offerente da un appalto pubblico se non rispetta i requisiti di capacità economico/finanziaria stabiliti dal bando di gara. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 46, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE (e oggi dell'articolo 60, comma 3, cpv. della Direttiva 2014/24/UE) è concesso a qualsiasi operatore economico, in presenza di «fondati motivi», «provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice».

Il tema dei “mezzi di prova” del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria è uno dei più ricorrenti nell'ambito della contrattualistica pubblica, sul quale non solo il nostro legislatore è intervenuto – da ultimo in sede di recepimento delle Direttive europee del 2014 – ma anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha voluto esprimersi (vedi le Deliberazioni n. 350/2017 e n. 518/2017).

Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (d'ora in avanti la CGUE) ha avuto modo di portare un proprio contributo non solo all'identificazione dei principi generali che vengono in rilievo in questi casi così importanti da un punto di vista pratico-operativo ma anche a una prima (e per molti versi ancora tutta da definire) indicazione sul ruolo del giudice nazionale a presidio del diritto degli operatori economici a far ricorso ad altri mezzi di prova, diversi da quelli richiesti dall'amministrazione.

2. – Il caso dal quale ha avuto origine il rinvio pregiudiziale alla CGUE riguardava il ricorso proposto da un operatore economico avverso il provvedimento di esclusione da una gara indetta da una pubblica amministrazione slovacca per l'affidamento di un contratto di lavori da più di 25 milioni di euro. L'ente pubblico aveva deciso di escludere l'offerente in quanto questi non era riuscito a produrre la dichiarazione di un istituto bancario che attestasse che gli veniva concesso un credito del valore minimo di 3 milioni di euro. Tuttavia l'escluso aveva prodotto, al posto della dichiarazione necessaria, un'altra dichiarazione di un istituto bancario che «conteneva informazioni relative all'apertura di un credito in conto corrente di importo superiore a EUR 5.000.000» (la Corte ne deduce che «era un credito in conto corrente che non era destinato all'esecuzione dell'appalto») e, insieme a questa, una propria

«dichiarazione sull'onore attestante che, nel caso in cui la sua offerta fosse stata scelta, sul suo conto sarebbe stato accreditato un importo minimo di EUR 3.000.000 (...)» (v. punti 17 e 18 della sentenza). L'offerente escluso, nel suo ricorso, lamentava l'impossibilità oggettiva di soddisfare altrimenti i requisiti previsti dal bando, in quanto – a suo dire – nessuno degli istituti di credito contattati si sarebbe dimostrato disposto a concedere un credito così elevato se non subordinatamente all'aggiudicazione, in favore dell'operatore economico istante, dell'appalto stesso.

Il giudice slovacco riteneva quindi di dover sottoporre alla CGUE, tra gli altri, due quesiti relativi, il primo, alla legittimità dell'esclusione, comminata dall'ente pubblico, nei confronti di un soggetto che pure aveva presentato una dichiarazione sul suo onore che un istituto bancario gli avrebbe messo a disposizione l'ingente somma di denaro richiesta dal bando, e, il secondo, alla possibilità di qualificazione della condizione imposta dalla banca per la concessione del credito come un «fondato motivo» (ai sensi dell'articolo 46, comma 5, della Direttiva 2004/18/CE) per cui l'offerente non può fornire i documenti richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice.

3. – La Corte, nel prendere in considerazione il primo quesito posto dal giudice del rinvio, mette in luce come l'art. 47 della Direttiva 2004/18, a differenza dell'articolo successivo, conceda alle stazioni appaltanti un più ampio margine di discrezionalità nella valutazione delle «referenze probanti», ossia dei mezzi di prova, che devono essere presentati dagli offerenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando. Inoltre, come del resto recepito anche all'interno del nostro ordinamento con l'art. 85, comma 3, del d.lgs. 50 del 2016, esiste un principio generale di proporzionalità tra i livelli minimi di capacità (economico-finanziaria) richiesti per un determinato appalto e il valore dello stesso. Tale principio, dunque, impedisce alle stazioni appaltanti di porre “troppo in alto” l'asticella per la partecipazione, assicurando, in tal modo, un confronto competitivo sempre proporzionale al valore dell'affidamento che si intende operare. Tuttavia, è in capo al giudice nazionale che permane il dovere di verificare che, in concreto, l'importo stabilito nel bando di gara sia proporzionato al suo oggetto.

Analogamente sembrerebbe possibile argomentare che anche i mezzi di prova richiesti dalla stazione appaltante debbano essere «oggettivamente idonei» al loro scopo e non del tutto irragionevoli o “sproporzionati”. La Corte, infatti, afferma che «il requisito di ottenere un credito destinato all'esecuzione di un appalto (è) oggettivamente idoneo a fornire informazioni sulla capacità economica dell'offerente di portare a termine l'esecuzione dell'appalto» (v. punto 36).

D'altro canto, in accordo con quanto già affermato dall'Avvocato generale al paragrafo 46 delle Conclusioni, anche secondo la CGUE risulta parimenti coerente con i principi posti dalla Direttiva che la stazione appaltante richieda all'offerente la dimostrazione del mantenimento della capacità economico-finanziaria per tutta la durata dell'affidamento. Nel caso di specie ciò era stato fatto imponendo ai concorrenti di dimostrare la disponibilità dei fondi richiesti in sede di offerta anche nella fase di esecuzione del contratto. Definitivamente pronunciandosi sul punto, il giudice europeo ritiene quindi di non poter censurare la condotta di una pubblica amministrazione che ha ritenuto non idoneo un mezzo di prova della capacità economico-finanziaria diverso (la dichiarazione sul proprio onore) da quello espressamente richiesto (la dichiarazione dell'istituto di credito).

4. – Con riferimento al secondo quesito posto dalla corte slovacca, la CGUE si dimostra più “sensibile” alle difficoltà incontrate dagli offerenti in sede di “ricerca del finanziatore”. La materiale impossibilità di procurarsi la dichiarazione di un istituto di credito, lamentata dall'offerente sia in sede di giudizio nazionale sia in sede europea, è tenuta in conto dalla Corte, che, infatti, considera tale fattispecie riconducibile, almeno in astratto, tra quei «fondati motivi» evocati dall'art. 47, comma 5 della Direttiva 2004/18.

Naturalmente, nel caso di specie, tale verifica è demandata anch'essa al giudice nazionale, il quale, solo qualora ravvisasse un'«impossibilità oggettiva» a procurarsi la dichiarazione richiesta dall'amministrazione, dovrebbe procedere ad accertare se la «dichiarazione sostitutiva» prodotta dall'operatore economico possa essere considerata – dall'amministrazione procedente – documento idoneo a dimostrare la sua capacità economico-finanziaria. Si tratta, in concreto, di un accertamento bifasico, in cui il giudice nazionale prima «verifica» l'oggettiva impossibilità dichiarata dall'offerente e, poi, provvede a sindacare la legittimità dell'esclusione eventualmente comminata dall'amministrazione.

5. – La sentenza in analisi offre, nel complesso, pochi elementi concreti per indirizzare l'attività del giudice nazionale. Già il primo dei due accertamenti demandatigli dalla CGUE appare piuttosto generico, salvo il riferimento agli «istituti bancari ai quali l'offerente si è rivolto», che farebbe pensare a un'indicazione di massima circa i soggetti da consultare. Per il resto, sembra di poter ritenere che la corte nazionale goda di una notevole discrezionalità nelle modalità dell'istruttoria, potendo ricorrere agli strumenti più vari (interrogazioni, analisi di mercato, testimonianze, ecc.), purché gli consentano di giungere all'accertamento dell'«oggettiva impossibilità» (o meno) per l'offerente di procurarsi i mezzi di prova richiesti dall'amministrazione.

Quanto alla seconda fase, quella di verifica della legittimità dell'esclusione eventualmente comminata dalla stazione appaltante, la posizione della Corte non pare del tutto condivisibile.

Amnesso che l'amministrazione debba comunque rispettare un generale principio di proporzionalità dei mezzi di prova ammissibili, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto e del suo valore, la verifica sull'«idoneità» del mezzo dedotto in concreto costituisce una valutazione di merito dell'amministrazione e non del giudice. Questi potrà, al massimo, procedere alla verifica, *ab extrinseco*, della coerenza della motivazione stessa ma non sarà mai legittimato (salvi i casi del giudizio di ottemperanza) a sostituirsi ad essa.

Sebbene la Corte si sia limitata ad affermare che il controllo del giudice *a quo* si deve «limitare» ad accertare che «l'amministrazione fosse legittimata a ritenere che la dichiarazione sull'onore prodotta dall'offerente non costituisca un documento idoneo ai fini di dimostrare la sua capacità economica e finanziaria» (v. par. 47), è altresì vero che tale legittimazione debba necessariamente sussistere in ogni caso in cui l'amministrazione motivi espressamente questa sua scelta. Diversamente opinando, infatti, si dovrebbe ammettere che l'art. 47, comma 5 della Direttiva 2004/18 (e oggi l'art. 60, comma 3, cpv. della Direttiva 2014/24/UE) costituisca un vero e proprio *passerpartout* per qualsiasi mezzo di prova presentato dall'offerente che si dimostri impossibilitato a produrre il mezzo richiesto dall'amministrazione.

In conclusione, questa sentenza della CGUE, che pure ha il merito di strutturare – seppur a grandi linee e con tutti i limiti che si sono visti – un vero e proprio *iter* nell'analisi dei singoli casi da parte dei giudici nazionali, dall'altro corre il rischio di prospettare un sindacato troppo ampio sull'azione dell'amministrazione, arrivando quasi a contraddire la norma (l'art. 47, comma 5). Al contrario, la verifica dell'idoneità dei mezzi di prova è attività giustamente demandata, e riservata dal testo stesso della Direttiva, all'amministrazione. Solo quest'ultima, infatti, a differenza del giudice, che è organo per natura estraneo alla gestione, conosce e può valutare i pregi o i difetti dei diversi mezzi che i diversi operatori economici intendono presentare a dimostrazione della propria capacità economica e finanziaria ad adempiere la prestazione oggetto dell'appalto.

La Grande Sezione si pronuncia sulla compatibilità con il diritto dell'Unione degli aiuti di Stato alla Chiesa cattolica

di Andrea Circolo

Title: The Grand Chamber rules on the compatibility with EU law of State aids to the Catholic Church

Keywords: Reference for a preliminary ruling; Competition; State aids.

1. – Il rinvio pregiudiziale sottoposto alla Corte verte, nella fattispecie, sull'interpretazione dell'art. 107, par. 1 TFUE. La richiesta di pronuncia del *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo* di Madrid (Tribunale amministrativo, sez. 4) ha origine nel rigetto, da parte dell'*Órgano de Gestión Tributaria* (Ufficio tributi) del Comune di Getafe, dell'istanza della *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (Congregazione religiosa) volta ad ottenere il rimborso di una somma da essa pagata (EUR 23.730) a titolo dell'imposta sulle costruzioni, sugli impianti e sulle opere (c.d. ICIO).

In particolare, la Congregazione della Chiesa cattolica spagnola, in qualità di ente responsabile di una scuola religiosa, ripeteva quanto pagato per alcuni lavori realizzati in un edificio scolastico che ospita la sala conferenze della scuola, invocando, nell'occasione, un accordo concluso tra la Spagna e la Santa sede, prima dell'adesione della Spagna alle Comunità europee; accordo che prevede diverse esenzioni fiscali a favore della Chiesa cattolica. La sala in questione è utilizzata nell'esercizio dell'istruzione primaria e secondaria dello Stato, equivalente a quella impartita nelle scuole pubbliche e sovvenzionata totalmente da fondi pubblici; tuttavia, parimenti, essa è impiegata per fini di istruzione prescolare (*educación infantil*), extrascolastica (*bachillerato*) e post-obbligatoria (*formación profesional*) libera, non partecipe del bilancio pubblico e per la quale vengono percepite rette d'iscrizione. La richiesta di rimborso è stata respinta dall'Ufficio tributi, in quanto l'esenzione non si applicherebbe per un'attività della Chiesa cattolica in assenza del carattere strettamente religioso della stessa.

Il Tribunale amministrativo, investito della controversia dalla Congregazione religiosa, proponeva ai giudici di Lussemburgo un solo quesito, che, tuttavia, ne contiene implicitamente due, ovvero se l'esenzione fiscale controversa, nel caso di specie applicata ad un edificio scolastico, possa costituire un aiuto di Stato vietato dal diritto dell'Unione, e allo stesso tempo, se l'eventualità in cui uno Stato membro esenti una comunità religiosa da talune imposte, in relazione ad attività non strettamente religiose, debba essere considerata alla stregua di un aiuto di Stato vietato.

2. – Per poter rispondere a quanto richiesto, la Corte è chiamata anzitutto a valutare se, nella fattispecie, l'attività svolta dalla Congregazione possa configurarsi come attività d'impresa, e, in secondo luogo, se siano interamente soddisfatte le quattro condizioni di cui all'art. 107, par. 1 TFUE, ai fini della qualificazione dell'esenzione come *aiuto di Stato*, vale a dire se

questa si prefiguri come intervento dello Stato o sia effettuata mediante risorse statali; se tale misura è idonea ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri; se un intervento di tal tipo conceda un vantaggio selettivo; se essa sia in grado di falsare o minacciare di falsare la concorrenza (sulla funzione e la nozione di *aiuti di Stato*, v. *Italia c. Commissione*, 02.07.1974, 173/73, EU:C:1974:71, punto 26; *Air Liquide Industries Belgium*, 15.06.2006, C-393/04 e C-41/05, EU:C:2006:403, punto 27).

La Corte analizza in prima battuta la nozione di *impresa* nel contesto del diritto dell'Unione: secondo una consolidata giurisprudenza essa comprende, in materia di concorrenza, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico - pubblico o privato - di tale entità e dalle sue modalità di finanziamento (a tal proposito, v. *Cassa di Risparmio di Firenze e a.*, 10.01.2006, C-222/04, EU:C:2006:8, punto 107; *Total c. Commissione*, 17.09.2015, C-597/13 P, EU:C:2015:613, punto 33). Pertanto, laddove l'attività in questione possa essere qualificata come *economica*, la circostanza che essa sia esercitata da una comunità religiosa non impedisce l'applicazione delle norme del Trattato, tra cui quelle che disciplinano il diritto della concorrenza (cfr. *Wouters e a.*, 19.02.2002, C-309/99, EU:C:2002:98, punto 112: *un ente che non esercita alcuna attività economica non costituisce un'impresa ai sensi del diritto della concorrenza*; v. *Steymann*, 05.10.1988, 196/87, EU:C:1988:475, punti 9 e 14).

La Corte ricorda che la qualificazione come *attività economica* deve essere esaminata per ciascuna delle diverse attività esercitate da una stessa determinata entità (cfr. MOTOE, 10.07.2008, C-49/07, EU:C:2008:376, punto 25). Nel caso di specie, è pacifico che la Congregazione eserciti tre tipi di attività in seno alla scuola *La Inmaculada*, ovvero attività strettamente religiose, un insegnamento sovvenzionato dallo Stato spagnolo e un insegnamento libero, senza contributo finanziario di tale Stato membro. A tal proposito, i giudici di Lussemburgo precisano che non è escluso che uno stesso istituto possa esercitare più attività, che siano al tempo stesso economiche e non economiche; tuttavia, è condizione necessaria che esso tenga una contabilità separata per quanto riguarda i diversi finanziamenti ricevuti, in modo da escludere qualsiasi rischio di sovvenzione *incrociata* delle sue attività economiche mediante fondi pubblici di cui esso beneficia a titolo delle sue attività non economiche.

Considerato che costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato e che i corsi impartiti da istituti di insegnamento finanziati, essenzialmente, mediante fondi privati non provenienti dal prestatore dei servizi stesso costituiscono servizi e, posto ulteriormente che lo scopo perseguito da tali istituti consiste nell'offrire un servizio in cambio di una remunerazione, la Corte, in relazione al primo punto, stabilisce che spetta al giudice del rinvio decidere, alla luce di tale indicazioni se e, eventualmente, quali tra le attività di insegnamento esercitate dalla Congregazione presentino carattere economico o meno ai fini dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 107, par. 1 TFUE (per ultima, v. *Commissione c. Ungheria*, 23.02.2016, C-179/14, EU:C:2016:108, punto 149).

Nondimeno, la Corte specifica che, al fine di riconoscere il carattere non economico di siffatti servizi didattici, è sufficiente che con essi sia perseguito realmente un obiettivo sociale, culturale ed educativo, motivo per il quale le attività di insegnamento della Congregazione, finanziate totalmente dallo Stato spagnolo, non costituirebbero attività di impresa (in tal senso, v. sentenze *Commissione c. Germania*, 11.09.2007, C-318/05, EU:C:2007:495, punto 68; *Private Barnehagers c. Autorità di vigilanza EFTA*, 21.02.2008, E-5/07, *Report of the EFTA Court* 2008, 61, punti da 80 a 83; in questo senso si è espressa anche la Commissione nei punti da 28 a 30 della sua comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, GU 2016, C 262)

D'altro canto, qualora il giudice del rinvio, al termine di tale verifica, dovesse giudicare che le attività pedagogiche della Congregazione non sovvenzionate dallo Stato spagnolo configurino un'attività economica, esso sarebbe ulteriormente tenuto ad accertare per quali attività di insegnamento venga utilizzata la sala per conferenze della scuola. Qualora il suo uso fosse riservato alle sole attività di insegnamento sovvenzionate dallo Stato

spagnolo, l'esenzione fiscale in discussione non potrebbe ricadere sotto il divieto dettato dall'art. 107; se, invece, l'utilizzo di tale sala per conferenze fosse dedicato unicamente alle attività di insegnamento fornite dalla Congregazione senza sovvenzioni dello Stato spagnolo, o anche solo misto, ovvero per entrambe le attività, l'esenzione potrebbe ricadere in suddetto divieto.

Dello stesso avviso era stato l'Avvocato Generale Juliane Kokott, nelle sue conclusioni presentate il 16 febbraio 2017, sebbene avesse fornito indicazioni più accurate all'indirizzo del giudice di rinvio. In linea con quanto espresso dalla Commissione alla Corte, l'AG affermava che sarebbe stato corretto negare che l'attività della *Congregación* fosse, nel complesso, di natura economica se questa non avesse avuto portata rilevante rispetto ai suoi servizi di insegnamento erogati con finalità sociali, culturali ed educative (ovvero gli insegnamenti obbligatori). Pertanto, ella stabiliva, pur evitando un'applicazione burocratica del diritto dell'Unione, alcuni criteri per la qualificazione di un'attività economica come del tutto secondaria, in nome del principio della certezza del diritto.

Invero, questa volta a dispetto della soglia prefigurata dalla Commissione (20%), l'Avvocato Generale riteneva che, di regola, un'attività economica può essere considerata come del tutto secondaria rispetto a un'attività non economica se rappresenta meno del 10% dell'attività considerata dell'ente interessato nel settore, di volta in volta, rilevante (nel caso di specie: il 10% dell'attività svolta dalla *Congregación* nel settore dei servizi di insegnamento nelle scuole), ciò in linea con le soglie usuali nel diritto della concorrenza negli altri ambiti rilevanti ai fini del mercato interno.

Al riguardo, la Commissione si richiamava al suo Regolamento (UE) n. 651/2014, 17.06.2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, e alla disciplina degli aiuti di Stato a favore della ricerca, sempre da essa emanata (Comunicazione della Commissione, *Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, GU 2014, C 198, pag. 1.). Il regolamento generale di esenzione per categoria – un atto giuridico obbligatorio ai sensi dell'articolo 288, secondo comma, TFUE – deve essere certamente tenuto in debita considerazione in sede di valutazione dei fatti in esame; tuttavia, ad un esame più attento, nella parte dispositiva del regolamento in parola non si rinviene alcuna indicazione in merito a una qualche soglia del 20%, facendo notare che solo nei considerando del regolamento di cui trattasi, in un contesto oltremodo specifico, vale a dire, rispetto alle infrastrutture di ricerca, è indicata, a titolo esemplificativo, una siffatta percentuale. Una formulazione sostanzialmente identica si rinviene – riferita anche in questo caso agli organismi o infrastrutture di ricerca – nella disciplina degli aiuti di Stato a favore della ricerca, in una comunicazione della Commissione non giuridicamente vincolante, con cui essa rende nota la propria prassi amministrativa e propone agli Stati membri determinate misure.

Pertanto l'Avvocato Generale riteneva ingiustificato – correttamente – generalizzare la soglia (relativamente alta) del 20%, elaborata dalla Commissione *ad hoc* per le infrastrutture di ricerca e utilizzarla, nella fattispecie, al fine della definizione del carattere economico o non economico di un'attività.

Per calcolare il superamento o meno della soglia, l'AG suggeriva l'utilizzo di indicatori come la quota di spazi della scuola dedicata – rispetto alla superficie utile complessiva del complesso di edifici – all'una o all'altra tipologia di insegnamento; il numero di classi e di ore di lezione nonché il numero di scolari e insegnanti riferibili all'una e all'altra tipologia di insegnamento; il budget medio annuale che la scuola destina rispettivamente alle due tipologie di attività.

3. – Successivamente la Corte passa in rassegna singolarmente le quattro condizioni che configurano l'ipotesi di aiuto di Stato, ricordando che l'insussistenza di uno solo dei quattro requisiti comporta l'impossibilità di qualificare la misura controversa, nella fattispecie l'esenzione, come aiuto vietato ai sensi del diritto dell'Unione (sul punto, v. la storica sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, 24.07.2003, C-280/00, EU:C:2003:415, punto 74). Nell'esaminare tali condizioni, in base a una giurisprudenza

consolidata, non occorre considerare tanto l'obiettivo soggettivo dichiarato dalle autorità nazionali, quanto piuttosto gli effetti delle misure adottate (a tal proposito, v. *Orange c. Commissione*, 26.10.2016, C-211/15 P, EU:C:2016:798, punto 38; *Commissione c. Hansestadt Lübeck*, 21.12.2016, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punto 48).

Anzitutto i giudici della Grande Sezione affermano che i presupposti circa l'aiuto concesso dallo Stato oppure mediante risorse statali e il vantaggio economico selettivo sembrano *sine dubio omnium* soddisfatti.

Per quanto attiene al criterio degli *aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali*, è riconosciuto che l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE non comprende soltanto prestazioni positive quali le sovvenzioni, ma anche interventi che, in varie forme, allevino gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono identici effetti (cfr. *Eventech*, 14.01.2015, C-518/13, EU:C:2015:9, punto 33). Anche un vantaggio fiscale che, pur non essendo collegato al trasferimento di risorse statali, ponga i soggetti beneficiari in una posizione più favorevole dal punto di vista finanziario rispetto agli altri soggetti passivi, rientra nel novero delle fattispecie potenziali della disposizione (v. *Commissione c. World Duty Free Group e a.*, 21.12.2016, C-20/15, EU:C:2016:981, punto 56).

Ciò vale anche, ovviamente, quando il vantaggio corrispondente è accordato da un ente locale dello Stato – nel caso di specie un Comune – o quando riduce le entrate di quest'ultimo. Infatti, l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE si riferisce a tutte le misure finanziate con risorse pubbliche e imputabili allo Stato; il fatto che l'esenzione fiscale controversa nel caso di specie derivi dalla Convenzione del 1979 e, dunque, tragga origine da una disposizione di diritto internazionale non la priva del carattere di misura statale o finanziata mediante risorse dello Stato (v. *Association Vent De Colère! e a.*, 19.12.2013, C-262/12, EU:C:2013:851, punto 16).

La Corte sottolinea, pertanto, che l'eliminazione di un onere che dovrebbe normalmente gravare sul bilancio della Congregazione ha come corollario una diminuzione patrimoniale in misura corrispondente del Comune, configurando così a pieno il presupposto dell'intervento statale.

Nulla quaestio nemmeno circa il requisito del vantaggio economico selettivo. In base ad una giurisprudenza consolidata, caratteristica per la selettività del vantaggio è la circostanza che siano favorite talune imprese o talune produzioni rispetto ad altre: discostandosi dal regime generale, la misura statale ad esso sottesa introduce, in questo modo, una ingiustificata differenziazione tra operatori economici che si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell'obiettivo perseguito da detto regime (così, la sentenza *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, 08.11.2001, C-143/99, EU:C:2001:598, punto 41). È vero che la Corte riconosce che un vantaggio fiscale non è selettivo quando è giustificato dalla natura o dagli obiettivi generali del sistema nel quale si inserisce, in particolare quando una disposizione fiscale si fonda direttamente sui principi informativi o basilari del sistema fiscale nazionale (v. le sentenze *Commissione c. Hansestadt Lübeck*, 21.12.2016, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punto 41 e *Commissione c. World Duty Free Group e a.*, 21.12.2016, C-20/15, EU:C:2016:981, punto 58); tuttavia, nel caso di specie, 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, poiché l'esenzione si fonda unicamente sulla Convenzione del 1979.

Pertanto, secondo la Corte, occorre considerare che l'ICIO costituisce un'imposta normalmente dovuta da tutti i contribuenti che effettuano lavori di costruzione o di ristrutturazione interessati da tale imposta, motivo per cui l'esenzione avrebbe come effetto di alleviare gli oneri che gravano sul bilancio della Congregazione. Di conseguenza, risulta che una siffatta esenzione fiscale escluderebbe che si configuri una misura indistintamente applicabile e costituirebbe un vantaggio selettivo a favore della Congregazione.

4. – Riguardo, invece, l'eventualità che l'esenzione possa incidere sugli scambi tra Stati membri e falsare o minacciare di falsare la concorrenza, la Corte afferma che spetta al giudice del rinvio valutare in fatto se si possano configurare questi ultimi due presupposti strettamente collegati tra loro, alla luce degli elementi interpretativi emersi e sulla base di tutte le circostanze pertinenti della controversia di cui è investito. In base a una giurisprudenza costante, non è a tal fine necessario dimostrare una reale incidenza dell'aiuto sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma basta esaminare se l'aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi o a falsare la concorrenza (per ultima, v. *Vervloet e a.*, 21.12.2016, C-76/15, EU:C:2016:975, punto 102).

Quanto poi alla terza condizione, è ben noto che una misura è idonea a pregiudicare il commercio tra Stati membri per il sol fatto di rafforzare la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi, motivo per cui non è necessario che l'impresa beneficiaria partecipi essa stessa agli scambi interni all'Unione.

Ulteriormente, in relazione al quarto presupposto, i giudici della Grande Sezione ricordano che gli aiuti diretti a sgravare un'impresa dai costi cui essa avrebbe dovuto normalmente far fronte nell'ambito della propria gestione corrente o delle proprie normali attività rafforzano la posizione dell'impresa interessata rispetto a quella di altre imprese concorrenti negli scambi tra gli Stati membri e falsano, in linea di principio, le condizioni di concorrenza (cfr. *Commissione c. Italia e Wam*, 30.04.2009, C-494/06 P, EU:C:2009:272, punto 54; *Orange c. Commissione*, 26.10.2016, C-211/15 P, EU:C:2016:798, punto 65). Sicché risulta 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 altri istituti operanti sul medesimo mercato, prefigurando, in tal modo, la quarta condizione.

Il giudice di rinvio sarà chiamato, inoltre, a stabilire se l'esenzione controversa nel procedimento principale possa produrre tali effetti anche alla luce dell'applicabilità del regolamento (CE) n. 1998/2006 a tale controversia (c.d. regolamento *de minimis*). È utile rammentare che, ai sensi dell'art. 2 di tale regolamento, si reputa che gli aiuti non eccedenti un tetto massimo di EUR 200.000 sull'arco di tre anni (o meglio, di tre esercizi finanziari) non incidano sugli scambi tra gli Stati membri e non falsino o minaccino di falsare la concorrenza, di modo che misure di questo tipo sono escluse dalla nozione di aiuti di Stato.

La Corte conclude sul punto ricordando la facoltà, da parte del giudice di rinvio, di chiedere la collaborazione di altri organi dello Stato membro interessato e di sollecitare a tal fine l'aiuto della Commissione, in conformità al principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3 TUE), qualora dovesse nutrire dubbi o incontrare difficoltà per quanto riguarda la determinazione dell'importo degli aiuti di cui la Congregazione può aver beneficiato a titolo delle sue eventuali attività economiche.

5. – Nella parte finale della sentenza, la Corte affronta un ulteriore profilo relativo al caso di specie, ovvero se l'esenzione fiscale controversa sia da considerare come *un aiuto esistente o un aiuto nuovo*. La diversa qualificazione rileva non solo ai fini meramente classificatori, ma altresì procedurali, dal momento che, a norma dell'art. 108, par. 1 TFUE, gli aiuti esistenti possono essere regolarmente messi in atto fintantoché la Commissione non abbia constatato la loro incompatibilità (v. *DEI c. Commissione*, 26.10.2016, C-590/14 P, EU:C:2016:797, punto 45); mentre, ai sensi dell'art. 108, par. 3 TFUE i progetti diretti a istituire aiuti nuovi o a modificare aiuti esistenti devono essere notificati, in tempo utile, alla Commissione e non possono essere messi ad esecuzione finché la procedura non si sia conclusa con una decisione definitiva (per ultime, v. *Deutsche Lufthansa*, 21.10.2013, C-284/12, EU:C:2013:755, punti 25 e 26; *Klausner Holz Niedersachsen*, 11.10.2015, C-505/14, EU:C:2015:742, punti 18 e 19).

Secondo quanto fatto osservare dal Governo spagnolo dinnanzi alla Corte, l'esenzione fiscale in questione costituirebbe un aiuto esistente, dal momento che l'Accordo del 3 gennaio 1979 tra la Santa Sede e il Regno di Spagna è stato concluso prima dell'adesione di quest'ultimo all'Unione europea, e l'esenzione controversa è fondata proprio su tale accordo.

I giudici dell'Unione chiariscono, invece, che, nel caso di specie, se è vero che l'Accordo del 1979, che prevede un'esenzione generale dalle imposte reali a favore della Chiesa cattolica spagnola, è antecedente all'adesione del Regno di Spagna all'Unione, resta il fatto che l'ICIO è stata introdotta nell'ordinamento giuridico spagnolo soltanto dopo tale adesione e che l'esenzione fiscale in discussione nel procedimento principale è derivata dal decreto del 5 giugno 2001. L'errore di valutazione del Governo spagnolo sta nell'aver ricondotto temporalmente l'esenzione all'accordo generale, anziché al decreto particolare di adozione e ed esecuzione della singola misura, motivo per cui essa va considerata alla stregua di un aiuto nuovo e va, pertanto, notificata in tempo utile alla Commissione.

6. – A ben vedere, con questa sentenza la Corte di Giustizia conferma un principio già ricavabile dalla recente giurisprudenza dell'Unione e dalla prassi della Commissione, che aveva aperto la strada con riferimento ad alcune vicende inerenti l'ordinamento italiano. In particolare, nel 2010, la Commissione aveva già contestato allo Stato italiano l'esenzione della vecchia ICI (Imposta comunale sugli immobili) a favore della Chiesa Cattolica italiana, qualificandolo come aiuto di stato illegale. Infatti, l'art. 7 comma 1, lett. i), del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 (come modificato dall'art. 39 del d.l. n. 223/06) che prevedeva l'esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da alcune categorie di soggetti (tra cui figuravano proprio gli enti ecclesiastici) aveva richiamato l'attenzione della Commissione che, con la decisione n. 2013/284/UE, aveva ritenuto che l'esenzione dall'ICI concessa agli enti non commerciali che svolgevano, negli immobili interessati, attività d'impresa, configurava ugualmente un aiuto di Stato, e, pertanto, vietato dal diritto dell'Unione. Nelle more del procedimento, il legislatore italiano era intervenuto in ottemperanza alle istanze europee, introducendo nell'ordinamento l'art. 91-bis, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito in l. n. 27, 24 marzo 2012) che ha aggiunto un ulteriore requisito a quelli che devono possedersi, affinché si possa ottenere il riconoscimento dell'esenzione dalla tassa immobiliare, nel frattempo divenuta IMU (Imposta Municipale Unica), ovvero lo svolgimento di attività con modalità non commerciali.

In tal modo, la Commissione ha tracciato la via per l'applicazione del divieto di aiuti di Stato anche nei confronti degli enti ecclesiastici, nella misura in cui questi svolgano una o più attività di tipo economico, seppure attraverso una decisione che, nel caso italiano, risulta notevolmente mitigata dalla rilevata *impossibilità assoluta* di dare esecuzione all'obbligo di recupero. Invero, le banche dati fiscali e catastali consentivano di identificare gli immobili utilizzati, ma non di ricondurre il tipo di attività svolta al singolo immobile, rendendo così impraticabile un calcolo oggettivo dell'imposta da recuperare. La decisione della Commissione è stata confermata da due sentenze del Tribunale (*Scuola Elementare Maria Montessori Srl c. Commissione e P. Ferracci c. Commissione*, 15.09.2016, T-219/13 e T-220/13, EU:T:2016:484 e EU:T:2016:485) e attende di essere smentita o confermata dalla Corte di giustizia innanzi alla quale pende, specie in relazione alla seconda pronuncia, il giudizio a seguito di impugnazione.

In verità, nel caso di specie riguardante la Chiesa cattolica spagnola, la Corte avrebbe potuto rafforzare la sua dichiarazione di principio in materia facendo proprio il puntuale ragionamento dell'Avvocato Generale, di cui, del resto, ha condiviso le conclusioni. Per la precisione, l'AG affermava che bisognava prima di tutto stabilire se il divieto di aiuti di Stato contenuto nell'art. 107, par. 1 TFUE potesse trovare applicazione, tenuto conto che l'art. 17 TFUE obbliga l'Unione a rispettare lo *status* di cui godono le chiese negli Stati membri e a non pregiudicarlo. Con il suddetto art. 17 TFUE il Trattato di Lisbona ha recepito una disposizione contenuta già nell'art. I-52 del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* e le cui origini si ritrovano nella dichiarazione sullo *status* delle chiese e delle organizzazioni non confessionali adottata nel 1997. L'art. 17 TFUE concretizza e integra, in definitiva, il più generale principio, sancito dall'art. 4, par. 2 TUE relativo al rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri insita nelle loro strutture fondamentali, politiche e costituzionali. Senza dubbio, con l'art. 17 TFUE è stata data espressione, attribuendovi una posizione preminente, al particolare ruolo sociale delle chiese negli Stati membri. L'Avvocato Generale fa notare,

però, che la disposizione in parola non può essere letta come una deroga settoriale in base alla quale l'attività delle chiese si svolgerebbe, in termini generali, al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. In particolare, il diritto dell'Unione deve trovare applicazione nei casi in cui le chiese svolgono attività economiche, come riconosciuto dalla Corte in una giurisprudenza consolidata anche rispetto alle associazioni o federazioni sportive. Il significato dell'articolo 17 TFUE non risiede, dunque, in un caso come quello in esame, nel fatto che l'attività delle chiese sarebbe sottratta in termini generali dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, quanto piuttosto nel fatto che *nell'interpretare e applicare* il diritto dell'Unione il loro *status* deve essere rispettato e non può essere pregiudicato.

A prescindere dalle modalità della statuizione, più o meno mitigate per questioni di tipo diplomatico, gli effetti della decisione non si riverbereranno unicamente sul caso di specie; l'importante effetto di cui è provvista la decisione è stato confermato dallo stesso Presidente della Corte Koen Lenaerts, che, incontrando i giornalisti a Lussemburgo, ha affermato che la sentenza è rilevante non solo per la Spagna, ma anche per paesi come l'Italia, la Francia e il Belgio, che hanno un concordato con la Chiesa e la cui relazione con lo Stato è un tema molto delicato.

La disciplina italiana della mediazione obbligatoria al vaglio della Corte di Giustizia

di Angela Correra

Title: CJEU's decision on the Italian mediation procedure

Keywords: ADR for consumer disputes; Mandatory assistance of a lawyer; Right of access to the judicial system.

1. – Con decisione del 14 giugno 2017 la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sul tema di estrema attualità dell'adozione da parte degli Stati membri di una normativa interna che preveda, nelle controversie B2C (*Business to Consumer*), il ricorso alla mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale e della compatibilità di quell'obbligo e delle sue modalità di attuazione con i principi e le garanzie fondamentali in tema di tutela giurisdizionale dei diritti.

939

2. – L'occasione è offerta dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proveniente dal Tribunale Ordinario di Verona, relativa all'interpretazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (*direttiva sull'ADR per i consumatori*), e della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Com'è noto, la direttiva 2013/11/UE istituisce un meccanismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie introdotte dai consumatori nei confronti dei professionisti, che ammette il ritiro spontaneo da parte dei primi dalla relativa procedura, senza necessità di addurre alcuna giustificazione a sostegno della propria decisione; che è ispirato a gratuità e che si fonda espressamente sulla non obbligatorietà della difesa tecnica. Essa è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 130/2015, che ha aggiunto al *corpus* del codice del consumo gli articoli 141bis-141decies, con i quali è stata introdotta appunto la procedura ADR (risoluzione extragiudiziale delle controversie).

Per una breve ricostruzione del quadro normativo nella materia *de qua* è utile ricordare che, sebbene negli anni antecedenti al 2000 il legislatore europeo avesse adottato una serie di norme, al fine di garantire ai consumatori un alto livello di protezione nei contratti transfrontalieri conclusi con una controparte professionale (sia nell'ambito del diritto applicabile al rapporto contrattuale, sia nell'ambito della giurisdizione in caso di controversia), i limiti di efficienza e di funzionalità del processo giudiziario e l'inadeguatezza dei metodi tradizionali di amministrare la giustizia hanno influito negativamente sulla volontà e sulla capacità dei consumatori di concludere contratti transfrontalieri. In realtà, proprio la lunghezza dei processi e i costi legati alla giustizia e, dunque, la violazione costante e ripetuta del principio dell'equo processo e dell'effettività della tutela hanno determinato un crescente

interesse verso le forme di risoluzione alternativa delle controversie attraverso la predisposizione di strumenti normativi *ad hoc* (per uno studio sulla nascita e lo sviluppo di tali sistemi si rinvia a R. Capori, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in *Il Foro Italiano*, 2003, 165 ss.; S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004). Si ricorda come la prima e, forse, più evidente opzione per uno strumento di ADR è senza dubbio rappresentata dalla istituzione, nel 1992, del Mediatore europeo, il cui ambito di intervento è rappresentato dai casi di cattiva amministrazione delle istituzioni o degli organismi comunitari, secondo la previsione dell'articolo 228 TFUE.

Il percorso teso a garantire un'ampia diffusione degli strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie conta poi l'istituzione nei primi anni del 2000 da parte della Commissione Europea di due diversi organismi, SOLVIT e FIN-NET, il primo, col fine di proteggere i consumatori nelle controversie nascenti con le pubbliche amministrazioni (per un approfondimento sul tema si rinvia a De Pasquale, *Le iniziative dell'Unione europea in materia di soluzione alternativa delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *Evoluzione e problemi della tutela (giurisdizionale e non) delle situazioni soggettive negli ordinamenti italiano ed europeo*; M. Lottini, *La rete Solvit: uno strumento di risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, 1089 ss.) e, il secondo, con lo scopo di favorire l'utilizzo, a livello nazionale, di strumenti di risoluzione delle controversie tra consumatori e imprese; la pubblicazione nel 2002 da parte della Commissione Europea del Libro Verde, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale; la creazione nel 2005 dell'ECC-Net (European Consumer Centres Network), con l'obiettivo di fornire informazioni e assistenza ai consumatori in relazione agli acquisti transfrontalieri. È in tale contesto che si inserisce la Direttiva 2013/11/UE, la cui finalità, espressa dall'art.1, è appunto quella di offrire ai consumatori un insieme di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nei confronti degli operatori professionali. Essa, infatti, come previsto dall'articolo 2.1 si applica a tutte le «procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione». Restano escluse dall'ambito di applicazione della Direttiva le procedure di reclamo dei consumatori gestiti dal professionista, la negoziazione diretta tra consumatore e professionista e la liquidazione giudiziale. In capo ai professionisti grava l'obbligo di informare i consumatori su quali organismi ADR possono essere aditi per trattare eventuali controversie nascenti dal rapporto contrattuale; mentre gli Stati membri sono tenuti al controllo del rispetto degli obblighi di informazione in capo agli operatori professionali e vigilano sul corretto funzionamento degli organismi ADR, sulla loro correttezza e imparzialità.

Il quadro normativo sommariamente descritto che ne deriva differisce profondamente da quello previsto dal d.lgs. n. 28/2010, attuativo nel nostro Paese della direttiva 2008/52/CE, atteso che con esso il legislatore ha introdotto un meccanismo di risoluzione delle controversie che si fonda sulla previsione di conseguenze processuali ed economiche, in caso di mancata adesione al procedimento o adeguamento delle parti alla decisione del mediatore; nonché su un sistema di costi fissi per gli organismi di matrice pubblica e sulla difesa tecnica obbligatoria.

La direttiva ADR, anche se formalmente rivolta soltanto alle controversie dei consumatori, contiene un espresso collegamento alla direttiva 2008/52/CE, prevedendo di dover prevalere in caso di conflitto e di dover essere applicata "orizzontalmente" a tutti i tipi di procedure ADR, comprese quelle disciplinate dalla direttiva 2008/52/CE.

3. – Tanto premesso, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, il giudice remittente, investito da due consumatori dell'opposizione ad un'ordinanza di ingiunzione ottenuta nei loro confronti da un istituto di credito, ha sollevato dubbi in merito alla compatibilità della normativa italiana di trasposizione della direttiva 2008/52/CE, rappresentata dal d.lgs. n. 28/2010, nella parte in cui subordina la ricevibilità dell'opposizione al previo esperimento, su iniziativa delle parti oppponenti, di un procedimento di mediazione, con le disposizioni della direttiva 2013/11/UE, atteso che la controversia principale rientrerebbe anche nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 130/2015, come anticipato, attuativo nel nostro Paese di quest'ultima.

Infatti, esso rileva che le parti oppponenti, il Sig. Meroni e la Sig.ra Rampanelli, che

presenterebbero la qualità di «consumatori», ai sensi dell'articolo 4, lettera a), della Direttiva ADR, avrebbero concluso con l'istituto di credito, qualificabile come «professionista», ai sensi dell'articolo 4, lettera b), di detta direttiva, un «contratto di servizi», ai sensi dell'articolo 4, lettera d), della medesima direttiva.

Le ragioni che inducono il giudice *a quo* a ricorrere al rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE si fondano su plurime argomentazioni. In primo luogo, il giudice rileva che l'articolo 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28/2010, nella parte in cui istituisce un sistema di mediazione obbligatoria per le sole controversie B2C, aventi ad oggetto contratti bancari e finanziari o contratti assicurativi, entrerebbe in contrasto con la direttiva 2013/11/UE che, invece, al considerando 16 impone agli Stati membri l'istituzione di un sistema ADR unificato per tutte le controversie B2C e che, pertanto, osterebbe a che alcune siano soggette a un sistema di mediazione obbligatoria, mentre per altre il ricorso alla mediazione sia facoltativo.

In secondo luogo, il medesimo giudice evidenzia che la direttiva 2013/11/UE, mentre consente di imporre al professionista la partecipazione ad un procedimento di mediazione, vieterebbe agli Stati membri di far gravare il medesimo obbligo sul consumatore. Per tale ragione, l'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2008/52/CE, laddove «lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatoria oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario», contrasterebbe col sistema istituito dalla direttiva 2013/11/UE.

Tale giudice sottolinea, peraltro, che l'articolo 5, comma 1-bis, e l'articolo 8, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010, laddove prevedono la difesa tecnica obbligatoria del consumatore nel corso del procedimento di mediazione, non sarebbero conformi alla previsione di cui all'articolo 8, lettera b), della direttiva 2013/11/UE, che invero esclude espressamente che gli Stati possano obbligare le parti a farsi assistere da un avvocato nel corso della mediazione di una lite, quando questa sia insorta tra un professionista e un consumatore.

Infine, il medesimo giudice nutre dubbi sulla conformità all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), di tale ultima direttiva, che sancisce la libertà del consumatore di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento, anche per motivi puramente soggettivi, dell'articolo 8, comma 4-bis, del d.lgs. 28/2010, che consente al consumatore di ritirarsi dal procedimento di mediazione, senza subirne conseguenze sfavorevoli nell'ambito del successivo procedimento giudiziario, soltanto in presenza di un giustificato motivo. Secondo il giudice del rinvio, infatti, la nozione di «giustificato motivo» rimanderebbe a ragioni obiettive e non coprirebbe l'insoddisfazione del consumatore riguardo al procedimento di mediazione.

4. – In tale contesto, il giudice *a quo* sottopone alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ben due questioni pregiudiziali: in primo luogo, chiede se gli ambiti di applicazione materiali delle direttive *de quibus* coincidano o se, al contrario, la direttiva 2008/52/CE disciplini soltanto le controversie alle quali non si applica la direttiva 2013/11/UE; in secondo luogo, domanda se le disposizioni della direttiva 2013/11/UE ostino a che la ricevibilità di una domanda giudiziale, proposta da un consumatore nei confronti di un professionista e vertente su un contratto di prestazione di servizi, sia subordinata al previo esperimento, da parte del consumatore, di un procedimento di mediazione; e, da ultimo, domanda se le modalità della procedura di mediazione prevista dalla normativa italiana, che obbligano il consumatore a farsi assistere da un avvocato e prevedono sanzioni in caso di ritiro senza giustificato motivo da tale procedimento, siano conformi alla direttiva 2013/11/UE.

5. – La Corte di Giustizia, chiamata, dunque, a pronunciarsi sulle questioni prospettate, conformandosi in ampia parte alle conclusioni dell'Avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard ØE, ha ritenuto che l'adozione da parte degli Stati membri di una normativa interna che preveda, nelle controversie civili, anche quelle B2C, il ricorso alla mediazione obbligatoria, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale possa ritenersi compatibile con il diritto dell'Unione europea soltanto a condizione che non venga imposta l'assistenza necessaria di un legale e il consumatore possa ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento, senza dover addurre alcuna giustificazione a fondamento della propria scelta.

Più precisamente, sul primo punto, relativo alla definizione degli ambiti applicativi della normativa europea, la Corte si limita ad affermare che la direttiva 2008/52/CE si applica alle sole controversie transfrontaliere; mentre nelle controversie, come quella in esame, prive di elementi di transnazionalità la compatibilità tra la normativa interna e il diritto dell'Unione deve essere verificata facendo riferimento esclusivamente alla direttiva 2013/11/UE. In tal modo, la Corte omette però di approfondire un profilo, quello dei rapporti tra la Direttiva ADR dei consumatori e la Direttiva mediazione, che data la natura meramente interna della controversia *a quo*, rimane allo stato privo di soluzione.

Nel merito della questione sollevata con riferimento alla compatibilità con l'effetto utile della Direttiva ADR del ricorso obbligatorio alla mediazione per le controversie B2C, invece, la Corte afferma che la direttiva 2013/11/UE non osta ad una normativa nazionale che prevede il ricorso ad una procedura di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, purché ciò non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario, sancito dall'art. 6 CEDU.

Il ragionamento della Corte appare condivisibile se solo si considera che la direttiva 2013/11/UE, da un lato, sottolinea il carattere volontario del ricorso da parte dei consumatori a procedure ADR, al fine di far valere i loro diritti nei confronti dei professionisti; dall'altro lato, prevede espressamente la possibilità, per gli Stati membri, di rendere obbligatoria la partecipazione alle procedure ADR, a condizione che sia salvaguardato il diritto delle parti di accedere al sistema giudiziario. Tale interpretazione sarebbe, peraltro, corroborata dall'inequivocabile dato normativo dell'articolo 3, lettera a), della direttiva 2008/52, che definisce la mediazione come «un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima». Infatti, tale procedimento può essere avviato su iniziativa delle parti o del giudice, ma anche prescritto dalla legislazione vigente in uno Stato membro. In più, è vero che l'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2008/52, come evidenziato dal giudice *a quo*, «lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio», ma a patto che «tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario».

Coerentemente con tale assunto e in conformità al considerando 13 della direttiva 2008/52, la Corte ha evidenziato che il carattere volontario della mediazione deve essere inteso, non già nella libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, bensì nel fatto che «gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento». Pertanto, assume rilevanza non il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di mediazione, ma il fatto che il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario sia preservato.

Sul punto, la Corte non omette di considerare che il carattere obbligatorio della mediazione nelle controversie *de quibus* finisce *de facto* con l'aggiungere una condizione preliminare all'accesso alla giustizia, potenzialmente in grado di incidere sul principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Invero, la questione della compatibilità dei filtri precontenziosi obbligatori con la garanzia del diritto di azione e, più in generale, del principio del giusto processo ed il sistema di garanzie ad esso correlato, e con il principio della tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli articoli 6 e 13 della CEDU, oltre ad essere stato ribadito anche dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v. sentenza 16 luglio 2009, causa C-12/08, *Mono Car Styling*, punto 47 e giurisprudenza ivi citata) è stata oggetto di numerose pronunce della Corte Ue. In particolare, in una importante sentenza, resa nel caso *Alassini*, (sentenza del 18 marzo 2010, Cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08), sulle procedure conciliative in materia di servizi di comunicazioni elettroniche fra utenti finali e fornitori di tali servizi (materia disciplinata in sede comunitaria dalla dir. 2002/22/CE c.d. direttiva servizio universale), puntualmente richiamata dalla Corte Ue nell'iter motivazionale della sentenza in esame e dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che se, da una parte, il meccanismo ADR è essenziale per il consumatore, dall'altra parte, esso deve trovare applicazione solo laddove ci siano validi e sufficienti strumenti di concreta tutela dei suoi interessi. Del resto, come più volte ricordato dalla Commissione Europea (si veda, in particolare, il *Report sui Sistemi Giudiziari Europei: Efficienza e Qualità nella Giustizia, Edizione 2014 pubblicata il 9 Ottobre 2014*) e recentemente confermato dalla Corte

europea dei Diritti dell'uomo (il riferimento è all'importante sentenza emessa il 26 giugno 2015, avente ad oggetto le norme croate che contemplano il tentativo di conciliazione *ante causam*, nonché al precedente conforme *European Court of Human Rights in A Ć imovi Ć v. Croatia of 9 October 2003 and Kuti Ć v. Croatia of 1 March 2002*) l'utilizzo delle ADR risponde all'esigenza di dare concreta applicazione nel territorio europeo a due fondamentali necessità del consumatore, quali l'efficienza e la qualità della giustizia.

Coerentemente con tale assunto, la Corte Ue nella stessa sentenza Alassini (si veda il commento di Besso, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2010, 2587 ss.), premesso che le procedure extragiudiziali per l'esame delle controversie devono essere ispirate ai principi di indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza, aveva già statuito che «nessuno dei principi sopra menzionati consente di concludere nel senso di una limitazione del potere degli Stati membri per quanto riguarda la possibilità di determinare il carattere obbligatorio delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie "purché vi sia" la conferma del diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie». Tuttavia, a quel potere riconosciuto agli ordinamenti nazionali si accompagna la necessità che le procedure extragiudiziali previste dalla normativa nazionale siano rispettose dei principi generali dell'Unione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti (v. sentenze 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, Racc. pag. I-2483, punti 44 e 45, nonché *Mono Car Styling*, cit., punto 48), quali il principio di equivalenza, per cui le modalità da osservare non devono essere meno favorevoli di quelle da seguire per i ricorsi interni, e il principio di effettività, in forza del quale esse non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva (v. sentenza *Impact*, cit., punto 46 e giurisprudenza ivi citata).

A tal riguardo, i giudici di Lussemburgo hanno evidenziato che nell'ipotesi in esame il rispetto del principio di equivalenza deriverebbe dal fatto per cui la condizione di procedibilità opera a prescindere dalla circostanza che il diritto tutelato sia di origine nazionale o sovranazionale.

L'osservanza del principio di effettività della tutela giurisdizionale, sarebbe, invece, garantita dalla ricorrenza di specifiche condizioni, la cui concreta sussistenza nella normativa nazionale di attuazione dev'essere verificata dal giudice interno: a tal fine, come da costante giurisprudenza citata, è necessario che le procedure ADR non conducano a decisioni vincolanti per le parti; non comportino un ritardo sostanziale all'accesso alla tutela giurisdizionale; sospendano la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione; non generino costi, ovvero generino costi non ingenti per le parti; che sia possibile accedere alla tutela cautelare urgente. Solo laddove lo scrutinio operato dal giudice interno dovesse concludersi positivamente, il requisito di una procedura di mediazione come condizione di procedibilità di un ricorso giurisdizionale potrà considerarsi compatibile con l'articolo 1 della direttiva 2013/11/UE.

Da ultimo, al vaglio della Corte è sottoposta la compatibilità dell'obbligatorietà del filtro con i principi della tutela effettiva dei diritti. A tal riguardo essa osserva, secondo costante giurisprudenza (v., in tal senso, sentenza 15 giugno 2006, causa C 28/05, *Dokter e a.*, Racc. pag. I-5431, punto 75, e giurisprudenza ivi citata, nonché Corte eur. D.U., sentenza *Fogarty c. Regno Unito* del 21 novembre 2001, *Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*, § 33), peraltro in piena sintonia con la nostra giurisprudenza costituzionale, che «i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti».

E, come rilevato anche dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni, l'imposizione di una procedura di risoluzione extragiudiziale rappresenta uno strumento efficace e proporzionale per garantire, da un lato, la definizione più spedita e meno onerosa delle controversie e, d'altro lato, un decongestionamento dei tribunali, entrambi ritenuti «legittimi obiettivi di interesse generale».

Conclusivamente, appare meritevole di accoglimento per coerenza e puntualità il ragionamento seguito dalla Corte per cui la previsione in una normativa statale dell'obbligo per il consumatore di avviare una procedura ADR non osta all'obiettivo e all'effetto utile della direttiva 2013/11. Al contrario, esso, da una parte, garantendo la sistematicità del ricorso al

procedimento extragiudiziale *de quo*, rafforzerebbe quell'effetto; dall'altra parte, nella misura in cui mira asseritamente a decongestionare i tribunali, promuoverebbe indirettamente anche l'accesso alla giustizia da parte dei consumatori.

In ultimo, circa le disposizioni dettate dal d.lgs. n. 28/2010 che introducono l'obbligo della difesa tecnica e sanzioni collegate al contegno delle parti in mediazione, la Corte ne afferma l'incompatibilità con la disciplina applicabile ai consumatori ai sensi della Direttiva ADR. A supporto delle sue conclusioni, richiama l'articolo 8, lettera b), della direttiva 2013/11, che esclude che gli Stati membri possano prevedere un siffatto obbligo nell'ambito delle procedure ADR rientranti nel suo campo di applicazione, e l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), della stessa che prevede che, in una procedura che conduce ad una decisione proposta da un organismo ADR, le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura medesima in qualsiasi momento «se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento [di tale] procedura».

6. – La sentenza della Corte di Giustizia ha da subito suscitato le reazioni del mondo forense per le immediate ricadute che essa ha sull'intero sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie civili.

Come era prevedibile, infatti, sulla pronuncia ha preso posizione il Consiglio Nazionale Forense italiano che, con nota del 4 luglio 2017, ha chiarito che essa avrebbe sì un impatto diretto sulle procedure ADR di cui agli articoli 141 e seguenti del codice del consumo, alle quali soltanto si applica la direttiva 2013/11/UE, ma non sui procedimenti di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, amministrati dagli organismi di mediazione ivi previsti.

In particolare, nella nota del CNF si legge che la sentenza *de qua* avrebbe conseguenze applicative differenti a seconda che la controversia B2C sia instaurata dinanzi ad un organismo ADR, secondo la disciplina prevista dal codice del consumo, ovvero dinanzi ad un organismo di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010. Nel primo caso, infatti, l'organismo ADR sarebbe tenuto ad adeguarsi alla pronuncia della Corte di Giustizia e, dunque, ad integrazione di quanto disposto dal codice del consumo e, in deroga, a quanto previsto dal d.lgs. n. 28/2010, dovrà informare il consumatore della possibilità di aderire o meno alla procedura, senza che la decisione possa avere conseguenze nel successivo giudizio sul medesimo oggetto; della libertà di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura senza l'obbligo di giustificare la decisione e senza che la stessa possa avere conseguenze nel successivo giudizio sul medesimo oggetto; della non obbligatorietà della difesa tecnica e del diritto ad essere rappresentato o assistito in qualsiasi fase della procedura. Al contrario, nel secondo caso, qualora il consumatore presenti istanza di mediazione nei confronti di un professionista dinanzi ad un organismo iscritto nel registro di cui all'articolo 16 del d.lgs. n. 28/2010 o nel caso in cui si giunga dinanzi all'organismo di mediazione a seguito di invito (mediazione delegata) o ordine del giudice (condizione di procedibilità non rispettata), si applicherebbero le disposizioni dettate da quest'ultimo decreto, ivi compreso il requisito della obbligatorietà della difesa tecnica, senza necessità di adeguamento alla decisione della Corte Ue, con l'unica precisazione che sarebbe opportuno informare il consumatore istante della possibilità di avvalersi della procedura di cui agli articoli 141 e seguenti del codice del consumo.

Il CNF, dunque, in conformità alle osservazioni formulate dalla difesa italiana nel procedimento in epigrafe, ha sottolineato la diversità tra il sistema ADR delineato dalla direttiva 2013/11/UE, assimilabile a quello delle conciliazioni paritetiche per il lievissimo impatto sul diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, e il modello valutativo recepito dal legislatore con il d.lgs. n. 28/2010.

Mentre nel primo caso, infatti, la difesa tecnica, secondo la *ratio* della direttiva 2013/11/UE e nel ragionamento operato dalla Corte Ue, si configura come un costo eccessivo e soprattutto superfluo; nel secondo caso, le norme sanzionatorie che disciplinano le conseguenze del contegno delle parti nella mediazione, comproverebbero che la necessità della difesa tecnica costituisce una garanzia e un diritto inviolabile della persona, secondo quanto statuito dall'articolo 24 Cost., giammai un costo inutile e vessatorio.

7. – Nonostante le criticità evidenziate dal CNF in relazione ad alcuni aspetti che avrebbero meritato un maggiore impegno esplicativo, la pronuncia della Corte Ue rappresenta un tassello importante nel processo di costruzione dell'intero sistema delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie, collocandosi in quell'indirizzo giurisprudenziale che ormai considera la mediazione obbligatoria come strumento indispensabile per favorire la diffusione, la conoscenza e l'utilizzazione di un istituto che incontra ancora palese ostilità e diffidenza.

Un'interpretazione, quella sposata dalla Corte Ue, condivisa anche dalla Corte Costituzionale italiana, la quale già a partire dalla sentenza n. 276/2000 affermava, a proposito delle norme del rito del lavoro che introducevano la mediazione obbligatoria nelle controversie del pubblico impiego, che «la messa a punto di strumenti idonei ad agevolare la composizione stragiudiziale delle controversie, per limitare il ricorso al giudice ordinario alle sole ipotesi di inutile sperimentazione del tentativo di conciliazione, appariva un momento essenziale per la riuscita della riforma».

Non costituisce sul piano interno un elemento contrario alla previsione della obbligatorietà della mediazione neppure la successiva sentenza 6 dicembre 2012, n. 272 con la quale i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità, per eccesso di delega legislativa, dell'art. 5, primo comma, del d.lgs. n. 28/2010, laddove prevedeva il carattere obbligatorio della mediazione (l'art. 60 della legge-delega n. 69/2009, in attuazione della direttiva 2008/52/CE, non contemplava l'obbligatorietà della mediazione, ma il Governo emanò egualmente il d.lgs. n. 28/2010 prevedendone, appunto, l'obbligatorietà). Nella pronuncia da ultimo richiamata, infatti, ciò che veniva censurato, non era tanto l'obbligatorietà del tentativo di mediazione, ma, più che altro, il comportamento dell'esecutivo rispetto a quanto deliberato dal Parlamento.

In quella occasione, pur avendo la Corte stessa espressamente indicato, sin dall'informativa diffusa dal suo Ufficio stampa, l'eccesso di delega come fondamento della dichiarazione di illegittimità, ci si attendeva qualche *obiter dictum* di respiro maggiormente pregnante che potesse orientare l'esegesi e le future scelte legislative. Anzi, il levarsi sia in dottrina che tra gli operatori di diffusi sospetti di incostituzionalità materiale della disciplina della mediazione legittimava il presentimento che la Corte Costituzionale, pur censurando un vizio formale (appunto la violazione dell'art. 76 Cost.) tecnicamente idoneo ad assorbire ogni altro profilo, non rinunciasse comunque a cogliere l'occasione per fare il punto sulla materia (tra i numerosi interventi sull'istituto disciplinato dal d.lgs. n. 28/2010, possono segnalarsi: C. Besso, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2010, 2585 ss.; D. Dalfino, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro. it.*, 2010, 101 ss.; L. Nannipieri, *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in *Consulta On Line*, 15 ottobre 2012). Sebbene questa non sia stata la soluzione accolta dal giudice costituzionale, che ha operato una scelta secondo alcuni "di metodo" (in tal senso, L. Nannipieri, *Incostituzionalità della mediazione civile e commerciale obbligatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 febbraio 2013, 7 ss.), assumendo un atteggiamento "neutrale" rispetto al merito della questione e poco vincolante per il futuro legislatore (si rinvia a G. Pistorio, *Uso o abuso dell'assorbimento? Nota a margine della sentenza n. 272 del 2012*, in *Giur. cost.*, 2012), per quanto in questa sede interessa, essa comunque ha sottoposto, in specie nella parte iniziale della sentenza, a ricognizione l'intera disciplina europea di riferimento (in particolare, la *risoluzione del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999*, avente ad oggetto la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea; la *direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008*; la *risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011*, sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare; infine, la *risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011*, in cui esplicitamente si riconosce che «nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali»), per trarne la conclusione che dal diritto dell'Unione non discende alcuna opzione implicita o esplicita a favore del carattere obbligatorio della mediazione.

Ciononostante, la Corte non ha ommesso di cogliere il *favor* dimostrato a livello sovranazionale verso i meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, a tal fine richiamando significativamente la sentenza della Corte di Giustizia del 18 marzo 2010 sul caso Alassini, sopra menzionata, e facendone propria l'affermazione che «non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno

strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi; dall'altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale». Dunque, la neutralità dell'ordinamento dell'Unione, che non impone né consiglia l'adozione del modello obbligatorio, induceva a concludere che, in linea di principio, resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio.

D'altronde, anche la Corte costituzionale sembra accogliere pienamente l'impostazione già caldeggiata da quella dottrina (in particolare, G. Serges, *La "mediazione civile" e la Costituzione, riflessioni a margine dell'Ordinanza TAR Lazio, Sez. Prima, n. 3202 del 2011*, in *Federalismi.it*, 27 luglio 2011, 13) secondo cui altro è un principio che deve essere sviluppato dalla legislazione nazionale in vista del necessario adeguamento alla direttiva, altra cosa è l'affermazione secondo cui la direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che eventualmente preveda il carattere obbligatorio della mediazione.

Conclusivamente, già all'indomani della richiamata sentenza del giudice delle leggi non sembrava potesse dirsi incostituzionale *ex se* la previsione dell'obbligo del tentativo di mediazione, quale forma di c.d. "giurisdizione condizionata", secondo cui l'accesso al giudice, di cui all'art. 24 Cost., non è immediato, bensì subordinato alla soddisfazione di certi requisiti od oneri. La conformità a Costituzione dell'istituto (e più in generale di ogni forma di giurisdizione condizionata) deve, infatti, misurarsi sempre in termini di ragionevolezza. Come insegna la stessa Corte costituzionale (*sentenza n. 296 del 2008*) in tema di cosiddetta "giurisdizione condizionata", il principio generale vigente «è quello dell'accesso immediato alla giurisdizione ordinaria, che può essere ragionevolmente derogato da norme ordinarie, di stretta interpretazione (*sentenza n. 403 del 2007*), solo in presenza di "interessi generali" o di pericoli di abusi (*sentenze nn. 403 del 2007 e 82 del 1992*) o di interessi sociali (*sentenza n. 251 del 2003*) o di superiori finalità di giustizia (*sentenza n. 406 del 1993*)».

Non a caso, in seguito alla decisione della Corte costituzionale, la relativa disciplina espunta dal d.lgs. n. 28/2010, è stata reintrodotta nel 2013 ad opera del c.d. decreto del fare (decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*, conv., con mod., nella legge 9 agosto 2013, n. 98), sia pur con l'espressa previsione del carattere temporaneo dell'istituto. E ancora, non a caso, da ultimo, con il decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, nella legge 21 giugno 2017, n. 96 (recante *Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*) è stata introdotta, tra le altre, una disposizione in tema di mediazione, l'art. 11-ter, la cui principale novità risiede proprio nella eliminazione del carattere temporaneo della disciplina della mediazione obbligatoria e nel riconoscimento del carattere strutturale della stessa.

Pertanto, posto che l'obbligatorio tentativo di conciliazione è ammissibile soltanto se sussiste una specifica ragione a giustificarne la previsione, in quanto derogatorio rispetto al principio dell'accesso immediato alla giurisdizione ordinaria, la scelta del legislatore italiano è, a ben vedere, coerente con gli obiettivi della direttiva 2013/11/UE delineati dalla giurisprudenza della Corte Ue nella sentenza in epigrafe e con quanto statuito dalla copiosa giurisprudenza costituzionale, in parte brevemente richiamata. Infatti, il d.l. n. 50/2017 con l'introduzione dell'art. 11-ter, che stabilizza nell'ordinamento italiano l'efficacia della disciplina della mediazione obbligatoria, dimostra come l'istituto in esame sia ormai concepito, non solo come uno strumento direttamente connesso all'obiettivo della riduzione dell'elevato livello del contenzioso civile, ma anche e soprattutto come una misura a favore della crescita economica del Paese.

Anzi, il collegamento tra mediazione obbligatoria e crescita economica del Paese che emerge è il segnale del progressivo superamento di quella sfiducia che ha a lungo accompagnato i meccanismi di ADR, concepiti come una deroga al monopolio statale della giustizia, e di un cambiamento culturale profondo rispetto al concetto stesso di giurisdizione.

Coerentemente con quanto statuito dai giudici di Lussemburgo, si è preso atto che essi, producendo un deflazionamento del carico di lavoro gravante sugli Uffici giudiziari e contribuendo ad abbreviare la durata dei procedimenti civili, possono determinare evidenti ricadute positive dal punto di vista economico e competitivo sull'intero sistema Paese e che considerare tali misure solo come uno strumento per alleggerire il carico di lavoro dei tribunali significherebbe sprecare una risorsa preziosa per l'intera cultura giuridica europea.

Divieto di pilotare aeromobili in ambito commerciale dopo il compimento dei 65 anni e Carta dei diritti fondamentali dell'UE

di Sofia Felicioni

Title: Ban on flying commercial aircraft after the age of 65 and the Charter of fundamental rights of the EU

Keywords: Principle of non-discrimination in respect of age; Principle of proportionality; Commercial air transport.

1. – Con sentenza resa il 5 luglio 2017, la Prima Sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata in merito a una questione pregiudiziale (causa C-190/16) proposita, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal *Bundesarbeitsgericht* (Corte federale del lavoro, Germania), avente ad oggetto la validità e, in subordine, l'interpretazione del punto FCL.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento (UE) n. 1178/2011 della Commissione, del 3 novembre 2011, che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative relativamente agli equipaggi dell'aviazione civile ai sensi del regolamento (CE) n. 2016/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. In particolare, con la domanda di pronuncia pregiudiziale il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se il punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011 fosse compatibile con il divieto di discriminazione fondata sull'età di cui all'art. 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché con l'art. 15, paragrafo 1, della medesima Carta, secondo il quale ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. In subordine – in caso di risposta affermativa alle prime due questioni – il *Bundesarbeitsgericht* ha chiesto al giudice europeo di chiarire la portata interpretativa delle prescrizioni di cui al medesimo allegato, e in particolare della nozione di “trasporto aereo commerciale” in esso contenuta, domandandogli se, in base alla normativa contestata, avesse dovuto ritenersi vietato al titolare sessantacinquenne di una licenza di pilota di operare come pilota in voli di trasferimento effettuati nell'ambito dell'attività commerciale di un vettore senza, però, il trasporto di passeggeri, merci o posta, nonché di operare come istruttore e/o esaminatore a bordo di un aeromobile, senza far parte dell'equipaggio di condotta di volo.

2. – Il caso da cui le questioni sollevate innanzi alla Corte hanno tratto origine ha visto come protagonista – giacché ricorrente nel procedimento principale – il sig. Fries, comandante di volo per Lufthansa dal 1986 al 31 dicembre 2013 che, in virtù di una clausola aggiuntiva al suo contratto di lavoro, aveva altresì partecipato all'addestramento di altri piloti. Il sig. Fries aveva proposto ricorso al *Bundesarbeitsgericht* perché, nonostante il suo contratto di lavoro si protraesse fino al 31 dicembre 2013, la Lufthansa aveva, tuttavia, rifiutato di avvalersi dei suoi servizi di pilota sin dal 31 ottobre 2013, vale a dire decorrenza dal momento in cui il sig. Fries aveva compiuto 65 anni di età. Siccome tra il 31 ottobre e il 31 dicembre 2013 aveva

continuato a disporre delle licenze che gli avrebbero consentito di operare come pilota nei voli di trasferimento, nonché di essere impiegato come istruttore ed esaminatore, il ricorrente nel procedimento principale aveva chiesto al giudice tedesco di far valere l'illegittimità del rifiuto, oppostogli dalla Lufthansa, di impiegarlo come pilota nel periodo suddetto e di condannare la compagnia aerea in questione a corrispondergli la retribuzione relativa ai mesi di novembre e dicembre 2013. In base alla normativa nazionale, infatti, il datore di lavoro che non accetti la prestazione lavorativa regolarmente offertagli dal lavoratore è costituito in mora, potendo, perciò, il lavoratore – pur non lavorando – pretendere il compenso che, nel periodo di mora per l'appunto, gli sarebbe spettato nel caso in cui il datore di lavoro ne avesse accettato la prestazione, consentendogli, così, di svolgerla (art. 293 BGB). La medesima normativa nazionale, però, esclude la costituzione in mora del datore di lavoro laddove il lavoratore non sia in grado di eseguire, in tutto o in parte, la prestazione pattuita nel contratto (art. 297 BGB). E proprio l'impossibilità del sig. Fries di lavorare come pilota di linea nel trasporto aereo commerciale nei mesi di novembre e dicembre 2013 – e, dunque, la corrispondente impossibilità di considerare la compagnia aerea costituita in mora nel relativo periodo – era stata fatta valere dalla Lufthansa in virtù del punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011, secondo il quale, dopo il compimento dei 65 anni di età per l'appunto, il ricorrente non avrebbe avuto più il diritto di eseguire la prestazione lavorativa in questione. Nell'intento di dirimere la controversia sinteticamente descritta, il giudice tedesco ha espresso dei dubbi, anzitutto, rispetto alla validità del punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011, da valutare alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, dei suoi articoli 21, paragrafo 1, e 15, paragrafo 1, i quali sanciscono rispettivamente il divieto di discriminazione in ragione dell'età e il diritto del lavoratore di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. In secondo luogo, la Corte federale del lavoro ha manifestato dei dubbi anche in merito all'interpretazione da attribuire alla nozione di "trasporto aereo commerciale" di cui al punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011, prospettando la possibilità di ritenere legittima un'eventuale richiesta di risarcimento dei danni da parte del sig. Fries nel caso in cui fosse risultato che, una volta raggiunti i 65 anni di età, egli avrebbe ancora potuto effettuare voli senza carico e/o operare a bordo di un aeromobile nelle vesti di formatore o esaminatore. Le perplessità involgenti la validità e, in subordine, l'interpretazione da attribuire alla normativa richiamata hanno condotto il giudice tedesco a sospendere il giudizio in corso e a rivolgersi alla Corte di Giustizia sottoponendole, ai sensi dell'art. 267 TFUE, tre questioni pregiudiziali.

3. – Al fine di fornire una risposta alle prime due questioni, il giudice dell'Unione ha dovuto verificare se, nel momento in cui è andato a vietare ai titolari di una licenza da pilota che abbiano compiuto 65 anni di operare come piloti di aeromobili attivi nel trasporto aereo commerciale, il legislatore europeo abbia violato il principio di non discriminazione fondata sull'età, oltre al diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata, valutando, in tal modo, la compatibilità del già più volte richiamato punto FLC.065, lettera b), con l'articolo 21, paragrafo 1, e con l'articolo 15, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In relazione al primo parametro di validità invocato dal *Bundesarbeitsgericht* (articolo 21, paragrafo 1, della Carta di Nizza), La Corte di Giustizia ha precisato che, secondo la sua costante giurisprudenza, il principio di non discriminazione in esso sancito – e configurato nei termini di un'espressione particolare del principio generale della parità di trattamento di cui all'articolo 20 della medesima Carta – impone il divieto di trattare in maniera diversa situazioni paragonabili e, specularmente, quello di trattare in maniera eguale situazioni diverse, ma non esclude la possibilità di derogare a tali divieti laddove un comportamento derogatorio risulti essere obiettivamente giustificato. Nello specifico, la Corte ha riscontrato che la differenza di trattamento in base all'età che, effettivamente, il punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011 realizza, nel momento in cui impedisce ai titolari di una licenza di pilota di operare come piloti di aeromobili attivi nel trasporto aereo

commerciale una volta che abbiano compiuto 65 anni, non si pone, però, in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, giacché, al contrario, pare rispondere a tutti i requisiti che proprio la Carta, all'articolo 52, paragrafo 1, indica. Secondo tale disposizione, è possibile apportare limitazioni ai diritti e alle libertà riconosciuti dalla Carta purché le stesse vengano previste dalla legge e ne rispettino, in ogni caso, il contenuto essenziale, dovendo peraltro, ai fini della loro ammissibilità, dimostrarsi rispettose del principio di proporzionalità e, dunque, risultare necessarie ed effettivamente rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, ovvero all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Oltre a potersi ritenere disposto dalla legge, perché previsto al punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011, il limite in questione – a giudizio della Corte – parrebbe, infatti, anche rispettare il contenuto essenziale del principio di non discriminazione, giacché non mette in discussione il principio *de quo* in quanto tale, ma si riferisce esclusivamente alla questione riguardante le restrizioni apponibili all'esercizio delle funzioni di pilotaggio con la finalità di garantire la sicurezza del traffico aereo. Una finalità, quest'ultima, che peraltro – conformemente a quanto dichiarato dalla medesima Corte nella sua giurisprudenza precedente (sentenza *Prigge e a.*, 13 settembre 2011, causa C-447/09, punti 58 e 69) – pare senz'altro rispondere a un obiettivo di interesse generale. In merito al carattere proporzionato e adeguato della limitazione contenuta nel punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011 rispetto al perseguimento del summenzionato obiettivo, la Corte ha osservato che, così come risulta dalla sua giurisprudenza, quelle preordinate ad evitare incidenti aeronautici attraverso il controllo dell'idoneità e delle capacità fisiche dei piloti – le quali capacità innegabilmente diminuiscono con l'avanzare dell'età dei medesimi – costituiscono senza dubbio delle misure idonee a garantire la sicurezza aerea. L'adeguatezza della misura in questione risulta avvalorata, peraltro, dal fatto che il limite dei 65 anni di età venga imposto esclusivamente con riferimento al trasporto aereo commerciale – e non venga esteso, dunque, anche a quello di carattere non commerciale –, in ragione della maggiore complessità tecnica degli aeromobili che vengono utilizzati in questo genere di trasporto e del maggior numero di persone dal medesimo coinvolte. Alla luce di tali considerazioni, del richiamo alle norme internazionali disposte in materia di trasporto aereo commerciale internazionale (che, ancorandosi sull'attuale stato delle conoscenze mediche in materia, fissano lo stesso limite di età previsto dalla legislazione europea), nonché tenendo conto dell'ampio margine di discrezionalità di cui, in ogni caso, il legislatore dell'Unione gode nel definire le questioni di ordine medico complesse, la Corte di Giustizia ha, così, ritenuto che il divieto per i titolari di una licenza di pilota che abbiano compiuto i 65 anni di età di operare come piloti di aeromobili attivi nel trasporto aereo commerciale non vada al di là di quanto risulti necessario per il conseguimento dell'obiettivo di interesse generale perseguito, ritenendolo, perciò, conforme all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta e, dunque, valido.

Con riferimento al secondo parametro di validità invocato dal giudice del rinvio (articolo 15, paragrafo 1, della Carta di Nizza), la Corte ha riscontrato che, in effetti, l'applicazione del punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011 comporta una restrizione della libertà professionale dei titolari di una licenza di pilota che abbiano raggiunto i 65 anni di età, privandoli del diritto di esercitare la professione di pilota nel settore del trasporto aereo commerciale. Alla luce di quanto disposto dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, però, anche tale limitazione è parsa, a giudizio della Corte di Lussemburgo, legittima, in quanto prevista dalla legge, rispondente a una finalità – quale è quella volta ad assicurare la sicurezza dell'aviazione civile – di indubbio interesse generale, nonché idonea a garantirne il perseguimento in maniera proporzionata, dal momento che il limite in questione si applica esclusivamente alla possibilità di pilotare un aereo commerciale, e non a tutti i potenziali compiti legati all'occupazione del pilota, per di più soltanto in relazione a una fase limitata della carriera professionale del pilota stesso.

Rispondendo, in subordine, alla terza questione prospettata dal *Bundesarbeitsgericht*, la Corte di Giustizia ha potuto precisare che è proprio il punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011 a definire, in maniera espressa tra l'altro, la nozione di “trasporto aereo commerciale”, descrivendolo come il trasporto di passeggeri, merci e posta effettuato dietro compenso o mediante noleggio. Alla luce di tale definizione,

né i voli senza carico né quelli di trasferimento, che vengano effettuati nell'ambito dell'attività commerciale di un vettore ma senza trasporto di passeggeri, merci o posta, né tanto meno le attività correlate alla formazione e all'esame di piloti (svolte da chi non faccia parte dell'equipaggio di condotta di volo) ricadrebbero nella restrizione contenuta al punto FLC.065, lettera b), dell'allegato I del regolamento n. 1178/2011, configurandosi, pertanto, come attività non vietate ai titolari di una licenza di pilota che abbiano raggiunto i 65 anni di età.

4. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia è tornata a occuparsi di un principio – quello di non discriminazione in ragione dell'età – intorno a cui si è sviluppata una ricca giurisprudenza, attraverso la quale il giudice europeo è arrivato ad affermarne la natura di principio generale ancor prima che, con l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore dei Trattati, se ne sancisse la portata di principio di diritto positivo dell'Unione, riconoscendone addirittura l'attitudine a produrre effetti diretti – verticali e orizzontali – anche in assenza di un legame inequivocabile con il diritto euro-unitario (sentenza *Mangold*, 22 novembre 2005, causa C-144/04). La tendenza del divieto di discriminazione fondata sull'età ad affermarsi – in quanto espressione particolare del più generale principio di eguaglianza – come parametro autonomo di legittimità del diritto nazionale mette in luce, invero, le peculiarità che caratterizzano il principio stesso e il ruolo privilegiato che il medesimo ricopre nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea. Già nel caso *Mangold*, infatti, la Corte di Giustizia aveva colto quel processo di affrancamento che avrebbe portato il principio di non discriminazione sulla base dell'età a distaccarsi dal più generale principio della parità di trattamento, decretando per la prima volta la necessità di considerarlo un «principio generale del diritto comunitario» (punto 75), che «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (punto 74). La riconduzione del divieto di discriminazione fondata sull'età fra i principi generali del diritto dell'Unione ha, così, consentito al giudice europeo di “ridimensionare” la portata della direttiva 2000/78/CE – che stabilisce un quadro generale volto a contrastare, in materia di occupazione e di lavoro, le discriminazioni fondate su diversi motivi, fra i quali viene espressamente contemplata anche l'età –, sottolineando come la stessa non faccia altro che specificare, concretizzandolo, un principio che, in ogni caso, preesiste alla direttiva medesima e la trascende, in quanto, appunto, principio generale del diritto dell'Unione. Da tale configurazione del principio di non discriminazione in ragione dell'età discende perciò, a giudizio della Corte, che il suo rispetto non possa essere fatto dipendere «dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età» (punto 76), essendo, invece, precipuo «compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale» (punto 77), «e ciò perfino qualora il termine di recepimento della direttiva non sia ancora scaduto» (punto 78).

Con la sentenza *Kücükdeveci* (19 gennaio 2010, causa C-555/07) la Corte – ripercorrendo il medesimo iter argomentativo tracciato nella sentenza *Mangold* – è tornata ad esprimersi in merito all'esistenza e alla portata applicativa del principio generale di non discriminazione fondata sull'età, procedendo a delle enunciazioni supportate, questa volta, dall'esistenza di un appiglio normativo di carattere positivo, essendo intervenuta a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, perciò, della avvenuta riconduzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra le fonti di diritto primario. Ribadendo quanto già affermato nella pronuncia del 2005 – vale a dire che «da un lato, [...] la direttiva 2000/78 si limita a dare espressione concreta -senza sancirlo- al principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, dall'altro, [...] il principio di non discriminazione in base all'età è un principio generale del diritto dell'Unione, in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di

trattamento» (punto 50) –, nella sentenza *Küçükdeveci* la Corte di Lussemburgo ha stabilito che, laddove ricada nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il principio di cui trattasi si applica anche alle controversie fra privati – dispiegando, cioè, efficacia orizzontale – e che «in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata [dal giudice nazionale]» (punto 54), indipendentemente, fra l'altro, dall'esercizio delle facoltà attribuitegli in virtù dell'art. 267 TFUE. Al contrario di quanto può essere sostenuto con riferimento ad altri principi enunciati dalla Carta, infatti, quello di non discriminazione in base all'età è sufficiente, di per sé, a conferire ai singoli un diritto soggettivo che è direttamente invocabile, in quanto tale, nell'ambito di controversie intercorrenti fra privati, legittimando, perciò, la disapplicazione della normativa interna che risulti incompatibile con il diritto dell'Unione, a prescindere dal fatto che il principio in questione venga o meno concretizzato mediante disposizioni di diritto euro-unitario derivato o di diritto nazionale (sentenza *Association de médiation sociale*, 15 gennaio 2014, causa C-176/12, punto 47).

5. – Nel caso che ha visto contrapporsi il signor Werner Fries e la Lufthansa – rispetto al quale l'applicazione della direttiva 2000/78 è stata pacificamente esclusa – ad entrare in discussione è stata la validità di una norma di diritto derivato dell'Unione rispetto a una disposizione di rango primario. A seguito delle sue valutazioni, la Corte di Lussemburgo non ha, tuttavia, riscontrato alcuna violazione del principio di non discriminazione fondata sull'età di cui all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti – così come, per le stesse ragioni, nessuna violazione è stata rilevata con riferimento all'articolo 15, paragrafo 1, della medesima Carta –, essendo risultata legittima la compressione che, degli stessi principi, la legislazione europea ha realizzato attraverso la previsione di un limite massimo di età per l'esercizio delle funzioni di pilota di linea nel trasporto aereo commerciale. Come ha chiaramente sottolineato l'avvocato generale Michal Bobek nelle sue conclusioni, infatti, il divieto di discriminazione fondato sull'età, così come il diritto di esercitare una professione, non possono dirsi assoluti, potendo, invece, essere legittimamente circoscritti in presenza dei requisiti sabiliti all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta. Al fine di poter valutare, alla luce di quest'ultima disposizione, la capacità del limite previsto dalla legislazione europea di realizzare una legittima disparità di trattamento – e, dunque, di apportare una legittima eccezione al regime stabilito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta – sono state utilizzate come fonte di ispirazione le categorie e le interpretazioni precedentemente elaborate nell'ambito della direttiva 2000/78. Nel suo configurarsi quale espressione concreta del principio di non discriminazione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, infatti, la direttiva 2000/78 – pur non essendo, come ricordato, applicabile al caso di specie – è parsa, comunque, un supporto utile a definire e modellare il contenuto dell'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, con il quale condivide la previsione di un analogo quadro analitico. E proprio alla luce dell'interpretazione che la stessa Corte di Giustizia aveva in precedenza assegnato ad alcune disposizioni della direttiva in questione (articolo 2, paragrafo 5; articolo 4, paragrafo 1) è stato ritenuto che quello dell'età sia un requisito “necessario alla sicurezza pubblica”, oltre che “essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa” per i piloti professionisti, e in quanto tale idoneo ad introdurre una differenza di trattamento non integrante alcuna ipotesi di discriminazione (sentenza *Glatzel*, 22 maggio 2014, causa C-356/12, punto 49; sentenza *Prigge e a.*, punto 67). Oltre ad essere prevista da un atto legislativo, nonché disposta al fine di perseguire una finalità legittima, la Corte ha ritenuto che la limitazione in questione sia, peraltro, proporzionata allo scopo soggiacente alla sua introduzione, avendo letto nel contenuto della disposizione regolamentare contestata la realizzazione di un adeguato bilanciamento tra i diritti dei piloti che abbiano raggiunto i 65 anni di età e le particolari esigenze di sicurezza imposte dal traffico aereo. In considerazione dell'importanza preponderante assegnata alla finalità di garantire la sicurezza dell'aviazione civile e alla luce del margine di discrezionalità di cui il legislatore europeo dispone, in ogni caso, in questo campo, le stesse considerazioni effettuate con riferimento alla proporzionalità

della limitazione al divieto di discriminazione in base all'età e alla legittimità dell'obiettivo perseguito dalla limitazione medesima sono state ritenute estendibili anche al raffronto operato tra la disposizione regolamentare contestata con l'articolo 15, paragrafo 1, della Carta, non potendo i particolari interessi economici degli individui prevalere su interessi di carattere generale, quale è quello alla sicurezza del trasporto aereo.

6. – Nel contesto dell'ordinamento europeo il principio di proporzionalità rileva sotto due differenti prospettive, non limitandosi a determinare – insieme alla sussidiarietà – la misura entro la quale l'esercizio delle competenze dell'Unione si rivela legittimo, ma fungendo anche da parametro attraverso il quale deve essere valutata la validità delle normative nazionali e degli atti della stessa Unione che producano l'effetto di incidere sui diritti fondamentali. Essendosi imposto già da tempo – ad opera della stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia – come limite generale all'attività normativa incidente sui diritti – essendo stato utilizzato, per la prima volta, nella sentenza *Cassis de Dijon* come parametro autonomo di valutazione della legittimità delle restrizioni ai diritti e alle libertà comunitarie operate dalle legislazioni nazionali –, attualmente è l'articolo 52, paragrafo 1, della Carta di Nizza a consacrare espressamente la “seconda veste” del principio di proporzionalità, stabilendo che delle limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà dalla stessa riconosciuti – purché siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale di questi – possano essere introdotte, nel rispetto del principio di proporzionalità, solo laddove appaiano necessarie ed effettivamente rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, oppure all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Nel caso giudiziario a cui il presente commento si riferisce, la misura normativa oggetto di valutazione mediante test di proporzionalità era di derivazione euro-unitaria, ed è stata valutata in relazione all'impatto dalla medesima esercitato rispetto a due differenti diritti riconosciuti dalla Carta, l'uno strettamente riconducibile alle tradizionali libertà economiche e l'altro propriamente configurabile quale diritto fondamentale (non mercantile) dell'individuo. Né l'uno né tanto meno l'altro sono stati ritenuti violati dalla disposizione di diritto derivato contestata, avendo la Corte in entrambi i casi riconosciuto un'importanza preponderante all'obiettivo di interesse generale da quella perseguito proprio attraverso la compressione di entrambi i diritti venuti in considerazione. Un esito, questo, che probabilmente conferma ed avvalorava, al di là del piano meramente enunciativo, quell'opera di parificazione fra i diritti che ha trovato compimento attraverso il riconoscimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico proprio dei Trattati.

Disparità di trattamento per ragioni di età: la CGUE “salva” la cessazione automatica del contratto di lavoro intermittente

di Nicolò Fuccaro

Title: Unequal treatment on grounds of age: the CJEU “rescues” the automatic termination of the on-call employment contract

Keywords: Age discrimination; Justified difference in treatment; Employment and labour market policy.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha definito una questione pregiudiziale sollevata davanti ad essa dalla Corte suprema di cassazione italiana in tema di disparità di trattamento fondata sull'età, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Il giudizio da cui trae origine la questione in esame riguarda il rapporto di lavoro tra la famosa casa di moda *Abercrombie & Fitch Italia Srl* (d'ora in avanti «*Abercrombie*») e il sig. Bordonaro, assunto con contratto di lavoro intermittente – a tempo determinato, poi convertito in contratto a tempo indeterminato – per svolgere mansioni di magazziniere notturno. La cessazione del presente contratto era intervenuta il giorno del compimento del venticinquesimo anno di età da parte del lavoratore, secondo quanto disposto dall'art. 34, c. 2, del d.lgs. n. 276/2003 (ora abrogato e “trasfuso”, senza significative – per quanto qua rilevi – variazioni, nell'art. 13 del d.lgs. 81/2015).

Dinanzi alla Corte d'appello di Milano, il ricorso del lavoratore avverso l'interruzione del rapporto di lavoro per trattamento discriminatorio in relazione all'età veniva accolto (v. App. Milano, sent. 15 aprile 2014, n. 406, con note di L. Calafà, *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 541 ff.; G. Bonanomi, *I requisiti soggettivi nel contratto di lavoro intermittente. Disparità di trattamento o discriminazione per età?*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, 467 ff.). Accertata l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, il giudice di secondo grado ordinava all'azienda di reintegrare il sig. Bordonaro e di liquidargli il risarcimento del danno.

La parte soccombente, in conseguenza, impugnava tale pronuncia dinanzi la Corte di cassazione, la quale, prima (e al fine) di decidere il caso, si rivolgeva alla Corte di Giustizia dell'UE (v. Cass. 29 febbraio 2016, n. 3982, con note di L. Calafà, *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 692 ff.; D. Comandè, *Requisito anagrafico e contratto di lavoro intermittente: la scure del principio fondamentale di non discriminazione per ragioni di età*, in *Labor*, 2016, 100 ff.; E. Gragnoli, *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età*, in *Dir. relaz. ind.*, 2016, 1111 ff.) domandandole di pronunciarsi sulla conformità del citato art. 34, c. 2, del d.lgs. 276/2003, al principio europeo di non discriminazione in base all'età (artt. 2, par. 1; 2, par. 2, lett. a); 6, par. 1, della direttiva 2000/78/CE; art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Il giudice italiano, infatti, dubita che tali disposizioni di diritto sovranazionale, secondo l'interpretazione che deve essere loro

attribuita, consentano l'operatività di una disciplina (interna) che abilita il datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore di età inferiore ai 25 anni e a licenziarlo (*rectius*: ritenere cessato il rapporto di lavoro) al raggiungimento di tale età.

2. – Ci si soffermi, in primo luogo, sul contesto normativo entro il quale si svolge la causa in oggetto.

Il principio generale di non discriminazione viene, anzitutto, riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – cui, com'è noto, il Trattato di Lisbona ha conferito il medesimo valore giuridico dei trattati, *ex art.* 6 del TUE – che stabilisce, all'art. 21, il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra l'altro, sull'età.

A livello di diritto derivato, la direttiva 2000/78, che «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni [...], per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio di parità di trattamento» (art. 1), all'art. 2 definisce *a contrario* quest'ultimo principio, indicando in quali casi sussista discriminazione diretta o indiretta. Per quanto concerne le disparità di trattamento collegate all'età, esse non costituiscono discriminazione, ai sensi dell'art. 6 della citata direttiva, qualora siano «oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale» e sempre che «i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari».

Dunque, sulla scorta di tale ultima disposizione, il giudice interno – eventualmente guidato dall'interpretazione fornita dalla CGUE con pronuncia pregiudiziale – è chiamato a valutare la sussistenza di ragioni giustificative della disparità di trattamento, nonché la necessità e l'appropriatezza dei mezzi adoperati per il conseguimento della «finalità legittima» che vi sta a fondamento.

Per quanto concerne le disposizioni interne sulla cui base era stato stipulato il contratto di lavoro, l'art. 34 del d.lgs. 276/2003 (come già detto, ora abrogato) prevedeva due regimi di contratto di lavoro intermittente, fondati su differenti presupposti: il primo comma dava disciplina ad un contratto avente ad oggetto «lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi [...]»; il secondo comma – che viene qui in rilievo – normava, invece, una tipologia di contratto di lavoro intermittente da concludersi «con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero da lavoratori con più di quarantacinque anni d'età, anche pensionati», a prescindere – malgrado il *nomen iuris* – dal carattere intermittente e discontinuo delle prestazioni stesse (su tale figura contrattuale si veda, per tutti, E. Raimondi, *Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, 601 ff.). In quest'ultima “variante”, pertanto, è il mero dato dell'età del lavoratore a legittimare il datore di lavoro a ricorrere a tale strumento contrattuale, elemento che induce parte della dottrina a rilevare che «la legittimità interna del contratto, in assenza di un motivo giustificativo ulteriore rispetto al requisito anagrafico, è suscettibile di entrare in conflitto con il diritto sovranazionale» (così D. Comandè, *op. cit.*, 101; in senso critico, sotto altri profili, v. anche E. Gagnoli, *op. cit.*, 1113 ff.).

3. – Venendo alla pronuncia della Corte di Giustizia, in premessa viene affrontata la questione – sollevata dalla Commissione – riguardante la possibilità di qualificare il sig. Bordonaro come «lavoratore», secondo l'art. 45 del TFUE. L'interpretazione estensiva della nozione *de qua*, fornita dalla costante giurisprudenza sovranazionale, porta a sgombrare il campo da eventuali dubbi: è considerato «lavoratore» ogni persona che svolga, a fronte di una retribuzione, prestazioni lavorative non meramente marginali e accessorie (cfr. sentt. *Lawrie-Blum*, C-66/85; *Collins*, C-138/02; *Neidel*, C-337/10). E in tale categoria non potevano essere inquadrate le mansioni affidate al sig. Bordonaro, chiamato a svolgere funzioni di magazziniere notturno su più turni settimanali per svariati mesi.

Sebbene, alla luce di dette considerazioni, si suggerisca una risposta affermativa

all'interrogativo, la Corte precisa che la valutazione finale in ordine a tale profilo spetta al giudice del rinvio, l'unico ad avere conoscenza di tutti gli elementi di fatto idonei a decidere.

4. – Entrando più a fondo nel merito questione, viene in primo luogo verificata la sussistenza di una condizione di disparità di trattamento basata sull'età, subita dal lavoratore (pt. 24-28). Tale condizione che, invero, emerge *ictu oculi* dalla lettura della disposizione interna che disciplina il rapporto di lavoro sotto esame, deve essere verificata tenendo presente che «da un lato, non è necessario che le situazioni siano identiche, ma soltanto che siano comparabili e, dall'altro, che l'esame di tale comparabilità deve essere condotto non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi» (riprendendo la sent. *Hay*, C-267/12; cfr. anche sentt. *Maruko*, C-267/06, e *Römer*, C-147/08).

Secondo la ricostruzione della Corte, l'art. 34 del d.lgs. 276/2003, distinguendo per fascia d'età i soggetti cui è rivolto il contratto di lavoro intermittente, ha differenziato coloro che hanno tra i 25 e i 45 anni – per i quali ha ad oggetto unicamente prestazioni a carattere discontinuo o intermittente – dai lavoratori con meno di 25 anni; il rapporto di lavoro di questi ultimi non deve necessariamente prevedere prestazioni di tale natura, potendo avvenire «in ogni caso» ma dovendo cessare improrogabilmente al compimento del 25° anno di età.

Dunque, la circostanza discriminatoria – rispetto al diverso regime riservato ai lavoratori rientranti nella prima categoria sopracitata – risiede proprio nella cessazione del contratto per il solo fatto del raggiungimento di una determinata età.

5. – Preso atto della sussistenza di tale disparità di trattamento, deve poi verificarsi se essa può ritenersi obiettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità legittima, come richiesto dall'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78.

Sussistono pochi dubbi circa il fatto che gli obiettivi di politica del lavoro che hanno ispirato il contratto di lavoro intermittente siano piuttosto confusi e non sempre perseguiti in maniera coerente: basti pensare all'elusione del lavoro regolare che ha di fatto, in qualche misura, contribuito ad aumentare anziché, come negli intenti, contrastare (sul punto, si veda L. Calafà, *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età*, cit., 542 ff.; Id., *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio*, cit., 694).

Il Governo italiano, nelle osservazioni presentate in sede giurisdizionale europea, chiarisce che la disciplina interna «si inserisce in un contesto normativo finalizzato a valorizzare la flessibilità del mercato del lavoro, quale strumento per incrementare l'occupazione» (come sintetizzato dalla Corte, pt. 32). La misura, non prevedendo particolari condizioni – potendo detto contratto essere «in ogni caso» concluso con persone aventi meno di 25 anni –, sarebbe volta a facilitare l'ingresso di giovani nel mercato del lavoro. Essi, in tal modo, acquisirebbero una (seppur limitata) esperienza professionale che aprirebbe le porte a ulteriori opportunità di lavoro: l'obiettivo primario di tale disciplina non risiederebbe, infatti, nel creare condizioni di stabilità, bensì in quello di fornire una prima occasione d'impiego che ponga le basi per future esperienze lavorative. Il rischio di esclusione sociale cui va incontro una generazione colpita da un tasso di disoccupazione elevato e cresciuto progressivamente nell'ultimo decennio ha indotto il legislatore a creare una figura contrattuale che favorisca l'inserimento iniziale sul mercato del lavoro.

Dunque, la promozione delle assunzioni di personale giovane costituirebbe – secondo la CGUE – una «finalità legittima di politica sociale e dell'occupazione degli Stati membri» idonea a giustificare il sopra esaminato regime soggettivo del contratto di lavoro intermittente e la sua cessazione automatica collegata al mero raggiungimento dell'età stabilita.

A suffragio di questa asserzione, con particolare riferimento alla finalità di favorire l'accesso all'esercizio di una professione, viene citata la sent. *Fuchs e Köler* (C-159/10 e C-160/10), la quale tuttavia si pronuncia sulla compatibilità di una disparità di trattamento

fondata sull'età ben differente – sebbene avente medesima finalità – rispetto a quella in esame. La normativa tedesca allora controversa prevedeva il collocamento a riposo obbligatorio per funzionari pubblici che avessero raggiunto l'età di 65 anni: lo scopo di favorire l'occupazione e l'inserimento di giovani, in quel caso, veniva raggiunto attraverso il "sacrificio" di personale ormai giunto alle porte della pensione e non di soggetti da poco immessi nel mercato del lavoro, come prevede invece la disciplina italiana *de qua*.

Come affermato da acuta dottrina, nel caso di specie non sembra invece trovare giustificazione l'automatica estinzione del rapporto di lavoro, sia pure in funzione di facilitare l'assunzione di altri lavoratori di età inferiore ai 25 anni, in quanto essa si pone in contrasto con il principio di valorizzazione della volontà delle parti, non tiene conto di specifiche esigenze organizzative e gestionali del datore di lavoro e, soprattutto, arreca un pregiudizio al prestatore d'opera, eccedendo rispetto agli obiettivi di politica del lavoro (cfr. E. Gragnoli, *op. cit.*, 1115 ss.).

6. – Favorire l'assunzione di giovani lavoratori aumentando la flessibilità della gestione del personale rappresenterebbe, in termini astratti, una finalità legittima, evidenzia la Corte richiamando la nota sentenza *Küçükdeveci* (C-555/07, pt. 35-36, che a sua volta si poneva sulla scia dell'altrettanto celebre sent. *Mangold*, C-144/04, pt. 63). Come precisato con chiarezza anche in quest'ultima decisione, tuttavia, occorre verificare che «i mezzi apprestati per conseguire siffatta finalità legittima siano "appropriati e necessari"». Tale scrutinio, nel caso promosso dal giudice del lavoro di Düsseldorf, ebbe esito negativo, in quanto la normativa tedesca non fu ritenuta idonea a perseguire la finalità dichiarata. E pure nella citata sent. *Mangold*, si giunse a considerare discriminatoria – poiché «eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita» – una disciplina che, al fine di incentivare l'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati, consentiva la stipulazione di contratti a tempo determinato senza limiti di rinnovo con soggetti di età superiore a 52 anni, indipendentemente da qualsiasi considerazione ulteriore rispetto al dato anagrafico.

Ai fini di siffatta verifica, non si può tacere che – come più volte affermato dalla Corte nella ormai ampia giurisprudenza sul punto – gli Stati membri, oltre a poter stabilire quali obiettivi perseguire tra molti in materia di politica sociale e di occupazione, dispongono di un ampio margine discrezionale nella definizione delle misure volte a realizzarli (v., *ex multis*, sentt. *Schmitzer*, C-530/13, pt. 38; *Rosenbladt*, C-45/09, pt. 41; *Palacios de la Villa*, C-411/05, pt. 68). Discrezionalità che, però, non potrà estendersi al punto da rendere inappropriati o sproporzionati i mezzi adoperati per raggiungere le finalità prefissate, non potendo gli Stati membri «svuotare della sua sostanza il divieto di discriminazioni basate sull'età enunciato nella direttiva 2000/78» (sent. *Fuchs e Köler*, pt. 62). È lo stesso art. 6 della direttiva, infatti, a imporre che le finalità perseguite siano legittime; che, sulla scorta del principio di proporzionalità, i mezzi adottati siano adeguati agli scopi perseguiti; che, infine, la previsione costituente la disparità di trattamento «non vada oltre quanto è necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti» (sent. *HK Danmark*, C-476/11, in cui la Corte – al pt. 67 – chiarisce che «una normativa è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde effettivamente all'intento di conseguirlo in modo coerente e sistematico»; circa l'interpretazione dell'art. 6, v. A. Lassandri, *L'irrisolvibile confronto tra la Corte e gli Stati sulle discriminazioni per ragioni di età*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 756).

Sotto il profilo dell'adeguatezza dei mezzi utilizzati, la Corte osserva che una disposizione quale quella in esame, in quanto abilitante a concludere contratti di lavoro «meno rigidi», sarebbe idonea a creare «una certa flessibilità sul mercato del lavoro» (pt. 41), finalità – come prima evidenziato – da ritenere legittima, stante l'ampia discrezionalità concessa ai legislatori statali nella presente materia. Tale asserzione si fonda sul ragionamento, meramente ipotetico e non dimostrato, secondo cui i datori di lavoro, avendo a disposizione «uno strumento poco vincolante e meno costoso rispetto al contratto ordinario», sarebbero incentivati ad assumere giovani lavoratori. Supponendo pure che la descritta congettura sia verosimile e financo fondata, occorrerebbe però esaminare se la

scelta di politica del lavoro di incentivare l'assorbimento di domanda di primo impiego "a qualunque costo" (nel caso di specie, a costo di prestabilire lo scioglimento del contratto al compimento di una data età e il conseguente ritorno alla condizione di disoccupazione) non fuoriesca dai binari del principio di proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini, entro cui il pur esteso potere discrezionale dello Stato deve muoversi. La Corte tuttavia non se ne occupa, limitando le proprie considerazioni sull'adeguatezza al passaggio di cui si è dato conto.

Maggiore spazio viene dedicato invece al carattere necessario dei mezzi adoperati, con riguardo al quale il giudice sovranazionale fa proprie le argomentazioni proposte dalla *Abercrombie* e dal Governo italiano.

Il ragionamento dell'azienda si fonda sull'ovvia – ma superficiale – considerazione secondo cui sia da preferire un accesso al mercato del lavoro flessibile e temporaneo piuttosto che la situazione di disoccupazione che deriverebbe dall'assenza di uno strumento normativo del genere: in altre parole, in un contesto di crisi e difficoltà economiche che colpiscono anche le imprese, l'alternativa ad assumere un giovane in regime di precariato sarebbe non assumerlo in assoluto.

A tali considerazioni si aggiungono le spiegazioni del Governo sulla *ratio* di figure contrattuali di questa natura, «necessarie per favorire la mobilità dei lavoratori, rendere gli stipendi più adattabili al mercato del lavoro e facilitare l'accesso a tale mercato delle persone minacciate dall'esclusione sociale, eliminando allo stesso tempo le forme di lavoro illegali» (pt. 43). Ad un conciso esame delle finalità elencate, si possono distinguere le prime due, per natura opinabili in quanto frutto di decisioni rimesse alla discrezionalità degli organi politici, dalla terza (l'agevolazione dell'accesso al mercato del lavoro di persone minacciate dall'esclusione sociale), espressione di un obiettivo costituzionalmente rilevante che affonda le radici nel principio di eguaglianza in senso sostanziale. Con precipuo riferimento a quest'ultima, sembra lecito chiedersi se siano ipotizzabili e configurabili strumenti alternativi idonei a raggiungere il medesimo obiettivo con minor sacrificio della stabilità del rapporto di lavoro di un giovane. In caso di risposta affermativa, allora, potrebbe essere rimessa in discussione la conclusione favorevole al carattere necessario della disciplina *de qua*.

Tornando alle osservazioni dell'Esecutivo italiano, viene altresì rimarcato che, al fine di fornire il maggior numero di opportunità di ingresso nel mondo del lavoro, le forme contrattuali in parola non possono che essere flessibili: se fossero stabili «le imprese non potrebbero di offrire lavoro a tutti i giovani», asserisce la Corte con un'infelice formulazione che indurrebbe a ritenere che in virtù di tale disciplina, al contrario, «tutti i giovani» riescano ad essere assunti.

Infine, a suffragio della tesi sostenuta, vengono riportate le rassicurazioni del Governo in ordine alle garanzie che corredano la normativa in discussione, quali la previsione che «il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte» (art. 38, d.lgs. 276/2003).

All'esito della ricognizione delle osservazioni sopra viste, in considerazione – giova ribadirlo ancora una volta – dell'ampio margine discrezionale di cui godono gli Stati membri nello stabilire tanto le finalità da perseguire in detta materia quanto le misure idonee a realizzarle, la Corte di Giustizia giunge a ritenere appropriata e necessaria la disciplina del contratto di lavoro intermittente nella variante collegata al mero dato anagrafico del lavoratore, *ex art. 34, c. 2, d.lgs. 278/2003*.

7. – In conclusione, in materia di disparità di trattamento fondate sull'età, la giurisprudenza della CGUE è apparsa negli anni oscillante, in quanto precipuamente incentrata sulla valutazione in concreto della normativa nazionale di volta in volta portata alla sua attenzione. A fianco delle pronunce con cui la normativa interna è stata giudicata «eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita» (sent. *Mangold*, cit.; v. anche sentt. *Küçükdeveci*, cit.; *Hutter*, C-88/08; *Ingenjörforeningen i Danmark*, C-499/08; *Dansk Jurist*, C-546/11; *Commissione c. Ungheria*, C-286/12; *Pérez*, C-416/13; *Dansk Industri*, C-441/14), si trovano quelle con cui la Corte ha affidato al giudice nazionale il compito di

verificare la legittimità della finalità e/o l'adeguatezza e la necessità dei mezzi (v. sentt. *Age Concern England*, C-388/07; *Petersen*, C-341/08; *Georgiev*, C-250/09 e C-268/09), nonché decisioni con cui ha dichiarato le disposizioni scrutinate compatibili con l'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78 (v. sentt. *Palacios de la Villa*, cit.; *Rosenbladt*, cit.; *HK Danmark*, cit.).

Sulla scia di queste ultime, si inserisce la sentenza in commento, la quale, aderendo – talvolta quasi acriticamente – alle osservazioni avanzate dal datore di lavoro e dal Governo italiano, attraverso le argomentazioni succinte (quando non lacunose) di cui si è cercato di dare conto, ha dichiarato che la normativa sovranazionale dev'essere interpretata nel senso che non osta alle disposizioni interne controverse nel procedimento principale.

PNR EU-Canada, la Corte di Giustizia blocca l'accordo: tra difesa dei diritti umani e implicazioni istituzionali

di Chiara Graziani

Title: The EU-Canada PNR agreement rejected by the Court of Justice: between human rights protection and institutional implications

Keywords: PNR data; Antiterrorism; Data protection.

1. – Con il parere in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sul progetto di accordo fra il Canada e l'Unione europea in merito al trasferimento e al trattamento dei dati PNR (*Passenger Name Record*) ritenendolo *in parte qua* contrastante con alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi "la Carta"). Il parere era stato richiesto dal Parlamento europeo il 30 gennaio 2015, ai sensi dell'art. 218, par. 11, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora in poi TFUE), in base al quale il Parlamento è tra i soggetti legittimati a domandare l'*opinion* della Corte di Giustizia sulla compatibilità con i Trattati di accordi negoziati tra l'Unione e paesi terzi. Il parere negativo impedisce l'entrata in vigore dell'accordo, che deve essere pertanto modificato. È esattamente quanto accaduto nella circostanza di specie, poiché, a causa della rilevata incompatibilità di alcune clausole con i parametri invocati – in particolare, gli articoli 7 e 8 della Carta – una rinegoziazione dell'accordo – e probabilmente, come si vedrà, non solo di questo – si renderà indispensabile.

Prima di analizzare il parere, è opportuno fornire alcune nozioni preliminari essenziali. Innanzitutto, come detto, l'accordo oggetto della pronuncia verte sullo scambio di dati PNR tra Europa e Canada. Tali dati sono costituiti da informazioni personali (nome, data di viaggio, itinerario, posti assegnati, modalità di pagamento ecc.), risultanti dal codice di prenotazione, relative a passeggeri di voli aerei, che vengono raccolte e conservate dai vettori. Il trasferimento dei dati può avvenire secondo due criteri alternativi: da un lato, si ha il metodo c.d. *pull*, in base al quale le autorità statali competenti per la raccolta e il trattamento dei dati hanno accesso diretto a questi ultimi, senza nessun coinvolgimento dei vettori aerei; dall'altro, vi è il metodo *push*, il quale non garantisce alle dette autorità un accesso diretto, ma i dati devono essere preventivamente richiesti ai vettori aerei.

Tralasciando i tecnicismi sul metodo di trasferimento – che, tra l'altro, come si vedrà, tende verso l'impiego del metodo *push*, considerato più garantistico – appare necessario sottolineare che, negli ultimi anni, la raccolta e l'analisi dei dati PNR ha giocato un ruolo chiave nell'ambito della lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera (v. in generale C.C. Murphy, *EU Counter-Terrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*, Oxford, 2012, 147 ss.). In effetti, i dati in questione si rivelano particolarmente utili, per le autorità che svolgono azione di contrasto ai detti crimini, ai fini dello svolgimento di un'azione preventiva. Infatti, la raccolta avviene nei confronti di *tutti* i passeggeri, a prescindere da eventuali sospetti di coinvolgimento in attività terroristiche. Questo permette un

monitoraggio indiscriminato di coloro che viaggiano su tratte internazionali e, di conseguenza, tramite uno *screening* che può essere definito “seriale”, l’individuazione di soggetti potenzialmente criminali, anche qualora manchino segnalazioni di indizi a loro carico. È evidente che l’adozione di una strategia preventiva di contrasto al terrorismo basata sull’utilizzo dei PNR – a prescindere dalla compatibilità con le garanzie individuali – implica cooperazione tra le autorità dei vari Stati coinvolti (cfr. V. Mitsilegas, *Transatlantic counterterrorism cooperation and European values: the elusive quest for coherence*, in E. Fahey, D. Curtin (eds.), *A Transatlantic Community Law*, Cambridge, 2014, 289).

2. – E, in effetti, a livello UE diversi provvedimenti sono stati adottati al fine del miglioramento e rafforzamento della lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera tramite l’utilizzo di questi dati. Si pensi solo, da ultimo, alla direttiva 2016/681, approvata nell’aprile 2016 e volta a regolare lo scambio di dati PNR dei passeggeri di voli internazionali che hanno come destinazione o origine un paese UE (si veda sul tema D. Lowe, *The European Union Passenger Name Record Data Directive: Is it Fit for Purpose?*, in *17 Int’l Crim. L. Rev.* 78 (2017)). In particolare, i vettori aerei vengono obbligati a fornire i dati alle competenti autorità degli Stati membri e sono stabilite, da un lato, una serie di regole relative al loro trattamento e utilizzo e, dall’altro, un novero di garanzie individuali per i passeggeri. La direttiva deve essere recepita entro il 25 maggio 2018.

Quando, invece, si tratta di regolare l’utilizzo di dati PNR non da parte di Stati membri UE, bensì per mano di autorità di paesi terzi, il paese verso il quale i dati verranno trasferiti deve assicurare un “livello di protezione adeguato” dei dati personali, a norma dell’art. 25 della direttiva 95/46/CE. L’adeguatezza del livello di protezione può essere certificata da una decisione della Commissione europea (c.d. decisione di adeguatezza), basata anche sulle garanzie fornite dal diritto interno del paese in questione oppure sull’esistenza di un accordo tra il paese terzo e l’Unione europea. Per questo motivo, l’Unione ha stipulato, nel corso del tempo, vari accordi internazionali con diversi paesi proprio al fine di consentire lo scambio di dati PNR (si veda, per una ricostruzione dettagliata del tema, A. Vidaschi, G. Marino Noberasco, *From DRD to PNR: Looking for a New Balance Between Privacy and Security*, in D. Cole, F. Fabbrini, S. Schulhofer (eds.), *Surveillance, Privacy and Transatlantic Relations*, Oxford, 2017, 67). Risale al 2004 la firma del primo accordo in tal senso con gli Stati Uniti, in cui, in seguito agli eventi del settembre 2001, era stata approvata una legge che obbligava tutti i vettori aerei a trasferire i dati PNR alla competente autorità statunitense (*US Customs and Border Control*). Tale accordo venne invalidato dalla Corte di Giustizia nel 2006, a seguito della richiesta del Parlamento europeo di annullare la decisione di adeguatezza della Commissione e la decisione del Consiglio sulla conclusione dell’accordo. Di conseguenza, l’accordo fu rinegoziato al fine di giungere, nel 2007, ad una nuova versione (con la quale, tra l’altro, si passava dal metodo *pull* al metodo *push*), anch’essa successivamente sottoposta a rinegoziazione su richiesta del Parlamento europeo. L’attuale testo dell’accordo USA-UE relativo ai PNR è in vigore dal 2012, così come un analogo accordo sul tema con l’Australia (una precedente versione risaliva al 2008). Sono ancora in corso i negoziati per la stipulazione con il Messico, mentre potrebbero iniziare quelli con l’Argentina.

Anche l’accordo con il Canada, oggetto del parere che si commenta, non è il primo a cui l’Unione europea è addivenuta con tale paese terzo: il precedente accordo PNR UE-Canada era datato 2006 e riguardava, oltre allo scambio dei dati PNR, anche quello dei dati API (acronimo di *Advance Passenger Information*, ossia informazioni ulteriori raccolte al momento dell’imbarco). Si trattava di un accordo con un periodo di validità limitato (settembre 2009), per cui, alla sua scadenza, nuovi negoziati dovettero essere intrapresi. A questo punto, la “storia” dell’accordo PNR tra Unione europea e Canada si interseca con quella relativa all’accordo con gli Stati Uniti e con il Messico. Infatti, si è prima detto che l’accordo con gli Stati Uniti risalente al 2007 fu rinegoziato a seguito di richiesta del Parlamento europeo. Ebbene, è proprio con la stessa risoluzione (Parlamento europeo, Risoluzione 5 maggio 2010) che tale richiesta venne estesa anche in relazione al Canada, nel

cui ordinamento giuridico la comunicazione dei dati PNR alla competente autorità è imposta dal *Customs Act* e dall'*Immigration and Refugee Protection Act*, e all'Australia. Nel dicembre 2010 il Consiglio, tramite una propria decisione, autorizzò la Commissione all'apertura dei negoziati tra l'Unione europea e il Canada per la stipulazione dell'accordo. Tale fase giunse a termine nel maggio 2013, mentre è del luglio 2013 la proposta, presentata dalla Commissione, per una decisione del Consiglio sulla conclusione dell'accordo, conformemente alla procedura per l'adozione di accordi internazionali tra l'Unione e Stati terzi, poi adottata nel dicembre dello stesso anno. Seguì la firma dell'accordo il 25 giugno 2014. Nel tempo intercorrente tra la presentazione della proposta di decisione e la relativa adozione da parte del Consiglio, il Garante europeo della protezione dei dati aveva espresso il proprio parere sulla proposta stessa. In tale circostanza, il Garante aveva sollevato molti dei rilievi poi riproposti dal Parlamento europeo. In particolare, il parere si soffermava, da un punto di vista formale, sulla scelta della base giuridica per la decisione del Consiglio (su cui v. *infra*), mentre, da una prospettiva sostanzialistica, metteva in dubbio la necessità e la proporzionalità dell'accordo. Tra i rilievi fatti emergere si segnalano, in quanto coincidono con quelli presentati dal Parlamento europeo, su cui, quindi, si è pronunciata la Corte: la vaghezza nella definizione di alcuni concetti; la mancanza di un sistema di notifica individuale; la parziale inadeguatezza dei meccanismi di vigilanza.

3. – È quindi in questo complesso scenario che si inserisce la richiesta di parere del Parlamento europeo (al quale, a sua volta, il Consiglio aveva richiesto l'approvazione dell'accordo), presentata a gennaio 2015. Nello specifico, si rinvergono due profili: da un lato, viene chiesto di determinare l'appropriatezza della base giuridica della decisione del Consiglio relativa all'adozione dell'accordo; dall'altro, si interroga la Corte sulla compatibilità delle misure previste dall'accordo con gli artt. 16 TFUE (protezione dei dati personali), 7, 8 e 52 della Carta (rispettivamente: diritto alla *privacy*, diritto alla protezione dei dati personali, principio di proporzionalità).

Prima di ricostruire il ragionamento che ha portato la Corte di Giustizia a rilevare il contrasto fra alcune clausole dell'accordo e i parametri invocati, è il caso di ricordare che, l'8 settembre 2016, l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi aveva presentato le proprie conclusioni relativamente al caso. In tale circostanza, l'Avvocato Generale aveva sconsigliato l'adozione dell'accordo nella forma in cui era stato presentato all'esame della Corte. Infatti, pur non escludendo la possibilità di rendere l'accordo compatibile con le disposizioni della Carta, Mengozzi rilevava che, per far ciò, sarebbe stato necessario intervenire in senso modificativo su varie clausole. Per molti aspetti, la decisione della Corte ha aderito alle conclusioni dell'Avvocato Generale.

Concentrandosi sul parere, esso può essere suddiviso in due parti. A prescindere dall'attenta ricostruzione del *background* fattuale e giuridico, la Corte si è concentrata anzitutto sulla risoluzione della questione relativa alla base giuridica, per poi passare – e si tratta della sezione più ampia ed articolata della decisione – alla compatibilità delle clausole dell'accordo con i diritti fondamentali.

In via preliminare, la Corte di Giustizia ha ribadito la piena idoneità degli accordi internazionali fra l'Unione e i paesi terzi ad integrare il diritto dell'Unione e, pertanto, la necessità che anch'essi rispettino i parametri fissati dai Trattati e dalla Carta, che ne ha acquisito lo stesso valore giuridico. A tal proposito, si osserva che è la prima volta che la Corte di Giustizia si pronuncia sulla compatibilità di un accordo internazionale con le disposizioni della Carta.

Per quanto riguarda la base giuridica, il Consiglio aveva fondato la propria decisione sugli artt. 82, par.1, lett. d) e 87, par. 2, lett. a) TFUE, rispettivamente relativi alla facilitazione della cooperazione tra autorità giudiziarie, o ad esse equivalenti, nelle materie penali con implicazioni sovranazionali e cooperazione di polizia tramite la raccolta, l'archiviazione e lo scambio di informazioni. A giudizio della Corte, che ha accolto sul punto la prospettazione del Parlamento europeo, combinandola con quanto suggerito dall'Avvocato Generale, la base giuridica corretta va rinvenuta nell'art. 16 TFUE (protezione dei dati

personali) e, al contempo, nell'art. 87 TFUE. L'esclusione dell'art. 82 TFUE è stata motivata sulla base del fatto che non si ravvisano, nel testo dell'accordo, disposizioni volte a facilitare la cooperazione giudiziaria, né, d'altra parte, l'autorità canadese competente è un'autorità giudiziaria o ad essa equivalente. Conformemente alla propria giurisprudenza pregressa, al fine di individuare la base giuridica dell'accordo, la Corte ha proceduto ad un'attenta analisi della finalità dell'accordo, utilizzando quindi uno schema di ragionamento teleologico. Nel caso di specie, ha chiarito come la finalità sia duplice, ossia il progetto di accordo miri, da un lato, al mantenimento della sicurezza pubblica, dall'altro alla protezione dei dati personali. Pur se presentata in sede di disquisizione sulla base giuridica, questa osservazione resta sullo sfondo dell'argomentazione successiva, anche in relazione agli altri punti, presentandosi come cruciale per chiarire da subito la necessità di bilanciare interessi opposti.

Soffermandosi sul secondo grande snodo argomentativo del parere, relativo alla compatibilità con i diritti fondamentali, si sottolinea che la Corte ha ritenuto di utilizzare come parametri solamente le disposizioni della Carta, escludendo, in relazione al diritto alla protezione dei dati personali, l'art. 16 TFUE, in quanto ha affermato il carattere maggiormente specifico dell'art. 8 della Carta, che si configura quindi come *lex specialis*. Anche in questo caso, si tratta di un passaggio importante, poiché fa sì che la decisione si inserisca nel contesto di quella giurisprudenza che utilizza la Carta come parametro a sé (v. *infra*), incrementandone il valore non solo formale – già datole dal Trattato di Lisbona, che la ha equiparata ai Trattati sotto il profilo del valore giuridico – ma anche sostanziale e pratico.

Lo schema seguito dalla Corte di Giustizia è quello classico utilizzato in casi in cui vengano in rilievo limitazioni dei diritti fondamentali: dapprima, viene determinata l'esistenza di un'interferenza delle misure sottoposte ad esame con i diritti in questione; in secondo luogo, ci si sofferma sull'appropriatezza dei mezzi a raggiungere il fine (che deve essere, chiaramente, legittimo e di interesse generale); da ultimo, si decide se le misure adottate si limitano a quanto strettamente necessario per raggiungere la finalità dichiarata (c.d. scrutinio di proporzionalità in senso stretto). Gli ultimi due punti sono strumentali, pertanto, a valutare se l'interferenza è giustificata o meno. Va sin da subito detto che, nel caso che si commenta, la Corte di Giustizia ha rilevato sia l'interferenza con i diritti fondamentali – è tale, infatti, un trasferimento sistematico di dati che possono «rivelare un itinerario di viaggio completo, abitudini di viaggio, relazioni esistenti tra due o più persone nonché informazioni sulla situazione finanziaria dei passeggeri aerei, sulle loro abitudini alimentari o sul loro stato di salute, e potrebbero persino fornire informazioni sensibili su tali passeggeri» (p.to 128) – sia l'appropriatezza dei mezzi per raggiungere il fine. Sotto quest'ultimo profilo, la Corte ha utilizzato dati concreti: sono citate sia alcune informazioni fornite dalle autorità canadesi, sia documenti della Commissione (Comunicazione COM(2010) 492) in cui sono valutati i benefici prodotti dall'analisi dei PNR. Si tratta di un approccio che dimostra una certa “fiducia” della Corte di Giustizia nei confronti di altre istituzioni, europee e non. Si sottolinea, inoltre, il passaggio (p.to 149) nel quale la Corte ha esplicitamente enucleato la dialettica libertà-sicurezza, tramite il riferimento all'art. 6 della Carta. In proposito, si è rilevato che la sicurezza pubblica «costituisce, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, una finalità d'interesse generale dell'Unione che può giustificare ingerenze, anche gravi, nei diritti fondamentali sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta. Del resto, la protezione della sicurezza pubblica contribuisce altresì alla tutela dei diritti e delle libertà altrui». Perciò, pur se nella sostanza della decisione la Grande Camera è apparsa propendere in favore dei diritti fondamentali, le premesse del bilanciamento appaiono segnate da forte carattere di realismo.

Il giudizio sulla necessità (quindi, sulla proporzionalità in senso stretto) delle misure, appare complesso e articolato, risultante di una sommatoria di vari fattori. La Corte ha analizzato se esistono regole chiare e precise, nel progetto di accordo ad essa sottoposto, rispetto ai seguenti elementi: categorie di dati PNR rientranti nell'ambito di applicazione dell'accordo; automatizzazione del trattamento; definizione di “reati di terrorismo” e di “reati gravi di natura transnazionale”; autorità canadesi competenti; passeggeri cui l'accordo si applica; conservazione dei dati; comunicazione degli stessi.

In prima battuta, è stata rilevata la mancanza di definizione quanto alle categorie di dati cui l'accordo si applica (v. p.to 157 ss.), non sanata dalla previsione, meramente

tautologica, secondo cui l'accordo non riguarda le categorie non elencate. Inoltre, la potenziale inclusione dei dati sensibili nelle categorie di dati trasferibili costituisce una forte criticità: come ricordato nel parere, essi non possono essere trasferiti se non in base ad una giustificazione particolarmente solida: nell'opinione della Corte, neanche l'esigenza di prevenzione del terrorismo può definirsi tale.

Si è sottolineato, poi, come il meccanismo di trattamento automatizzato dei dati PNR implichi un margine di errore, ma si è osservato anche che ciò ha correttamente indotto le parti dell'accordo a prevedere un riesame non automatizzato prima di adottare in concreto di misure individuali (p.to 173). Inoltre, ai fini dell'adozione di tali misure, questi dati vanno confrontati, stando all'accordo, con dati contenuti in *databases* canadesi relativi a persone sospettate di terrorismo, i quali dovrebbero essere, secondo la Corte di Giustizia, particolarmente affidabili, aggiornati e specifici. In questo passaggio, pertanto, la Corte si addentra in considerazioni piuttosto tecniche, confermando il carattere attento e approfondito dell'analisi.

Rispetto alle finalità di trattamento dei dati, ossia prevenzione dei reati di terrorismo e di altri gravi reati di natura transnazionale e altre finalità correlate alla salvaguardia di interessi vitali della persona, la definizione di queste ultime non è stata ritenuta sufficientemente chiara e precisa, facendo sì che, sotto questo profilo, le misure non siano limitate a quanto strettamente necessario (p.to 181).

I due punti la cui analisi risulta più interessante appaiono essere quelli legati alla conservazione dei dati (o *data retention*) e alla loro comunicazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, in via generale l'accordo prevede un periodo di conservazione massimo di cinque anni, ma già dopo trenta giorni dal momento della raccolta, i dati devono essere resi anonimi (con possibilità di de-anonimizzazione in caso di necessità). Inoltre, la conservazione e uso dei dati dei passeggeri viene messa in atto al loro arrivo in Canada, durante la loro permanenza sul territorio canadese, al momento della partenza e successivamente ad essa. Per quanto concerne i primi tre casi, la Corte ha ritenuto che la conservazione e uso dei dati PNR costituiscano mezzi idonei e non eccedenti i limiti di stretta necessità, con l'unica accortezza, nel caso dell'utilizzo durante il soggiorno in Canada, di garantire che esso sia giustificato da nuove circostanze (p.to 200), su cui un giudice o un'autorità amministrativa svolgano un controllo (p.to 202). Maggiori criticità, invece, sono legate all'uso dei dati dopo la partenza dei passeggeri dal Canada: è apparso superfluo archivarli in maniera seriale e sistematica (in quanto si tratta di dati già controllati all'arrivo), a meno che non sussista un dimostrato rischio in termini di reati terroristici e di natura transnazionale (p.to 207). Hanno passato il vaglio di legittimità, invece, il periodo di conservazione e l'ambito territoriale, poiché quest'ultimo è esplicitamente delimitato dall'accordo al territorio canadese.

Rispetto al tema della comunicazione, la disciplina dell'accordo è tripartita: l'autorità canadese responsabile dei dati può comunicarli ad altra autorità canadese, ad autorità di paesi terzi, oppure, in circostanze particolari, a individui. In nessuno dei tre casi la disciplina è stata ritenuta limitata allo stretto necessario. Infatti, in caso di comunicazione ad autorità canadesi, si tratta pur sempre di un utilizzo dei dati, che deve essere posto in essere in coerenza con quanto detto rispetto al punto precedente al momento di analizzare l'aspetto della conservazione (p.to 212). La comunicazione ad autorità di paesi terzi costituirebbe un vero e proprio aggiramento delle garanzie poste dal diritto UE: essa viene prevista a prescindere dall'esistenza di qualsiasi accordo o decisione di adeguatezza della Commissione rispetto a tali paesi terzi, con palese violazione dell'art. 25 della direttiva 95/46/CE (p.to 214). Per quanto attiene, poi, alla comunicazione a individui – che, in effetti, costituisce *ictu oculi* l'aspetto più problematico della questione – essa è stata, di nuovo, censurata rispetto al canone della precisione e chiarezza: risulterebbero troppo vaghi e indefiniti il novero dei potenziali destinatari della comunicazione, le informazioni comunicabili, nonché i limiti e requisiti affinché si possa procedere. Infatti, l'accordo si limita a menzionare, piuttosto apoditticamente, «condizioni e limitazioni giuridiche ragionevoli» (p.to 216).

Altri due aspetti problematici sono stati rinvenuti nella mancanza di un sistema di notificazione individuale quando i dati PNR vengono utilizzati (p.to 225) e nel metodo di vigilanza sul rispetto delle garanzie sulla protezione dei dati. Quest'ultima attività dovrebbe

essere posta in essere, stando all'accordo, da un'autorità indipendente oppure che eserciti i propri compiti in modo imparziale. Tale formulazione linguistica alternativa fa sì che il meccanismo sia giudicato dalla Corte potenzialmente a rischio di mancanza di totale indipendenza da parte dell'autorità di vigilanza (p.to 230), poiché all'esercizio dei compiti in maniera imparziale potrebbe non corrispondere una piena autonomia effettiva.

4. – Ripercorsi i tratti essenziali del parere in esame, è opportuno soffermarsi su come esso si inserisca nella linea giurisprudenziale della Corte di Giustizia sul binomio *privacy*-sicurezza nazionale (tra le decisioni più importanti, sentenza 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Ministro per le Comunicazioni e al.*, C-293/12 e C-594/12; sentenza 6 ottobre 2015, *Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14; sentenza 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige AB e al.*, C-203/15 e C-698/15).

La decisione si introduce a pieno titolo, da un punto di vista sostanziale, nel filone giurisprudenziale richiamato, in cui la Corte ha mostrato una chiara attitudine a far prevalere i diritti individuali (quelli alla *privacy* e alla protezione dei dati in particolare) sulle esigenze di sicurezza nazionale, purtuttavia senza mettere totalmente da parte queste ultime, anzi valorizzandole in un quadro di mantenimento delle garanzie democratiche (per un'analisi approfondita di come il parere in commento si inserisce nella dialettica libertà-sicurezza, da sempre oggetto di interesse degli studi costituzionalistici, si rinvia ad A. Vidaschi, *L'accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, n. 4). Ciò ha permesso alla CGUE di non indulgere ad un approccio eccessivamente utopistico, mantenendo ferma una visione pragmatica e concreta.

Sicuramente, il fatto che il parere in commento faccia perno, da un punto di vista logico e giuridico, sulla giurisprudenza pregressa, non è stato tenuto celato dalla Corte, che ha anzi ampiamente richiamato, in numerosi passaggi, i propri precedenti. Tuttavia, il parere è ben lungi dall'essere una decisione meramente confermativa o ricostruttiva di questi ultimi, in quanto, pur nella coincidenza delle affermazioni di principio, si possono scorgere rilevanti profili di novità.

Anzitutto, come già accennato, è la prima volta che la Corte ha dovuto pronunciarsi sulla compatibilità di un accordo internazionale fra l'Unione e uno Stato terzo con i parametri della Carta: ciò, se da un lato consolida l'utilizzo parametrico di quest'ultima (già osservato nei citati casi *Digital Rights*, *Schrems*, *Tele2 Sverige*, ma anche nella sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain e al. c. AEPD e Costeja González*, C-131/12, relativa al diritto all'oblio; si veda sul tema O. Pollicino, M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, Roma, 2016) dall'altro pone enfasi sulla piena idoneità degli accordi internazionali ad essere considerati diritto UE. Ne risulta, chiaramente, un rafforzamento, non solo dogmatico, ma anche pratico, delle garanzie *lato sensu* costituzionali di matrice europea e del concetto dell'Unione come entità che garantisce la *rule of law*.

Quanto all'utilizzo dei precedenti in tema, la giurisprudenza sulla *data retention* (in primo luogo, la sentenza *Digital Rights*, con la quale la Corte aveva invalidato la direttiva 2006/24/CE, poi confermata, quanto alle affermazioni di principio, dalla decisione *Tele2 Sverige AB*) viene richiamata e applicata in maniera piuttosto puntuale. Infatti, se nella pronuncia *Digital Rights* si erano fissati i canoni generali in base ai quali la conservazione dei dati avrebbe potuto essere legittima, in questo parere sono stati analizzati snodi molto tecnici del progetto di accordo – si veda, ad esempio, la differenziazione fra conservazione prima dell'arrivo, durante la permanenza, al momento della partenza e dopo di essa. Pertanto, è come se venisse “data forma” ai principi enunciati in *Digital Rights* (per un'analisi dettagliata di quest'ultima decisione, si rimanda ad A. Vidaschi, V. Lubello, *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy: A European Perspective*, in *Tilburg Law Review* 14 (2015); v. anche A. Vidaschi, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La “data retention” al test di legittimità*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014,

n. 3, 1224). Ciò deriva, probabilmente, anche dal diverso tipo di pronuncia. Nel caso in esame, infatti, si tratta di un parere ai sensi dell'art. 218 TFUE, il quale deve direttamente e concretamente orientare le istituzioni europee (in questo caso, alla rinegoziazione dell'accordo: sussiste perciò una *pars costruens* come diretta conseguenza). In *Digital Rights*, invece, si trattava di una questione pregiudiziale, che ha condotto a dichiarare l'invalidità direttiva sulla *data retention*, senza dover immediatamente e necessariamente orientare le istituzioni europee ad una celere approvazione di una nuova direttiva – tanto che, allo stato, non esiste una “nuova” direttiva *data retention*, per quanto vi siano riflessi della giurisprudenza *Digital Rights* nei successivi atti legislativi dell'Unione. Inoltre, ricorre spesso il tema dell'“adeguato livello di protezione”, presupposto per il trasferimento di dati personali verso un paese non facente parte dell'Unione, sottoposto a stretto scrutinio nella sentenza *Schrems* (si veda, a commento, T. Ojanen, *Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter: ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*, in *12 Eur. Const. L. Rev.* 318 (2016)). In questo parere, è stato rimarcato il carattere sostanziale di tale garanzia, che non può essere aggirata in maniera surrettizia: come sottolineato in sede di ricostruzione della decisione, non è legittima la comunicazione di dati PNR ad autorità di paesi terzi a prescindere da qualsiasi tipo di controllo sull'esistenza di un adeguato livello di garanzie. Perciò, l'eventuale accordo UE-Canada, sembra dire la Corte, non può funzionare da *passerpartout* per permettere uno scambio indiscriminato di dati.

Da ultimo, si rileva che il parere in commento costituisce il primo caso in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata negativamente in relazione ad un accordo sullo scambio di PNR adducendo motivazioni di carattere sostanziale e correlate ai diritti individuali. Infatti, anche nel 2006, nell'invalidare la decisione del Consiglio sull'accordo del 2004 con gli Stati Uniti, la Corte non aveva deciso sul merito, che pure era stato contestato da parte del Parlamento europeo nella richiesta di annullamento, preferendo invalidare l'accordo sulla base dei rilievi meramente formali – in particolare, mancanza di base giuridica – formulati dall'Avvocato Generale.

5. – In conclusione, può ritenersi che il parere in commento rivesta un'importanza fondamentale per due articolati ordini di ragioni.

Da un punto di vista teorico-generale, come visto, numerosi principi, elaborati nelle decisioni precedenti in materia di privacy e protezione dei dati personali, vengono applicati al particolare settore dei dati PNR e agli accordi internazionali tra l'Unione europea e gli Stati terzi. Pertanto, la Corte di Giustizia ha colto l'occasione, presentatasi con la richiesta di parere proveniente dal Parlamento europeo, di rafforzare la propria autorevolezza in materia di diritti. Ciò è stato fatto, peraltro, seguendo un approccio molto tecnicistico, se si pensa che dalla lettura della decisione emerge come la Corte, nell'analizzare la chiarezza e la precisione delle disposizioni dell'accordo, abbia sindacato anche la scelta di singoli termini e locuzioni.

Da un punto di vista più pragmatico, poi, si deve dire che la decisione avrà, probabilmente, rilevanti implicazioni che potrebbero essere definite “sistemiche”. Innanzitutto, il fatto che la Corte abbia ritenuto l'art. 82 TFUE inadatto a formare la base giuridica per l'accordo potrebbe gettare dubbi sulla legittimità degli accordi per il trasferimento dei dati PNR, al momento in vigore, con l'Australia e gli Stati Uniti. Essi, inoltre, potrebbero dover essere rinegoziati anche da un punto di vista sostanziale, perché appaiono caratterizzati da molte delle criticità rilevate dalla Corte. Anche le negoziazioni degli accordi con il Messico, chiaramente, subiranno l'influenza di questa decisione, di cui dovranno tenere conto. Ciò era stato, in effetti, sottolineato anche dalle istituzioni europee, che nel 2015 avevano chiarito che i negoziati con il Messico non potevano essere finalizzati fino alla pronuncia che qui si commenta. Vieppiù, il fatto che la Corte abbia censurato i meccanismi di vigilanza sull'implementazione delle garanzie relative alla protezione dei dati potrebbe porre a rischio il c.d. *Privacy Shield*, ossia l'accordo, approvato nel 2016, che regola il trasferimento di dati tra USA e Unione europea, criticato proprio in relazione

a questo aspetto (Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 01/2016). Infine, altro tema rilevante lasciato aperto dal parere riguarda i rapporti tra il *decisum* esaminato e la direttiva PNR, da recepire entro il 2018. Infatti, se, da un lato, sembrerebbero non esserci rilevanti problemi di coordinamento, dato che la direttiva è anzi stata spesso citata come “modello” di una corretta gestione dello scambio dei dati PNR da parte della Corte (ad esempio, in relazione alla questione legata ai dati sensibili, si veda p.to 166), dall’altro alcune criticità rilevate dalla Corte appaiono essere proprie anche della direttiva (ad esempio, in tema di *data retention*, anche nella direttiva manca la differenziazione tra passeggeri in arrivo e passeggeri in uscita).

La decisione analizzata, pertanto, apre interessanti scenari e sarà rilevante osservare quali posizioni verranno fatte proprie in seguito dalle istituzioni dell’Unione.

Servizio Postale: legittima l'imposizione di standard qualitativi e organizzativi a imprese che operano al di fuori del servizio universale

di Francesco Monceri

Title: Postal service: legitimate the imposition of qualitative and organizational standards for postal companies operating outside the universal service

Keywords: Postal service; Universal service; Universal service obligations.

1. – Con la Sentenza del 15 dicembre 2016, relativa alla causa C-667/15, la Sesta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato che l'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, consente di considerare all'interno di tale categoria anche un sistema di promozione a carattere piramidale in cui vi sia solo un legame indiretto tra le partecipazioni versate dai nuovi aderenti al sistema ed i corrispettivi percepiti dagli aderenti già esistenti.

967

La decisione in epigrafe si segnala per una originale interpretazione della direttiva 97/67/CE e successive modifiche (in particolare apportate dalla direttiva 2008/6/CE), concernente le regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, rispetto all'estensione dei vincoli cui uno Stato membro può subordinare il rilascio di una autorizzazione generale all'esercizio dell'attività.

Più precisamente, la domanda principale, origina da un ricorso della *Ilves Jakelu Oj* contro il governo finlandese (*Valtioneuvosto*), in cui si contesta la decisione di quest'ultimo di assoggettare l'autorizzazione allo svolgimento del servizio all'assolvimento di taluni oneri aggiuntivi anche rispetto ad attività non ascrivibili alle prestazioni del servizio universale. Nello specifico, all'attività di servizio postale verso abbonati.

Tutto ciò derivando dal fatto che la normativa nazionale di riferimento, la legge 415/2011 (*Postilaki*), si pone la finalità di «garantire la disponibilità dei servizi postali, in particolare del servizio universale, alle stesse condizioni in tutto il paese» (art.1); ma prevede anche che l'autorizzazione generale rilasciata dal Consiglio dei ministri debba prevedere (anche per le imprese che offrono servizi postali diversi dal servizio universale) «obblighi integrativi della prescrizioni di tale legge...che sia necessario per garantire la qualità, la disponibilità e l'esecuzione dei servizi» (art.9, secondo comma, punto 5 della legge nazionale).

2. – Le quattro domande pregiudiziali che ne conseguono ruotano, dunque, intorno a due questioni fondamentali che attengono all'interpretazione dell'art.9, primo e secondo paragrafo, della direttiva 97/67 CE.

La prima riguarda la facoltà degli Stati membri di prevedere «autorizzazioni generali»

per l'erogazione dei servizi postali al fine di garantire «la conformità con le esigenze essenziali» (nei limiti dell'art.2, punto 19, della direttiva 97/67), ovvero di porre in essere vere e proprie procedure di autorizzazione, compreso il rilascio di «licenze individuali», al fine di garantire «la conformità con le esigenze essenziali e per salvaguardare il servizio universale».

La seconda, e più complessa, questione che viene proposta alla Corte la interroga sulla legittimità di una normativa nazionale che assoggetti un'impresa, che eroghi servizi postali non riconducibili all'ambito del servizio universale, agli obblighi di cui all'art.9, secondo paragrafo, secondo trattino, della direttiva 97/67. Norma che consente, quando considerato necessario e giustificato, di corredare l'autorizzazione di «obblighi in merito alla qualità, alla disponibilità, e all'esecuzione dei servizi in questione».

Rispetto ad entrambe le questioni va premesso che l'autorizzazione emessa dal governo finlandese ha ad oggetto l'erogazione di un servizio in abbonamento erogabile in un numero di comuni elencato nel provvedimento autorizzatorio. E che le clausole dalla quarta all'ottava di detta autorizzazione mirano, appunto, a garantire la qualità, la disponibilità, e l'esecuzione dei servizi postali (ai sensi dell'art.9, secondo paragrafo, secondo trattino, dir. 97/67 CE). In concreto, tali clausole subordinano l'erogazione di un servizio postale in abbonamento ad una serie di obblighi precisi: di redigere le condizioni di distribuzione prima di intraprendere la fornitura del servizio; di organizzare la distribuzione della merce in giacenza in modo tale che i recapiti avvengano almeno una volta alla settimana; di istituire un servizio di sospensione della distribuzione e di cambiamento di indirizzo; di contrassegnare i propri invii per renderli distinguibili da quelli di altre società operanti nel settore; di istituire un punto di raccolta in ogni comune ricompreso nell'ambito di operatività dell'autorizzazione.

Ne deriva che il *punctum crucis* della questione deve essere ricondotto ai processi di liberalizzazione che sono andati interessando il settore postale, il primo tra i pubblici servizi a subire in passato processi di «statizzazione» (v. L. Magrone, *Le poste*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, 2000, 1729), nelle sue più ampie sfaccettature.

Per contro la sentenza, sembra discostarsi dalla ormai tradizionale distinzione che intendeva realizzare una netta separazione tra l'area europea del servizio universale (in argomento G. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, 2002; S. Cassese, *La retorica del servizio universale*, in S. Frova (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale, evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998) e i c.d. servizi a valore aggiunto (v. già Corte di giustizia, sentenza 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*), considerati generalmente non assoggettabili ad ulteriori oneri paragonabili all'assolvimento dei c.d. obblighi di servizio pubblico (in argomento rinvio a F. Monceri, *Il diritto alla "compensazione" come "diritto soggettivo" delle imprese che assolvono obblighi di servizio pubblico*, in questa rivista, 3/2014).

Da quest'ultimo punto di vista, proprio i processi di liberalizzazione da tempo (faticosamente) in corso nel servizio postale, sembrano riflettersi, rendendola meno netta, sulla stessa distinzione tra «esigenze essenziali» e profili qualitativi del servizio generalmente riconducibili all'area del servizio universale, offrendo agli Stati membri un più ampio potere regolativo dell'intero settore (cfr. L. Bertozzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2007, 1821; v. anche F. Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011, 142 ss.)

3. – Rispetto al primo dei profili evocati, relativo alla qualificazione del servizio svolto dall'impresa ricorrente, pare pacifico che esso esuli dall'ambito di erogazione del servizio universale. Difatti le caratteristiche del servizio, per come emergono anche nella ricostruzione degli atti di causa, inducono a ritenere che si versi al di fuori di tale ambito in quanto l'autorizzazione oggetto del giudizio non riguarda un servizio garantito su tutto il territorio a parità di condizioni ma solo rispetto a taluni comuni, il contenuto del servizio viene negoziato individualmente con il cliente che stipula l'abbonamento (sul punto v. Corte

di giustizia, sentenza 23 aprile 2009, C.305/07, *TNT Post UK*), il governo finlandese non ha provveduto a notificare alla Commissione il nominativo dell'impresa ricorrente quale fornitore del servizio universale ai sensi dell'art.2, punto 13, della direttiva 97/67.

Conseguentemente, dunque, i giudici del Lussemburgo escludono che un servizio che presenti tali caratteristiche possa essere oggetto di una «licenza individuale» (sulla concessione di pubblico servizio v, di recente, A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss.) ma solo ad una «autorizzazione a carattere generale».

Si traccia, per questa via, una netta distinzione tra il fornitore del servizio universale postale, pubblico o privato, o di una parte di esso, la cui identità deve essere comunicata alla Commissione ai sensi dell'art.4 della direttiva di settore, ed i fornitori degli ulteriori servizi postali come quello oggetto della decisione in epigrafe.

Tutto ciò appare perfettamente corrispondente alla tradizionale impostazione del diritto europeo, che mira ad asciugare l'area del pubblico servizio riconducendola ai soli segmenti del servizio che realizzano precisi e preminenti interessi pubblici, ammettendo solo in quel caso che gli Stati membri provvedano con la predisposizione di licenze individuali.

La Corte risolve, dunque, le prime due questioni nel senso della incompatibilità con la normativa europea di provvedimenti autorizzatori di servizi postali diversi dal servizio universale che violino i principi della concorrenza e della parità di trattamento tra le imprese interessate al servizio.

Di tal che, in questi casi, si conferma che i servizi corrispondenti a tale categoria possano, al più, essere assoggettati ad autorizzazione generale nel caso in cui «esigenze essenziali» lo rendano necessario, mentre rimane esclusa la possibilità di provvedere con licenze individuali accompagnate dall'apposizione di «obblighi di servizio pubblico» (per una recente ricostruzione v. N. Bassi, *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in *Riv. Reg. Merc.*, 2/2014). Il che, come si vedrà, non impedisce di prevedere una specifica attività di regolazione rispetto alle attività collegate al servizio postale pur diverse da quelle del servizio universale.

4. – La parte più interessante della decisione, pur già recentemente affrontata con risultati analoghi dalla Corte (Corte di Giustizia sentenza 16 novembre 2016, C-2/2015, *DHL Express/Austria*, che tuttavia si riferisce al diverso profilo dell'obbligo di un'impresa che eroga servizi postali non rientranti nel servizio universale di partecipare al finanziamento dei costi della autorità di regolamentazione postale austriaca), risulta quella relativa alla risoluzione della terza questione proposta (la cui risoluzione assorbe la quarta ed ultima questione pregiudiziale che pertanto non viene esaminata). Questione che ha per oggetto il potere conformativo che gli Stati membri possono esercitare sulle imprese che erogano servizi postali diversi dal servizio universale, attraverso prescrizioni contenute nell'autorizzazione generale allo svolgimento del servizio. In altri termini, si chiede alla Corte se sia legittimo che un'autorizzazione generale, come quella rilasciata dal governo finlandese all'impresa ricorrente, possa contenere l'imposizione di obblighi aggiuntivi per le imprese operanti nel settore.

Sullo sfondo della questione, pare evidente che l'evoluzione della relativa disciplina risente della progressiva recezione della direttiva 2008/6/CE, che ha inteso ultimare l'apertura del mercato postale non solo rispetto a tutti i fornitori del servizio universale ma anche nei confronti di tutti gli altri operatori del settore.

Sul piano comparato, l'evoluzione europea della nozione di servizio universale, unitamente alla scissione tra la tradizionale categoria del servizio pubblico e i c.d. servizi a valore aggiunto, che ne è derivata, sembra dunque andare ricomponendo le relative discipline nazionali lungo i canoni della creazione di mercati concorrenziali che soggiacciono sia alle regole della concorrenza che, quando necessario, all'imposizione di precisi obblighi di servizio pubblico e alla restrizione del mercato anche attraverso l'emaneazione di licenze individuali.

La stessa necessità che gli Stati membri comunichino alla Commissione l'identità dei

soggetti incaricati del servizio universale intende, appunto, circoscrivere l'area del servizio universale riconducendo le deviazioni dai meccanismi concorrenziali alle sole attività connesse alle esigenze di uguaglianza, parità di trattamento, abbordabilità delle prestazioni, continuità e capillarità del servizio.

Per quanto riguarda il servizio postale, purtroppo, emerge e si conferma nella presente decisione che la restituzione al mercato di segmenti del servizio ulteriori rispetto all'erogazione del servizio universale non comporta il completo sacrificio delle eventuali esigenze pubbliche residuali che interessano l'area nel suo complesso intesa.

In altri termini, sembra che la Corte asseveri la posizione secondo la quale, nel passaggio dalla fase dell'intervento pubblico, anche indiretto, alla liberalizzazione delle attività di pubblico servizio, i poteri regolativi nazionali vadano addirittura aumentando, come testimoniato dal florilegio delle autorità amministrative indipendenti di settore, anche rispetto ad attività di servizio postale non direttamente riconducibili al servizio universale (in argomento v. A. La Spina, G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000).

Abbiamo, infatti, detto che l'attività di cui si va discutendo in queste note, un servizio postale in regime di abbonamento, non sia riconducibile al servizio universale postale ma ciononostante, rientrando comunque nella categoria del servizio postale viene ammessa la possibilità che l'attività soggiaccia ad ulteriori limitazioni.

Un'evoluzione dell'interpretazione del dato normativo europeo che sembra rivedere quella netta demarcazione tra servizio universale e servizi a valore aggiunto, ammettendo anche rispetto a questi ultimi un'attività nazionale conformativa che deriva dallo stesso diritto europeo.

La Corte, infatti, conclude che la legge nazionale che preveda che un'autorizzazione generale emanata ai sensi dell'art. 9, primo paragrafo, della direttiva 97/67, cioè riferita ad un'attività che esula dall'erogazione del servizio postale universale, possa essere comunque soggetta alle ulteriori prescrizioni di cui al successivo paragrafo, secondo trattino, della stessa norma.

Nel rigettare le doglianze della ricorrente, la Corte introduce, dunque, una problematica nuova che attiene alla difficile separabilità delle imposizioni possibili alla luce dell'art.9, par.2, primo trattino della direttiva, che si riferiscono agli obblighi derivanti dall'erogazione del servizio universale, da quelle di cui all'art.9, par.2, secondo trattino, considerate applicabili ai fornitori di segmenti del servizio postale esterni all'area del servizio universale.

Emerge, infatti, che anche tali ultimi soggetti economici, alla luce di questa interpretazione del diritto europeo, pur non essendo incaricati dell'erogazione di un servizio universale, possono essere comunque sottoposti ad obblighi di qualità ed a *standard* di prestazioni imposte dai pubblici poteri aventi quel carattere tipico dell'anti-economicità che caratterizza le prestazioni del pubblico servizio.

La parziale ambiguità della disposizione, che viene nuovamente risolta in senso estensivo nella decisione in commento, era peraltro già emersa nella richiamata sentenza 16 novembre del 2016 (C-2/15), che al punto 22 riconosceva, appunto che «poiché il termine «autorizzazioni» utilizzato dall'articolo 9, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 97/67, non rinvia espressamente al regime di cui al paragrafo 1 di tale articolo, né a quello di cui al paragrafo 2, primo comma, dello stesso, la lettera di tale articolo non consente, di per sé, di determinare se gli obblighi elencati nei vari trattini dell'articolo 9, paragrafo 2, secondo comma, di tale direttiva, si riferiscano a tutti i servizi postali o solo ai servizi postali che rientrano nell'ambito di applicazione del servizio universale» (sul problema del finanziamento delle autorità regolatrici del settore postale v. di recente, sul piano nazionale, CdS, sentenza 19 gennaio 2017, n.245 ed il relativo commento di A. Pincini, *Gli oneri per il funzionamento dell'Autorità di regolamentazione del mercato postale*, in GDA, 3/2017, 366-371).

È tuttavia innegabile, che la lettura della predetta norma come riferibile anche alle imprese che non erogano un servizio universale, che la Corte conferma nella sentenza in commento, segna una evoluzione che merita di essere sottolineata.

La decisione in epigrafe, si segnala, dunque, principalmente per il superamento della precedente impostazione europea che sembrava tendere verso una restituzione completa al mercato di tutte quelle prestazioni collaterali al servizio pubblico europeo che soprattutto gli

Stati membri a più forte tradizione di diritto amministrativo avevano inteso come «riservate» o speciali, a favore di un'impostazione unitaria della nozione del servizio postale che ammetta decisi poteri conformativi pubblici anche rispetto alle prestazioni ulteriori rispetto al servizio universale.

Di conseguenza, si arricchisce l'articolazione dei possibili poteri conformativi assegnati agli Stati membri; poteri che paiono ancora molto ampi rispetto all'erogazione del servizio universale postale, tutt'oggi possibile oggetto di attribuzione riservata o licenza individuale, ma non secondari neppure rispetto agli altri servizi postali, come quello oggetto delle presenti note, che per mezzo dell'autorizzazione generale possono dispiegarsi attraverso precise clausole obbligatorie.

5. – Sul piano della comparazione, la decisione si mostra di estremo rilievo per lo stesso diritto interno italiano, in cui la ricezione delle direttive di settore non ha, in effetti, risolto i dubbi circa gli esatti contorni della loro applicazione.

Il diritto nazionale italiano ha incontrato, come noto, importanti difficoltà ad aprirsi materialmente alla prospettiva del mercato liberalizzato (un tentativo di smantellamento del monopolio pubblico del servizio postale era già stato avviato con il dl 487/1993; successivamente la l. 29 gennaio 1994, n. 71 ha trasformato l'impresa-organo che gestiva il servizio in un ente pubblico, e da ultimo Poste italiane è divenuta una società per azioni partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Cassa Depositi e Prestiti; non è invece mai stata istituita la pur prevista Agenzia nazionale di regolazione postale, i cui compiti sono stati affidati ad una apposita sezione di AGCom, la Direzione Servizi Postali, dall'art.21 dl 6 dicembre n. 201. Sul difficile percorso di superamento dell'assetto monopolistico del settore v. V. Visco Comandini, *I convitati di pietra del caso Tnt Post Italia. Il perimetro del servizio universale, il mercato rilevante, la definizione di rete postale*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2013, 224 ss.). Ne consegue un'articolazione multi-livello in cui Poste Italiane rimane fino al 2026 il soggetto incaricato di erogare gran parte del servizio universale postale (sull'esclusione del settore postale dall'ambito di operatività del d.lg. 19 aprile 2016 n.50 v. P. Giammaria, F. Tedeschini, *commento art.9 e art. 10*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, vol.I, Milano, 2017, 100 ss.), soggiacendo a precisi obblighi di servizio pubblico, il rispetto dei quali è periodicamente verificato dal governo; altra parte del servizio universale può essere gestito anche da imprese diverse cui può essere conferita una licenza individuale (area riservata); infine, le prestazioni di servizio postale che sfuggono all'ambito del servizio universale hanno subito un processo di liberalizzazione formale e sono assoggettate al regime dell'autorizzazione amministrativa (area in concorrenza).

Nell'ambito del servizio universale le prestazioni si suddividono, dunque, in attività affidate in esclusiva a Poste Italiane, attività riservate, ed attività non riservate che vengono erogate in concorso anche con altri operatori che siano in possesso della necessaria autorizzazione amministrativa.

È, altresì, interessante notare, come aspetto peculiare della disciplina italiana, come già l'art.1, comma 2, lett. o) e p) del dlgs 22 luglio 1999 n.261 distinguesse tra «fornitore del servizio universale» e «prestatori del servizio universale», categoria sconosciuta al diritto europeo, la cui elaborazione rivela, tra l'altro, tutte le difficoltà incontrate nella fase di liberalizzazione del settore rispetto ad altre realtà nazionali.

L'art.6, comma 1, del medesimo dlgs (poi modificato dal dlgs 31 marzo 2011 n.58), introduceva, invece, per l'erogazione delle prestazioni di servizio postale non rientranti nel servizio universale, il regime dell'autorizzazione generale del Ministero dello sviluppo economico.

Tuttavia l'art.6, comma 1 bis, della stessa norma, inserito a seguito dell'emanazione della direttiva 2008/6, prevede che «il rilascio dell'autorizzazione generale, anche per il fornitore del servizio universale, tenuto conto della situazione del mercato e dell'organizzazione dei servizi postali, può essere subordinato a specifici obblighi del servizio universale con riguardo anche alla qualità, alla disponibilità e all'esecuzione dei servizi in

questione, ovvero a obblighi di contribuzione finanziaria ai meccanismi di condivisione dei costi di cui all'articolo 10 del presente decreto. Detti obblighi sono determinati con provvedimento dell'autorità di regolamentazione».

Sia la licenza individuale, prevista per i settori non riservati del servizio universale dal precedente art.5 della stessa legge, sia l'autorizzazione generale vengono, dunque, assoggettate agli stessi obblighi che riproducono il contenuto di cui all'art. 9, secondo paragrafo, secondo trattino, della direttiva 97/67 CE, lasciando dubbi sulla riconducibilità di tale previsione al solo ambito del servizio universale od anche a quello dei servizi postali che ne esulano. Verso questa seconda interpretazione valendo il fatto che l'art.6, comma 2, del dlgs 261/99, addirittura ammetteva in taluni casi che l'attività di servizio postale potesse essere avviata con dichiarazione di inizio attività (il che peraltro pare esplicitamente consentito dall'art.2, punto 14, della direttiva 97/67).

In questo contesto, la decisione in commento non pare insignificante rispetto ai possibili sviluppi del diritto italiano, in quanto doppia la precedente pronuncia resa nella sentenza C-2/2015 rispetto agli obblighi di contribuzione che gravano sui prestatori di servizi postali che esulano dal servizio universale (i.e. «non osta a una normativa nazionale, come quella in questione nel procedimento principale, che pone a carico di tutti i fornitori del settore postale, inclusi quelli che non forniscono servizi che rientrano nell'ambito di applicazione del servizio universale, l'obbligo di contribuire al finanziamento dell'autorità di regolamentazione per il settore postale»), focalizzando l'attenzione sul contenuto dell'autorizzazione generale e sulla possibilità, ora ammessa, di conformare anche l'attività dei prestatori di servizi postali diversi dal servizio universale.

In una logica di diritto eurounitario (v. A. Ruggeri, *Cedu, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *www.diritticomparati.it*, 2013) questo, tra l'altro, consente di guardare oltre alla (faticosa) individuazione del contenuto del servizio universale postale europeo, mercato peraltro in grande crisi a seguito dei processi di c.d. *e-substitution* (cfr. V. Visco Comandini (a cura di), *Economia e regolazione delle reti postali. L'industria della posta fra globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale*, Roma, 2006, 10; v. anche G. Napolitano, *La regolazione del sistema postale nell'era digitale*, RapportiIrpa2015, Napoli, 2/2015), riconducendo a parziale unità la nozione di servizio pubblico postale e dei principi che ne sovrintendono l'erogazione.

6. – In conclusione, la decisione offre, in ordine ai processi di liberalizzazione del settore postale, sia una conferma che una parziale retromarcia.

La conferma deriva dal fatto che la Corte esclude categoricamente che i servizi postali diversi dal servizio universale possano essere fonte di riserva e, dunque, possibile oggetto di licenza individuale, con la conseguenza che l'unico strumento eventualmente utilizzabile dagli Stati membri per la regolazione delle predette attività è la «autorizzazione generale».

La marcia indietro riguarda, invece, il possibile contenuto dell'autorizzazione generale che, nella nuova prospettiva che il Giudice assume nei confronti della direttiva 97/67 CE, può contenere specifici obblighi di qualità, di disponibilità, di esecuzione anche nei confronti dei prestatori di servizi postali che esulino dal servizio universale.

Una interpretazione che, in qualche modo, sempre forzare la lettera della norma in senso decisamente più restrittivo per le imprese operanti nel settore.

In questo modo, se gli obblighi di servizio pubblico, così come il rispetto dei requisiti di cui all'art.3 della direttiva 97/67/CE, rimangono non applicabili alle imprese che erogano servizi diversi dal servizio universale, la Corte ammette invece che gli Stati membri possano imporre loro oneri che si collocano in una zona grigia, e molto vicina agli obblighi di servizio pubblico.

L'ambiguità della norma che descrive il regime delle autorizzazioni, che ben poteva essere riferita solo alle imprese del servizio universale, finisce così per essere estesa alle autorizzazioni generali relative alle prestazioni postali ulteriori.

Sul piano logico si registra, dunque, una netta inversione di tendenza rispetto alla concezione che ricollegava direttamente all'erogazione del servizio universale la possibilità di

imporre obblighi di servizio pubblico all'interno dei contratti e/o delle Carte di servizio.

Con un problema aggiuntivo che riguarda le possibili forme di compensazione, ammesse solo nel caso dell'accoglienza di prestazioni anti-economiche da parte dei gestori del servizio universale e in misura pari al loro effettivo costo (cfr. art.7 direttiva 97/67/CE come modificato dalla direttiva 2008/6/CE)

Da questo punto di vista, pare invece che gli oneri, comunque qualificabili e che in ogni caso la stessa Corte definisce come «obblighi», che quest'ultima riconosce come legittimi, non possono *ex lege* essere qualificati come obblighi di servizio pubblico poichè imposti al di fuori dell'erogazione del servizio universale. Ne consegue che qualora, come probabile, essi risultassero in qualche misura anti-economici non si potrebbe, comunque, dar luogo ad alcuna compensazione.

Dunque, da una parte, questo aspetto della pronuncia può essere inteso come un possibile modo di migliorare, nel suo complesso, l'erogazione dei servizi postali, tuttavia, dall'altra, non si può escludere che i maggiori costi che le imprese si trovassero ad affrontare non finiranno, in definitiva, per essere scaricati sull'utenza.

Mandato d'arresto europeo, processo di secondo grado celebrato *in absentia* e diritto alla difesa: un difficile contemperamento

di Benedetta Profumo

Title: European arrest warrant, appeal process in absentia and right to defense: a difficult balancing

Keywords: European arrest warrant; Trial resulting in the decision; Right to fair trial.

1. – Con sentenza del 10 agosto 2017 (causa C-270/17 PPU, *Tadas Tupikas*), la Corte di Giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla corretta interpretazione dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

In particolare è stato chiesto alla Corte di chiarire se un procedimento d'appello, celebrato in assenza dell'interessato, in cui ha avuto luogo un esame di merito, e che è terminato con una nuova condanna dell'interessato e/o con una conferma della condanna pronunciata in primo grado, configuri, ai sensi di detto articolo, un "processo terminato con la decisione" e se debbano pertanto essere rispettate le garanzie di conoscenza e conoscibilità ivi previste, in assenza delle quali potrà essere rifiutata l'esecuzione del mandato d'arresto europeo (MAE).

975

2. – Va premesso che il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati parte dell'Unione europea, per cui, in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della Decisione quadro 2002/584/GAI, questi sono tenuti a dare esecuzione ai mandati d'arresto emessi dalle Autorità degli altri Stati membri.

Tuttavia gli articoli 3, 4 e 4 bis di tale decisione quadro contengono alcuni motivi di non esecuzione obbligatoria e di non esecuzione facoltativa del MAE. Tra i motivi ostativi alla consegna si annovera la violazione del principio del giusto processo, sancito dall'art. 6 CEDU e contenuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea agli articoli 47 e 48.

Nel diritto a un equo processo previsto dalla normativa sopracitata rientra, in base all'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo. Tuttavia, secondo la Corte di Strasburgo, tale diritto non è assoluto, in quanto, a determinate condizioni, l'imputato può esplicitamente o tacitamente rinunciarvi.

Siccome non vi era una disciplina uniforme in materia, la decisione quadro 2009/299/GAI, che ha modificato la decisione quadro 2002/584/GAI al fine di agevolare la cooperazione giudiziaria, ha fissato le condizioni in presenza delle quali il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata al termine di un processo in cui l'interessato non è comparso personalmente non dovrebbero essere rifiutati.

In particolare, tale decisione ha individuato le ipotesi in cui, malgrado l'interessato non sia stato presente al giudizio, si possa comunque reputare che sia stato pienamente rispettato il diritto alla difesa e che pertanto sia possibile eseguire la consegna. Infatti, in presenza di tali presupposti, si ritiene che l'interessato abbia rinunciato volontariamente e in modo inequivocabile a comparire nel processo a suo carico (sul punto v. espressamente la sentenza *Melloni*, C-399/11, p.to 52).

In questo senso l'art. 4 bis, paragrafo 1, stabilisce che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa rifiutare di dare seguito al mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione. Ciò, tuttavia, ad eccezione dei casi in cui il mandato indichi che, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro richiedente, la persona condannata *in absentia* sia stata informata, a tempo debito, della fissazione del processo e del fatto che una decisione poteva essere emessa anche in caso di mancata comparizione. Ovvero che l'arrestato, essendo al corrente della data fissata per il processo, abbia conferito un mandato ad un difensore per patrocinarlo in giudizio (lett. *a* e *b*).

Analoghe considerazioni valgono quando il mandato d'arresto europeo indichi che l'interessato, pur essendo stato informato di questo suo diritto, non ha chiesto di beneficiare di un nuovo processo volto a riesaminare il merito della causa e idoneo a condurre eventualmente alla riforma della decisione originaria ovvero, qualora ciò non fosse già avvenuto, che sarà espressamente informato del suo diritto a un tale riesame (lett. *c* e *d*).

3. – Alla luce di quanto sopra esposto, passiamo ad esaminare la controversia che ha originato la pronuncia in esame.

Il *Rechtbank Amsterdam* (Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi) era stato investito dal pubblico ministero di una domanda di esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso nel febbraio 2017 dal tribunale regionale di Klaipėda (Lituania).

976

Tale mandato europeo aveva per oggetto l'arresto e la consegna del sig. Tupikas, cittadino lituano senza domicilio o residenza fissa nei Paesi Bassi, ai fini dell'esecuzione, in Lituania, della pena di un anno e quattro mesi di reclusione, in relazione ad una sentenza esecutiva, emessa il 26 agosto 2016 dal tribunale distrettuale di Klaipėda (Lituania), che lo condannava alla suddetta pena per due infrazioni del diritto lituano.

Condannato in primo grado dal tribunale distrettuale, il sig. Tupikas aveva presentato ricorso in appello, ma con sentenza pronunciata nel dicembre 2016 il tribunale regionale aveva respinto l'appello, così confermando la sentenza pronunciata in primo grado.

Il MAE precisava che l'interessato era comparso in persona al processo di primo grado, ma non conteneva informazioni relative al processo d'appello.

In particolare, il mandato *de quo* non specificava se l'interessato fosse comparso personalmente dinanzi al tribunale regionale lituano e nemmeno se, in caso negativo, quantomeno fossero state rispettate le garanzie previste dall'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI.

Il giudice del rinvio si chiedeva pertanto se, in un caso come quello oggetto del procedimento principale, le condizioni contenute alle lettere da *a*) a *d*) dell'articolo 4 bis, si dovessero applicare soltanto al processo di primo grado o anche al processo d'appello, qualora quest'ultimo si sostanziasse appunto in un processo che riesamina il merito della causa.

Conseguentemente, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione si domandava se avrebbe potuto richiedere all'autorità emittente informazioni supplementari riguardo al procedimento d'appello ed eventualmente, alla luce di queste, decidere di non dare esecuzione al mandato d'arresto europeo, qualora fosse risultato che l'interessato non era comparso personalmente al processo o che comunque non aveva ricevuto tutte le informazioni necessarie ad esercitare il suo diritto di difesa.

4. – Preliminarmente va precisato che il rinvio è stato trattato con procedimento d'urgenza, in quanto sussistevano tutti i requisiti idonei ad accedere a tale procedura (artt. 107-114 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia dell'Unione europea).

In particolare la normativa che disciplina il mandato di arresto europeo rientra tra i settori disciplinati dal titolo V della parte terza del TFUE, relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Inoltre la persona interessata nel procedimento principale era, al tempo in cui è stata presentata la domanda diretta ad ottenere l'applicazione della procedura d'urgenza, privata della libertà in conseguenza di tale controversia.

Infatti, la misura detentiva che riguardava il sig. Tupikas era stata disposta, secondo le indicazioni fornite dal giudice nazionale, nel contesto dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo di cui trattasi.

Sulla scorta di queste considerazioni, sentito l'Avvocato generale, la Corte ha pertanto deciso di accogliere la richiesta del giudice del rinvio e di trattare tale domanda pregiudiziale con procedimento d'urgenza.

5. – Per quanto riguarda il merito, la Corte di giustizia ha rilevato come la decisione quadro 2002/584/GAI contenga diversi rinvii espressi al diritto degli Stati membri, tuttavia nessuno di questi riguardante la nozione di «processo terminato con la decisione». Ciò posto, ne deriva che è opportuno intendere tale espressione come una nozione autonoma del diritto dell'Unione e pertanto individuare una definizione uniforme di quest'ultima, indipendentemente dalle qualificazioni attribuitele nei singoli Stati membri.

Proprio questo fattore, ovvero l'assenza di una disciplina uniforme, ha infatti reso necessario prevedere motivi chiari e comuni per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non sia comparso personalmente.

Ciò posto, la portata della nozione *de qua* deve essere determinata ricollocandola nel suo contesto, quindi secondo un'interpretazione sistematica. A tal fine, si devono prendere in considerazione le altre disposizioni della decisione quadro in esame.

Perciò, come evidenziato dall'Avvocato Generale (v. p.ti 49-65 delle Conclusioni), occorre innanzitutto distinguere tra la nozione di “sentenza esecutiva”, richiamata agli artt. 2, 3, 4 e 8 della decisione quadro 2002/584, e quella di “processo terminato con decisione”, e successivamente definire il primo termine in rapporto al secondo.

Con il termine “sentenza esecutiva” si intende una sentenza che consenta alle autorità competenti, in forza del diritto nazionale applicabile – cui spetta comunque stabilire ciò che costituisca una siffatta sentenza in un caso concreto – di assicurare l'esecuzione della pena privativa della libertà inflitta all'interessato.

In conseguenza, per “processo terminato con decisione”, si fa riferimento all'ultima fase del procedimento penale che dà luogo alla sentenza esecutiva: sia esso un procedimento di primo grado – qualora il sistema processuale in questione non offra possibilità di appello sulle questioni di merito, o comunque qualora tale possibilità esista ma nel caso concreto non sia stato proposto appello – oppure un procedimento di secondo grado che consenta di esaminare la totalità delle questioni di merito.

Ciò in quanto la sentenza esecutiva, che può essere oggetto di un MAE, deve essere necessariamente una sentenza di condanna. Infatti, in base alla giurisprudenza CEDU, il vocabolo «condanna» indica una dichiarazione di colpevolezza nel merito (non una mera verifica di legittimità, alla stregua di un giudizio in Cassazione), cioè un accertamento, con le modalità previste dalla legge, della commissione di un reato, con conseguente irrogazione di una pena o di altra misura privativa della libertà (sul punto si veda l'interpretazione fornita dalla Corte EDU nella sentenza del 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Spagna*).

In questo senso, sempre la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha stabilito che soltanto qualora sia previsto un procedimento d'appello che investa il merito e non si esaurisca in un mero accertamento di legittimità, devono essere rispettate le garanzie derivanti dall'articolo 6 della CEDU. Pertanto, il fatto che l'interessato abbia potuto in concreto esercitare i suoi diritti della difesa in primo grado non permette di concludere che egli abbia necessariamente beneficiato del diritto alla difesa (in tal senso, si veda sentenza

della Corte EDU del 14 febbraio 2017, *Hokkeling c. Paesi Bassi*, p.ti 57, 58 e 61). Anzi, sembra quasi più importante che questo diritto sia garantito in un eventuale secondo grado piuttosto che in prima istanza. Infatti, supponendo che i diritti di difesa non siano stati pienamente rispettati in primo grado, si potrà validamente porvi rimedio nel corso del procedimento di secondo grado, a condizione che quest'ultimo presenti tutte le garanzie idonee a garantire lo svolgimento di un equo processo.

In altre parole, in una fattispecie come quella in esame, è proprio l'ultima fase procedurale, nel corso della quale è stato esaminato il merito, ad assumere rilievo, e non il processo di primo grado. Infatti, se si dovesse estendere tale controllo anche alla decisione anteriore, ne deriverebbe un allungamento inevitabile dei tempi, idoneo ad ostacolare la procedura di consegna (p.to 89 della sentenza).

6. – Alla luce di quanto sopra esposto, dunque, in un caso come quello oggetto del procedimento principale, in cui il processo si è svolto nel corso di due gradi di giudizio successivi, segnatamente di un primo grado seguito da un appello, il solo procedimento rilevante ai fini dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI è il procedimento conclusosi con la decisione d'appello. Tenuto conto del fatto che la decisione d'appello nel caso di specie non si limitava ad effettuare il solo esame di legittimità, ma statuiva definitivamente sul merito della causa.

Pertanto la Corte di Giustizia ha stabilito che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione poteva chiedere, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, la trasmissione delle informazioni complementari da essa ritenute necessarie ai fini di decidere in merito alla consegna della persona interessata.

Al contempo l'Avvocato Generale ha però rilevato che, nel caso di specie, il fatto che il sig. Tupikas avesse interposto appello avverso tale sentenza, e che il Tribunale regionale lo avesse respinto, potrebbe dimostrare presuntivamente che egli era comunque informato dell'esistenza della decisione emessa in primo grado e dell'esistenza del procedimento d'appello, da lui stesso introdotto.

Tuttavia va sottolineato che la sola conoscenza non garantisce che il sig. Tupikas sia stato debitamente convocato all'udienza o alle udienze fissate in quel contesto e quindi abbia potuto difendersi.

L'autorità giudiziaria di esecuzione, quindi, potrebbe certamente rifiutare l'esecuzione del MAE qualora, sulla base delle informazioni supplementari, ritenga sia stato violato il diritto ad un giusto processo.

Nonostante ciò, la Corte di Lussemburgo ha debitamente evidenziato come, a differenza di quanto disposto dalla normativa nazionale di recepimento – la quale prevedeva che, in assenza delle circostanze previste dall'art. 4 bis della direttiva, fosse vietata la consegna – l'esecuzione del MAE non è vietata in base all'ordinamento sovranazionale, bensì è facoltativa. Possono infatti sussistere particolari circostanze nella vicenda concreta che, pure in una tale situazione, permettano di ritenere non vi sia stata una violazione dei diritti di difesa (cfr., in tal senso, sentenza del 24 maggio 2016, *Dworzecki*, C-108/16 PPU, p.ti 50-52).

Pertanto, la decisione quadro 2002/584/GAI non impedisce all'autorità giudiziaria destinataria del provvedimento di effettuare la consegna, ma individua (all'art. 4 bis), attraverso un ragionamento *a contrario*, soltanto i casi in cui questa ha una discrezionalità nella scelta se dare o meno esecuzione al MAE. Nulla impedisce infatti, in un'ottica di migliore collaborazione possibile tra gli Stati membri, che il giudice dell'esecuzione, anche in assenza di dette circostanze volte a garantire il diritto alla difesa (ovvero la citazione personale dell'imputato al processo, la notifica della decisione di primo grado, ecc.), possa, sulla base di altre considerazioni, effettuare la consegna.

Questa osservazione assume importanza, a maggior ragione, in un caso quale quello in esame, ove un'analisi delle altre circostanze del fatto concreto potrebbero far ritenere che il condannato, avendo proposto appello, avesse avuto effettivamente conoscenza del procedimento di secondo grado e fosse quindi stato posto nella piena possibilità di

parteciparvi e di difendersi. Sulla scorta di queste considerazioni l'Avvocato Generale, pur con le dovute cautele, pare anticipare una possibile soluzione, esprimendo un netto *favor* in questa direzione.

Tuttavia va considerato che il diritto alla difesa deve essere reso effettivo e quindi deve essere garantito al di là delle presunzioni di conoscenza del processo. Spetterà pertanto al giudice del rinvio valutare concretamente, richieste ulteriori informazioni sul procedimento di appello, l'opportunità di dare o meno esecuzione al mandato.

7. – Alla luce di quanto esposto emerge come, nell'ambito del mandato d'arresto europeo, paia assumere quasi maggiore rilevanza, almeno negli Stati che prevedono un processo di appello nel merito e ove questo si svolga, la garanzia del diritto alla difesa nel processo di secondo grado rispetto a quello di primo grado.

Paradossalmente, infatti, come esplicitato dalla stessa Corte, le irregolarità o comunque i vizi verificatisi durante il primo grado possono essere rimediati durante il procedimento d'appello, mentre non è possibile il contrario.

Da questa analisi emerge quindi come, contrariamente a quella che era la volontà di estendere la tutela del giusto processo anche al secondo grado di giudizio, attraverso una simile interpretazione si ottenga il risultato opposto di depotenziare il processo di primo grado (e le sue garanzie), almeno negli ordinamenti in cui è prevista la possibilità di un secondo processo che investa anche il merito della causa.

Verso questo risultato conducono anche i più recenti approdi giurisprudenziali che impongono una rinnovazione obbligatoria dell'istruttoria in secondo grado, qualora si voglia riformare la sentenza emessa dal giudice di prime cure, in ossequio agli articoli 47 e 48 della Carta di Nizza e del più generale principio espresso all'art. 6 CEDU (sul punto, si veda la sentenza della Corte EDU del 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*).

A prescindere da queste considerazioni, è certo che, con la pronuncia in esame, seguita peraltro dalla pronuncia *Sławomir Andrzej Zdziaszek* (C-271/17), che ha, almeno parzialmente, un analogo contenuto – infatti anche lì si chiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire cosa si intendesse per processo terminato con la decisione ai sensi dell'art. 4 bis, paragrafo 1 della decisione quadro 2002/584/GAI – si scioglie un nodo cruciale nell'interpretazione della normativa relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

Tuttavia, tale decisione, lungi dall'essere risolutiva, mette in luce altresì come sussistano ancora limiti al di là della semplificazione: limiti (e rischi) inerenti l'interpretazione, così come anche inerenti il recepimento delle normative sovranazionali negli ordinamenti interni.

Infatti in questo caso si sottolineava proprio come parte della complessità della fattispecie fosse dovuta ad un "cattivo" recepimento della decisione quadro di cui trattasi.

In particolare, come precedentemente ricordato, l'articolo 12 dell'OLW (*L'Overleveringswet*, ovvero la legge dei Paesi Bassi relativa alla consegna), prevedeva che la consegna non dovesse essere autorizzata quando il mandato d'arresto europeo era inteso a dare esecuzione a una sentenza, qualora l'imputato non fosse comparso personalmente alla discussione in udienza terminata con la predetta sentenza, salvo che il mandato d'arresto europeo indicasse che, conformemente ai requisiti processuali definiti dallo Stato membro emittente, si fosse verificata una delle quattro situazioni descritte dalle lettere da *a*) a *d*) dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro (lett. *a* e *d* OLW).

Orbene è evidente come questa disposizione, che prevede rigidamente l'impossibilità della consegna del condannato in contumacia, fatte salve le sole ipotesi di cui alle lettere *a*) e *d*) sopra menzionate, costituisca una trasposizione non corretta della normativa sovranazionale. Inoltre, lungi dal costituire un mero errore nella scelta delle parole, un simile recepimento, come sottolineato dallo stesso Avvocato Generale (p.ti 75-83 delle Conclusioni) tradisce lo spirito della decisione rivolta a favorire la cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri.

Va comunque segnalato che, a discapito delle difficoltà, si stanno indubbiamente compiendo dei progressi in questo settore. Tale evoluzione è testimoniata dal fatto che la decisione quadro in passato prevedeva la possibilità di subordinare la consegna all'esecuzione di un nuovo processo in presenza dell'interessato, mentre ora, in un'ottica di maggiore fiducia, questi requisiti sono stati notevolmente attenuati.

Ulteriormente un passo avanti in questo senso è stato sancito, da ultimo, dalla recente approvazione della direttiva 2014/41/UE con cui l'ordine europeo di indagine ha sostituito il sistema delle rogatorie, semplificando il sistema di raccolta transnazionale delle prove e conseguentemente le procedure relative alle indagini all'interno del territorio europeo.

Il complesso rapporto tra responsabilità ambientale e legittimazione ad agire. Una visione comparata

di Laura Assunta Scialla

Title: The complex relationship between environmental liability and locus standi. A comparative view

Keywords: Environmental damage; National law excluding all damage covered by an authorisation; Locus standi.

1.– La Corte di giustizia europea, con la sentenza in commento, si è pronunciata sull'interpretazione della direttiva 2004/35/CE, relativa alla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, e dell'art. 4, paragrafo 7, della direttiva quadro 2000/60/CE in materia di acque.

La direttiva ha predisposto un rilevante indirizzo normativo sul tema della responsabilità ambientale, essenzialmente basato sul principio "chi inquina paga". Prima di tale intervento, molti Stati membri erano dotati di un sistema normativo relativo alla sola responsabilità per danni alle persone o alle cose, ma nulla era stato previsto in merito ai danni provocati all'ambiente. Il legislatore europeo ha, invece, tracciato una definizione analitica di danno, indicando anche le categorie di persone fisiche o giuridiche legittimate a presentare osservazioni.

Il caso di specie concerne aspetti connessi alla recezione interna della direttiva e la compatibilità delle disposizioni nazionali con il diritto comunitario. In sintesi i fatti. Il titolare di una licenza di pesca ha presentato ricorso alle autorità competenti per denunciare i gravi danni all'ambiente (mortalità dei pesci e compromissione della loro naturale riproduzione), provocati dalla gestione di una centrale idroelettrica, regolarmente autorizzata nel 1998 ed operativa dal 2002, il cui impianto comprendeva un bacino di scarico di 1.455 m, sul fiume Mürz in Stiria. Il ricorso è stato rigettato sul fondamento che la gestione della centrale era stata autorizzata con una decisione conforme alla disciplina delle acque e, quindi, il danno lamentato non era qualificabile come ambientale, ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, lettera a) della legge federale sulla responsabilità ambientale (*Bundes – Umwelthaftungsgesetz*, di seguito *B-UHG*). Avverso tale decisione veniva, allora, proposto ricorso davanti alla Corte amministrativa, la quale, lamentando il contrasto con la normativa europea, ha sospeso il giudizio, sottoponendo al giudice comunitario le seguenti questioni pregiudiziali. La prima questione ha riguardato l'ambito di applicazione *ratione temporis* della direttiva n.35, vale a dire se essa si applichi ai danni che, anche se verificatisi dopo la sua data di recepimento (30 aprile 2007), derivino dal funzionamento di un impianto autorizzato ed operativo prima di essa. L'art. 19 paragrafo 1 della direttiva ha disposto come termine di recepimento il 30 aprile 2007, ma all'art. 17 il legislatore europeo ha puntualizzato la non applicabilità dello stesso «al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatosi prima della data di cui all'articolo 19, paragrafo 1». Nel caso di specie la centrale idroelettrica, autorizzata regolarmente, è stata messa in funzione prima del 2007 e dopo il 30 aprile 2007. Il ricorrente ha sostenuto che l'evento scatenante il danno (la morte dei pesci e la

loro difficoltà di riproduzione) non è l'attivazione dell'impianto, ma la ripetizione continuativa dell'evento (le fluttuazioni del fiume) anche dopo il 30 aprile 2017.

Il giudice comunitario in merito si è già pronunciato (Corte giust., sent. 9-3-2010, c-378/08, *ERG e a.*, punti 40 e 41; sent., 9-3-2010, c-379/08 e c-380/08, *ERG e a.*, punto 34; sent. 4-3-2015, c-534/13, *Fipa Group e a.*, punto 44. Per un commento alla sentenza c-534/13 si rinvia a C. Sartoretti, *La responsabilità per danno ambientale e il principio "chi inquina paga" al vaglio della Corte di Giustizia Europea*, in questa *Rivista on line*, n.2, 2015, pp. 121 ss.) precisando che il combinato disposto dell'art. 17, primo e secondo trattino e il considerando 30 della direttiva, hanno previsto che la disciplina comunitaria si applica al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatosi il 30 aprile 2007 o dopo questa data, quando tale danno derivi sia da attività svolte in data o dopo ad essa o prima di essa, ma non terminate antecedentemente ad essa (in tal senso cfr. le conclusioni dell'avvocato generale M. Bobek, presentate il 10 gennaio 2017, punto 27).

Altra questione è quella relativa alla conformità degli artt. 11 paragrafi 1 e 2 del *B-UHG* e 12, paragrafo 2 della legge sul diritto delle acque del 1959 *Wasserrechtsgesetz* (di seguito *WRG*) che impediscono ai titolari di una licenza di pesca di avviare una procedura di riesame, con gli artt. 12 e 13 della direttiva n.35, che disciplinano l'accesso dei privati alla giustizia. In realtà il giudice comunitario ha chiarito sul punto che il margine di discrezionalità, invocato dalla difesa austriaca a sostegno della esclusione, può esserci su cosa possa intendersi per "interesse sufficiente" o "violazione sul diritto", e non nel negare la legittimazione ad agire ai soggetti, come nel caso di specie. L'art. 12, paragrafo 1, nell'elencare le tre categorie di persone fisiche o giuridiche, legittimate a presentare osservazioni e a chiedere l'intervento delle autorità competenti, «non prevede diverse possibilità di attuazione da parte degli Stati membri. Esso prevede semmai tre alternative in termini di situazione individuale, che devono essere tutte trasposte nel diritto nazionale» (cfr. conclusioni avvocato generale M. Bobek, punto 75). Infine l'art. 13 paragrafo 2 della direttiva n.35 ha lasciato impregiudicate le disposizioni interne in materia di accesso alla giustizia, ma quest'ultime non possono impedire l'accesso alle procedure di riesame alle persone legittimate dall'art.12. La Corte di giustizia ha, quindi, dichiarato che i giudici nazionali devono interpretare «nei limiti del possibile, le norme processuali concernenti le condizioni che devono essere soddisfatte per proporre un ricorso amministrativo o giurisdizionale in conformità sia degli scopi dell'[articolo] 9, [paragrafo] 3, della Convenzione di Aarhus sia dell'obiettivo di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (cfr. Corte giust, sent. 8-3-2011, c-240/09, *Lesoochránárskezoskupenie*, punto 51).

Ulteriore questione concerne la conformità della nozione di danno ambientale prevista dalla disciplina austriaca con quella europea, dal momento che esclude, in relazione alle acque, qualsiasi danno coperto da un'autorizzazione, e la relativa incidenza delle deroghe previste dall'art.4, paragrafo 7, della direttiva n. 60. Nel caso di specie, essendo stata autorizzata e verificata la sussistenza delle misure atte ad evitare pregiudizi, non sarebbe stato possibile rilevare alcuna forma di responsabilità. Il giudice comunitario ha invece statuito che, in base alla disciplina europea, non è prevista alcuna deroga generale per i danni coperti da autorizzazione e che l'unica eccezione consentita è quella prevista in presenza delle condizioni di cui all'art. 4, paragrafo 7, della direttiva n. 60 (cfr. Corte giust., sent. 1-7-2015, c-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, punto 50). L'autorizzazione rilasciata era però anteriore alla direttiva n. 60 e quindi avrebbe potuto non essere subordinata alla deroga prevista al suo art. 4, paragrafo 7. La moria dei pesci poteva essere stata determinata dalle continue fluttuazioni del livello del corso d'acqua, dovute dal normale e continuativo funzionamento dell'impianto autorizzato. La Corte di giustizia ha chiarito, però, che è contraria alla disciplina europea una disposizione nazionale che escluda, in via generale e automatica, la qualificazione di un danno ambientale, che sia idoneo, invece, ad incidere negativamente sullo stato ecologico oppure sul potenziale ecologico delle acque, nonostante esista un'autorizzazione rilasciata conformemente alla normativa interna.

2. – Prima del recepimento del diritto europeo, la disciplina sul danno ambientale era, in alcuni ordinamenti giuridici, prettamente civilistica; altri Paesi, invece, erano rimasti legati al modello del diritto giurisprudenziale ed altri, ancora, hanno riformato i codici previgenti e la disciplina specifica di settore. Tutti gli Stati membri hanno comunque dovuto armonizzare i nuovi obblighi della direttiva con i preesistenti sistemi di responsabilità ambientale, facendo ognuno scelte diverse di trasposizione, in virtù del grado di flessibilità tipico delle direttive, ma anche per il diritto riconosciuto, in materia, agli Stati membri di adottare misure più severe (situazione ampiamente illustrata in dottrina. Cfr. L. Moore, K. O'Connor, *EU Environmental Liability Directive: what does it mean for mining?*, in www.herbertsmith.com; G. Valencia Martín, *El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el sistema español actual de responsabilidad por daños ambientales*, in AA. VV., *Estudios sobre la directiva 2004/35/CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su Incidencia en el Ordenamiento Español*, Madrid, 2005, p. 152; B. Drobenko, *Responsabilité en matière d'environnement*, in *Répertoire*, Paris, septembre 2009, p. 25; G. Villanacci, *Complessità e novità della disciplina del danno ambientale*, in www.ildirittodegliaffari.it, 24 marzo 2014).

Profilo rilevante del caso in esame è anche quello relativo alla legittimazione ad agire. Il legislatore europeo con la direttiva n.35 ha incluso, tra i soggetti legittimati a ricevere informazioni ed a supportare le autorità competenti, tutte le persone che sono o potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse sufficiente nel processo decisionale o che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno Stato membro esiga tale presupposto. Viene, invece, attribuito agli Stati membri il compito di determinare gli elementi costitutivi dell'“interesse sufficiente” e della “violazione di un diritto”.

I soggetti legittimati, secondo il dettato comunitario, svolgono semplicemente un ruolo di impulso, perché essi non possono agire nei confronti del responsabile, ma, quando sono a conoscenza di un danno ambientale o di una sua minaccia imminente, possono chiedere l'intervento dell'autorità competente e presentare osservazioni. Sull'amministrazione vige l'obbligo di considerare le richieste, la documentazione presentata e di informare gli interessati sulle decisioni intraprese. La direttiva ha riconosciuto, infine, agli Stati membri, ai sensi dell'art. 12, punto 5, la possibilità di non applicare le disposizioni relative all'accesso alla giustizia ai singoli ed alle associazioni ambientaliste nei casi di minaccia imminente di danno, limitando il loro intervento al solo caso di danno già verificatosi. Tale possibilità, secondo parte della dottrina, si mostra contraddittoria e particolarmente rischiosa, perché priverebbe le associazioni ambientaliste della loro fondamentale funzione preventiva (cfr. P. Brambilla, *Poteri delle associazioni ambientaliste nella Direttiva e alla luce dell'evoluzione della legislazione comunitaria*, in B. Pozzo (cur.), *La responsabilità ambientale. La nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Milano, 2005, 91). Infine i soggetti legittimati devono poter avviare procedimenti innanzi all'autorità giudiziaria o qualsiasi altro organo pubblico indipendente ed imparziale per chiedere il riesame della legittimità dell'attività procedimentale e del merito della decisione dell'autorità competente.

3. – Il recepimento di questa impostazione è avvenuto in maniera differente nei singoli Stati membri. Dall'analisi delle diverse discipline interne è possibile evidenziare la variabilità delle scelte effettuate. Il governo austriaco, inizialmente dotato di una disciplina civilistica a rimedio dei danni ambientali e con la legittimazione ad agire in capo al solo danneggiato, con il *B-UHG* ha previsto che un'azione correttiva o preventiva possa essere richiesta anche da persone fisiche o giuridiche, però solo quando subiscono danni ambientali effettivi (sul punto M. Weissenbacher, *Implementation of the Environmental Liability Directive in Austria*, in *Environmental Liability*, vol.17, n.5, 2009, p.201). Nell'ordinamento italiano, invece, in seguito alla trasposizione della disciplina europea con decreto legislativo n.152/2006 sul fronte della legittimazione attiva le cose sono cambiate, ma in peggio. L'art. 18 della legge del 1986 n. 349 riconosceva la legittimazione attiva solo allo Stato ed agli enti competenti per territorio, mentre alle associazioni ambientali veniva attribuita la sola possibilità di denunciare i danni e di partecipare al processo. Con la normativa del 2006 il potere di agire è stato attribuito

interamente al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio. Il Ministero esercita anche l'azione civile in sede penale per il risarcimento del danno in forma specifica e se necessario per l'equivalente patrimoniale, ridimensionando, pertanto, la funzione degli enti locali e delle associazioni ambientali ad una mera funzione di collaborazione. I soggetti privati, invece, non essendo titolari di alcun diritto individuale alla tutela dell'ambiente, non possono agire in giudizio in via risarcitoria. Essi possono invece proporre azione, ai sensi dell'art. 2043 c.c., nei confronti del soggetto responsabile dell'evento dannoso, qualora i loro diritti alla salute e alla proprietà siano stati effettivamente danneggiati. (cfr. F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2015, p.1523).

Anche lo Stato tedesco, con la *Umwelthaftungsgesetz* del 10 dicembre 1990, modificata nel 2002, disciplinava solo i danni a cose e persone scaturiti da attività inquinanti e non quelli all'ambiente *tout court* e la legittimazione ad agire era riconosciuta al singolo danneggiato, il quale aveva la facoltà di ottenere le informazioni necessarie sia dall'operatore che dalla pubblica autorità (in dottrina G. Hager, *Das neue Umwelthaftungsgesetz*, in *NJW*, 1991, pp. 136 ss.; D. Von Breitenstein, *La loi allemande relative à la responsabilité en matière d'environnement: pierre angulaire du droit de l'environnement ?*, in *Rev. jur. de l'environnement*, n. 2, 1993, pp. 231 ss). Con il recepimento della direttiva con la legge *Umweltschadensgesetz* del 2007, la legittimazione attiva spetta esclusivamente all'autorità competente, che ha compiti di controllo del rispetto degli obblighi della disciplina da parte dell'operatore e di verifica delle misure di risanamento da esso adottate e ne decide l'esecuzione. I soggetti interessati e le associazioni ambientaliste vengono solo informati di tale attività, riconoscendo solo a quest'ultime il diritto a richiedere la revisione delle decisioni adottate dall'autorità competente.

Con la *Ley* n. 26 del 2007 la Spagna si è adeguata alla normativa europea. In merito alla legittimazione attiva, il legislatore spagnolo ha previsto che l'azione di responsabilità venga avviata d'ufficio su esplicita richiesta sia dell'operatore che di qualsiasi soggetto interessato (individui ed associazioni), senza, però, riconoscere a quest'ultimo alcun diritto al risarcimento. I soggetti danneggiati dal danno ambientale dovranno scegliere tra la richiesta di azione di misure di riparazione del danno e quella di risarcimento (cfr. B. Pozzo, *Il recepimento della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in Germania, Spagna, Francia e Regno Unito*, in *Riv. giur. Amb.*, n.2, 2010, p. 230; J. M. Beltrán Castellanos, *Responsabilidad medio ambiental: ¿ Exigir garantías financieras en tiempos de crisis?*, in *Rev. catalana de dret ambiental*, vol. VII, n.1, 2016, pp. 1 ss.)

Nell'ordinamento transalpino, partendo da un'elaborazione giurisprudenziale che aveva ampliato sia la nozione di "troubles de voisinages" che la categoria dei legittimati attivi, si è giunti al recepimento della disciplina europea con la legge n. 757 del 2008, inserendo un nuovo Titolo VI nel Libro primo del codice dell'ambiente. Il legislatore francese ha riconosciuto alle comunità locali il diritto di costituirsi parte civile nei casi di inquinamento (prima passo decisivo in tal senso si è avuto con la causa Erika: finalmente era stata riconosciuta la riparazione dei danni causati all'ambiente in quanto tale. In dottrina A. Van Lang, *Affaire de l'Erika: la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire*, in *AJDA*, 2008, pp. 934 ss.), mentre il decreto n. 468 del 2009, di attuazione della legge n. 757, ha attribuito la legittimazione attiva alle associazioni ambientali, nonché ad ogni persona direttamente interessata o che rischi di esserlo per un danno o una minaccia imminente. Anche il loro ruolo è esclusivamente quello di compulsare l'autorità amministrativa competente e chiederle di adottare o imporre l'adozione di misure di prevenzione e riparazione necessarie. Sempre l'autorità competente ha potere di controllo, invita l'operatore a conformarsi alla normativa ed informa della decisione adottata il soggetto denunciante.

Nel Regno Unito la direttiva n. 35 è stata recepita nel 2009 con *the Environmental Damage (Prevention and Remediation) Regulations* in Inghilterra, mentre per il Galles, l'Irlanda del Nord e la Scozia sono state previste differenti normative (North of England P&I Club, *Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on Environmental Liability with regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage*, in www.nepia.com/publications/clubcirculares/pandiships/873/ [13 agosto 2009]. Tale impianto normativo si è inserito in quello già vigente (*The Environmental Protection Act* 1990,

the Water Resources Act 1991, the Wildlife and Countryside Act 1981 e the Control of Major Accident Hazards Regulations 1999), con un'integrazione degli obblighi previsti dalle precedenti disposizioni con quelli sanciti a livello europeo (in dottrina D. Campbell, *A longitudinal and cross-sectional analysis of environmental disclosure in UK companies*, in *The British Accounting Review*, 2004, vol. 36, n. 1, pp.107 ss.). Le parti legittimate ad agire sono identificate in base alle risorse e alle zone interessate: la *Environment Agency* è competente per i danni causati alle specie e gli habitat naturali protetti; la *Marine Fisheries Agency* per i danni causati alle specie e agli habitat naturali protetti che si verificano nel mare; per danni causati a siti di particolare interesse scientifico competente è il *Country side Council* per il Galles e la *Natural England* per l'Inghilterra. Infine le autorità locali sono competenti per le attività che hanno causato danno all'ambiente e regolate dalle *Environmental Permitting Regulations* (cfr. B. Pozzo, *Il recepimento della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in Germania, Spagna, Francia e Regno Unito*, cit., p. 242).

L'analisi comparata mostra che il conseguimento degli obiettivi di prevenzione e riparazione insiti nella direttiva hanno migliorato il livello di protezione dell'ambiente in misura limitata. Si è osservato che l'attuazione della disciplina europea nei singoli ordinamenti ha mostrato infatti carattere disomogeneo, anche sotto il profilo della legittimazione attiva e dell'accesso alla giustizia. Si tratta di un dato che, sebbene in parte giustificato dall'osservanza dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, evidenzia le criticità insite nelle disposizioni, sia comunitarie che nazionali, tali da incidere in maniera considerevole sulla loro efficacia.

Diritto a un ricorso effettivo e autonomia processuale degli Stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale

di Davide Strazzari

Title: The Right to an Effective Remedy and the National Procedural Autonomy Principle: the Case of the Personal Hearing of the Recurrent in the International Protection Judicial Phase

Keywords: Right to an effective remedy; Right to be heard personally; Procedural autonomy of Member States.

1. – La sentenza della Corte di giustizia che qui si commenta aggiunge un ulteriore, rilevante chiarimento in merito agli obblighi scaturenti dal diritto dell'UE nell'ambito della protezione internazionale e, più in particolare, in relazione alla fase giurisdizionale volta all'impugnazione della decisione amministrativa di diniego dello *status* di rifugiato o altrimenti bisognoso di protezione internazionale.

Prima di considerare da vicino la pronuncia in questione, sembra conveniente evidenziare come il settore relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che include anche le materie dell'immigrazione e dell'asilo, sia uno degli ambiti di maggiore contenzioso attualmente risolto dalla Corte di giustizia, in cui l'incidenza del meccanismo del rinvio pregiudiziale è particolarmente elevata (si vedano, in proposito, le statistiche giudiziarie per l'anno 2016 disponibili sul sito curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/ra_2016_it_web.pdf).

Già questo aspetto sembra meritevole di una prima sottolineatura. La politica dei visti, dell'immigrazione, e dell'asilo è stata pienamente “comunitarizzata” solo con il Trattato di Amsterdam, dopo che il Trattato di Maastricht l'aveva qualificata come settore di mero interesse comune, ma profili marcatamente intergovernativi (in particolare voto all'unanimità da parte del Consiglio, ruolo meramente consultivo del Parlamento Europeo, iniziativa legislativa della Commissione condivisa con quella degli Stati membri) si sono mantenuti per un lasso di tempo significativo anche dopo tale avvenuta “comunitarizzazione” (fino almeno alla Decisione del Consiglio del 22.12.2004. In argomento, S. Peers, *Transforming Decision-Making on EC Immigration and Asylum Law*, in *E. L. Rev.*, 2005, n. 30, 283 ss.).

Soprattutto, per quel che qui più interessa, sarà solo con il Trattato di Lisbona che, oltre a determinarsi l'applicazione del cd. metodo comunitario all'intero settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (ivi inclusa la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, retta fino a questo momento dalle regole del cd. III pilastro), si rimuoverà la limitazione, di cui all'originario art. 68.1 TCE, che riservava alle sole corti nazionali di ultima istanza l'attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale di interpretazione.

Tenendo a mente la centralità di tale strumento per l'edificazione e la piena effettività del diritto dell'UE, unitamente al fatto che la materia dell'immigrazione e dell'asilo vedono,

per la natura del contenzioso e il tipo di ricorrenti, un minore coinvolgimento delle giurisdizioni superiori, è facile capire come l'eliminazione di quella strozzatura abbia portato ad una decisa centralità della Corte di giustizia negli ambiti in questione.

Si tratta, peraltro, di un settore, quello dell'immigrazione e dell'asilo, che per i diversi profili di contatto che esso presenta sia in relazione al tema dei diritti fondamentali, sia di quello dell'interazione tra fonti (con particolare riguardo a quelle internazionali pattizie, tra cui spiccano la Convenzione di Ginevra del 1951 e la Cedu) rende il coinvolgimento della Corte di giustizia particolarmente auspicabile e rilevante.

L'essenziale ricostruzione storica della progressiva estensione delle competenze dell'Unione in materia permette di evidenziare la relativa celerità con cui il diritto dell'Unione ha finito oggi per imporsi in ambiti rispetto ai quali non molti anni fa era dato riscontrare una riaffermazione forte della sovranità nazionale. Di ciò è del resto possibile ancora oggi cogliere traccia nell'applicazione territorialmente differenziata del diritto dell'UE in tale settore, come conseguenza dei due Protocolli che garantiscono a Danimarca, da un lato, a Regno Unito e Irlanda, dall'altro, di non partecipare in assoluto, nel caso della Danimarca, o di partecipare in maniera selettiva nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda all'adozione di atti dell'UE (su questi aspetti, v. S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd ed., OUP, 2011, 73 ss.).

In definitiva, dunque, sebbene oggi la materia dell'asilo rappresenti un ambito in cui il diritto dell'Unione è presente in maniera incisiva, al punto che il Trattato non esita a parlare di politica comune d'asilo (v. art. 78 TFUE), sembra importante sottolinearne la formazione relativamente recente.

A ben guardare, peraltro, si può osservare che l'effettiva armonizzazione delle normative statali in materia di asilo, ad opera del diritto dell'UE, ha avuto ad oggetto soprattutto i profili sostanziali, intendendosi per tali le situazioni meritevoli di tutela e che determinano il conferimento di uno *status* di protezione, meno, invece, il fronte delle garanzie procedurali, in particolare di quelle giurisdizionali (è da ricordare, per completezza, che gli interventi dell'UE in materia di asilo comprendono anche la dir. 2013/33/UE, del Parlamento e del Consiglio, del 26.6.2013 sull'accoglienza dei richiedenti asilo e il Regolamento 604/2013, cd. Dublino III relativo alla determinazione dello Stato competente per l'esame della domanda di protezione d'asilo).

Sotto il primo profilo, infatti, l'odierna direttiva qualifiche (dir. 2011/95/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.12.2011 che procede alla rifusione della precedente dir. 2004/83/CE) individua le situazioni meritevoli di tutela in quella di rifugiato – la cui nozione ricalca quella della Convenzione di Ginevra – e di protezione sussidiaria, di matrice europea e per la cui delimitazione si è rivelato sostanziale l'apporto della Corte di giustizia (sent. 17.2.09, causa C-465/07, *Elgafaji*; sent. 30.1.2014, Causa C-285/12, *Diakité*). Nonostante quindi l'utilizzo ambiguo del termine "asilo" da parte del TFUE, è evidente che tale politica si risolve, più specificamente, in una politica sullo *status* di rifugiato, salva la correzione rappresentata dalla protezione cd. sussidiaria, e non ha alcun rapporto con le nozioni di asilo costituzionale previste in talune Costituzioni, come in quella italiana (art. 10.3) o in quella tedesca (soprattutto nella versione originaria di cui all'art. 16, c. 2, poi modificato in senso più restrittivo e oggi codificato all'art. 16 *bis*. In argomento, G. Mangione, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Milano 1999).

Ciò ha determinato il rischio di un allineamento sostanziale delle situazioni di tutela più ampie presenti a livello costituzionale con quelle più restrittive delineate dalla direttiva (in dottrina, v. L. Grasso, *L'asilo costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino*, in DPCE, 2012, 1598 ss., sul piano giurisprudenziale, v. Cass. 1.9.2006, n. 18940 secondo cui l'art. 10 Cost. si limita a garantire il diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di esperire la procedura per ottenere lo *status* di rifugiato politico, unica misura di protezione internazionale riconosciuta in mancanza di una legge attuativa del diritto costituzionale d'asilo). Infatti, se, da un lato, la direttiva "qualifiche" prevede la possibilità di introdurre o mantenere disposizioni nazionali più favorevoli, dall'altra, però, subordina appunto detti standard più benevoli alla compatibilità con le disposizioni della direttiva (v. art. 3, dir. 2011/85/UE).

La Corte di giustizia ha così escluso che fosse compatibile con le disposizioni della direttiva attribuire lo *status* di rifugiato a una persona che fosse affiliata a un'organizzazione riconosciuta come terroristica (e ciò in virtù della clausola di esclusione di cui all'art. 12 della dir. qualifiche, v. Corte giust., sent. 9.11.2010, causa C-57/09 e C-101/09, *B.D.*) o garantire la protezione sussidiaria a un soggetto straniero bisognoso di cure non disponibili nel suo Paese d'origine (sent. 18.12.2014, causa C-542/13, *M'Body*). In tali ipotesi, gli Stati dell'UE possono solo conferire uno *status* di tutela che avrà la sua fonte nel diritto interno nazionale, nonché negli obblighi discendenti dagli artt. 2 e 3 della Cedu, e che dovrà essere ben distinto nel grado e nell'intensità di tutela così da non comportare un rischio di confusione con gli *status* derivanti dal diritto dell'Unione (nel contesto italiano, ciò avviene attraverso l'istituto della protezione umanitaria, ai sensi dell'artt. 5.6 e 19.1 del TU Immigrazione).

Se, dunque, sul piano sostanziale il diritto dell'UE ha fatto oggi convergere i sistemi di tutela negli Stati membri, pur residuando alcune forme di protezione umanitaria o caritatevole di derivazione nazionale e/o derivanti dai vincoli previsti dalla Cedu, sul fronte, invece, delle garanzie procedurali, e in particolare giurisdizionali, tale armonizzazione appare ancora molto relativa.

Soffermando l'attenzione, nello specifico, sulla fase dell'impugnazione del provvedimento negativo della fase amministrativa di accertamento dello *status* di protezione internazionale e ricordando, tuttavia, che accanto a questa ipotesi si dà anche quella del vaglio giurisdizionale relativo al trattenimento del richiedente asilo – ex artt. 8-9 dir. 2013/33/UE cd. “accoglienza” – nonché di quello previsto in applicazione dell'art. 27 del Reg. 604/2013 cd. Dublino III, situazioni queste non prese in considerazione in questo scritto, si può osservare che la disciplina dell'UE è rappresentata oggi dalla direttiva cd. “procedure” (dir. 2013/32/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26.6.2013) che ha sostituito la precedente dir. 2005/85/CE (in argomento C. Costello, E. Hancox, *The Recast Asylum Procedures Directives 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee*, in V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, Brill, Leiden, 2016, 377ss). E' questo, tuttavia, un testo primariamente rivolto alla definizione di standard comuni soprattutto nello svolgimento della fase amministrativa di valutazione delle domande di protezione internazionale e che riserva alla fase giurisdizionale dell'impugnazione poche norme, essenzialmente rappresentate dall'art. 46, intitolato “diritto a un ricorso effettivo”.

Non è certamente da sottovalutare l'importanza dei principi contenuti in tale disposizione tra cui è opportuno qui ricordare: la previsione per cui il richiedente ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice avverso la decisione amministrativa di diniego (art. 46.1), la circostanza per la quale gli Stati autorizzano automaticamente il richiedente a rimanere nel territorio dello Stato per tutto il termine necessario a presentare ricorso e fino all'esito del ricorso stesso (art. 46.5), sia pure prevedendosi significative eccezioni in presenza delle quali l'effetto sospensivo non opera automaticamente, ma previa richiesta della parte e vaglio del giudice (art. 46.6 e 46.7), infine, la circostanza per cui gli Stati membri devono assicurare che il ricorso effettivo esperito dal richiedente preveda, da parte del giudice, un esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto (art. 46.3). A ciò si aggiunga il principio, previsto all'art. 4 della dir. 2011/95/UE, dell'obbligo di cooperazione con il richiedente nell'esaminare tutti gli elementi della domanda, principio che grava in capo agli Stati e dunque è applicabile tanto nella fase amministrativa quanto in quella giurisdizionale, incidendo sull'assolvimento dell'onere probatorio, ma anche sulle modalità di svolgimento della fase istruttoria (su questo profilo v. M. Acierno, M. Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2017).

2. – La debole armonizzazione operata dal diritto dell'Unione in relazione ai profili procedurali non è certamente un elemento peculiare della disciplina della protezione internazionale. Infatti, la configurazione delle modalità procedurali attraverso cui dare tutela a posizioni giuridiche soggettive discendenti dal diritto dell'Unione ricade, in assenza di

norme specifiche, nell'ambito dell'autonomia processuale degli Stati, seppure nei limiti del rispetto del principio di equivalenza – le modalità di tutela non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno – e del principio di effettività – dette modalità non devono rendere l'esercizio del diritto di derivazione dell'UE praticamente impossibile o eccessivamente difficile (vedi, tra le tante, Corte giust, sent. 17.3.2016, causa C-161/15, *Bensada Benallal*, § 24).

In effetti, soffermando l'attenzione proprio sulle modalità attraverso cui i vari sistemi nazionali garantiscono un rimedio giurisdizionale in relazione a controversie vertenti sull'attribuzione della protezione internazionale, è dato registrare una certa eterogeneità a livello di Stati membri e ciò, segnatamente, quanto al tipo di giurisdizione competente, quanto all'oggetto del relativo giudizio, quanto ai poteri istruttori del giudice.

Da questo punto di vista, la scelta italiana di attribuire la relativa giurisdizione al giudice ordinario civile appare abbastanza distinta rispetto alle soluzioni riscontrabili negli altri Paesi europei che, invece, attribuiscono la giurisdizione in questione al giudice amministrativo (ovviamente in quegli Stati che conoscono tale forma di giurisdizione speciale).

Secondo l'ordinamento italiano, oggetto del giudizio è appunto la spettanza o meno al richiedente asilo del diritto al riconoscimento della protezione internazionale, più che l'impugnazione del provvedimento amministrativo con cui si chiude la fase amministrativa. Di conseguenza, il giudizio presenta caratteri autonomi rispetto a tale fase, nel senso che il giudice deve pervenire a una decisione sulla spettanza o meno del diritto, non già a una mera declaratoria di invalidità del diniego amministrativo (v. sul punto, Cass., ord. 21 novembre 2011, n. 26480). Ciò implica che in presenza di vizi relativi alla fase amministrativa, quali, ad esempio, l'omissione dell'audizione del richiedente, non sarebbe possibile per il giudice ordinario procedere al mero annullamento del provvedimento della Commissione territoriale, dovendo appunto il giudice statuire nel merito circa appunto il conferimento o meno della protezione internazionale e/o di quella umanitaria, eventualmente procedendo all'audizione.

Diversamente, invece, accade negli altri Stati dell'Europa continentale che attribuiscono alla giurisdizione amministrativa il giudizio sulle controversie in materia di protezione internazionale, configurando il relativo giudizio come un'impugnazione avverso il provvedimento di diniego della fase amministrativa.

Qui, tuttavia, le soluzioni si fanno diversificate. Accanto, infatti, a esperienze nazionali (quali, ad esempio, Olanda, Ungheria, Slovacchia, Polonia) che concepiscono il relativo giudizio amministrativo come un giudizio tradizionalmente annullatorio della decisione amministrativa e tendono a limitare l'impugnazione ai soli motivi di legittimità del provvedimento di diniego, sono da registrare diverse esperienze nazionali che riconoscono al giudice amministrativo la possibilità non solo di annullare il provvedimento, ma anche di pronunciare nel merito, statuendo, dunque, sull'attribuzione della protezione internazionale, specie quando il giudice, a seguito dell'esperimento dei mezzi probatori, ritenga sufficientemente matura la causa da trattenerla in decisione.

A questo risultato si perviene o perché tradizionalmente il giudizio amministrativo in alcuni di tali Paesi è concepito primariamente come un giudizio di tipo soggettivo, ossia sulla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente, più che come giudizio sull'atto (tipicamente, in questo senso, la tradizione giurisdizionale amministrativa tedesca, austriaca, slovena e spagnola; sul punto, per una ricostruzione in chiave comparata dei vari sistemi di giustizia amministrativa, v. M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Puf, Paris, 2006; D. de Pretis, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione Europea*, Trento, 2000, 95 ss.) oppure perché, pur essendo tradizionalmente la giurisdizione amministrativa una giurisdizione oggettiva e dunque annullatoria, si riconosce tuttavia la specificità della materia dell'asilo e si configura la relativa giurisdizione come di tipo esclusivo (vedi in Francia la giurisdizione cd. di *plein contentieux* della *Cour nationale du droit d'asile* che, ai sensi dell'art. L 733.5 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* «statue, en qualité de juge de plein contentieux, sur le droit du requérant à une protection au titre de l'asile au vu des circonstances de fait dont elle a connaissance au moment où elle se prononce; analogamente in Belgio dove la

giurisdizione è attribuita al giudice amministrativo speciale del *Conseil du contentieux des étrangers*, contro cui è ammessa l'impugnazione davanti al Conseil d'Etat).

Il profilo relativo all'oggetto del giudizio (limitato al solo provvedimento di diniego o esteso anche al merito, cioè all'attribuzione del relativo *status* di protezione internazionale) incide anche sui poteri del giudice di ordinare mezzi d'istruzione probatoria anche d'ufficio. Sebbene, infatti, l'onere di sostanziare la domanda spetti al ricorrente (v. art. 4, dir. 2011/95/UE), tuttavia, nei Paesi che seguono il modello di giustizia amministrativa tedesco questo principio è attenuato dal tradizionale ruolo inquisitorio del giudice amministrativo (per considerazioni legate specificamente al giudizio sull'asilo in Germania, ma con valutazioni comparate anche sul sistema inglese e finlandese, v. I. Staffans, *Evidence in European Asylum Procedures*, Brill, Leiden, 2012), mentre, per quanto riguarda il modello francese, l'applicazione della giurisdizione cd. di *plein contentieux* all'ambito dell'asilo determina comunque in capo al giudice ampi poteri di disporre a riguardo (v. art. R 733/15 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* secondo cui «La Cour peut prescrire toute mesure d'instruction qu'elle jugera utile»)

Di questa significativa varietà di soluzioni è conveniente tenere conto per almeno due motivi. Il primo, più immediato, è che nel valutare la portata dei principi di diritto espressi dalla Corte di giustizia sarà sempre opportuno avere l'accortezza di calarli nello specifico contesto procedurale nazionale in cui è sorta la vicenda, al fine di comprenderne la specifica *ratio* e non operare pericolose generalizzazioni.

Il secondo motivo, invece, attiene alla possibilità di indagare se, in considerazione della mancanza di una puntuale armonizzazione legislativa dei profili procedurali e della varietà dei sistemi nazionali in precedenza messa in luce, la Corte di giustizia possa giungere ad elaborare un'armonizzazione per via giurisprudenziale, in collaborazione coi giudici nazionali attraverso il fondamentale strumento del rinvio pregiudiziale. Più in particolare, è da chiedersi, anche alla luce della sentenza che si va ad analizzare, fino a che punto la Corte di giustizia possa mettere in discussione il principio prima richiamato dell'autonomia procedurale nazionale, avvalendosi a tale riguardo delle disposizioni di diritto derivato, quali in primo luogo il richiamato art. 46 della direttiva procedure, lette, però, nel prisma del diritto primario rappresentato dai diritti fondamentali racchiusi nella Carta di Nizza e/o dai principi generali di diritto.

Centrale, in questa prospettiva, è l'art. 47 della Carta che sancisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (cfr. S. Prechal, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection. What Has the Charter Changed?*, in C. Paulussen et al. (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law*, Asser Press, 2016, 143 ss.). La disposizione garantisce, infatti, il diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice (c. 1), prevede che la causa sia esaminata equamente da un giudice indipendente e imparziale (c. 2) e infine dispone il patrocinio a spese dello Stato per assicurare l'accesso effettivo alla giustizia (c. 3).

Il primo comma si rifà, dunque, all'art. 13 Cedu, ampliandone, però, la portata essendo volto a garantire il rimedio effettivo dinnanzi a un'autorità giurisdizionale, non genericamente davanti a qualsiasi istanza nazionale, come invece fa l'art. 13 Cedu. Il secondo comma, invece, si richiama alla nozione di giusto processo di cui all'art. 6 Cedu, ma, a differenza di quest'ultima disposizione che limita le garanzie ivi richiamate alle cause civili e penali (con esclusione dunque dell'ambito dell'immigrazione e dell'asilo), l'art. 47 c. 2 della Carta si applica a tutte le situazioni discendenti dal diritto dell'UE, ivi incluso, dunque, la materia dell'asilo.

La circostanza che l'art. 47 appaia in larga parte coincidente con le tutele apprestate vuoi dall'art. 13, vuoi dall'art 6 Cedu risulta oltremodo significativo ai fini dell'interazione tra la Corte di giustizia e la Corte EDU, perché consente di immettere nel circuito interpretativo della prima la giurisprudenza della seconda. Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 52.3 della Carta, laddove i diritti di questa sono corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione EDU, con la precisazione, contenuta nelle spiegazioni relative alla Carta, che a rilevare, in tal caso, non è solo il testo della CEDU, ma anche la giurisprudenza della Corte EDU.

Le virtualità dell'art. 47 e il possibile impatto del diritto a un rimedio effettivo rispetto all'autonomia processuale degli Stati sono stati investigati in dottrina soprattutto in relazione al diritto privato, dove la Corte di giustizia ne ha fatto un uso rilevante (v. C. Mak, *Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, Centre for the study of European Contract Law, Working Paper series, n. 11/2012). Anche nel settore, tuttavia, dell'immigrazione e dell'asilo si sono date alcune pronunce che proprio facendo leva sull'art. 47 della Carta hanno posto importanti principi (cfr. J. Bast, *Of General Principles and Trojan Horses – Procedural Due Process, in Immigration Proceedings under EU Law*, in *German L. J.*, v. 11, n. 9, 2010, 1006 ss.). Tra queste, possiamo ricordare il caso *Mahdi* (Corte giust., sent. 5.6.2014, causa C-146/14/PPU) che, pur essendo riferibile a un caso di trattenimento di un cittadino di un Paese terzo in condizione di irregolarità, può essere efficacemente applicato anche all'ambito della detenzione di un richiedente asilo. In esso la Corte ha chiarito che il giudice, in sede di convalida del trattenimento, deve poter effettuare un giudizio di proporzionalità pieno, in grado di condurlo a modificare, anche d'ufficio, la misura della detenzione con altra ritenuta meno afflittiva. Significativo anche il caso *Tall* (Corte giust. sent. 17.12.2015, causa C-239/14), in cui la Corte di giustizia riconosce che il ricorso giurisdizionale deve avere effetti sospensivi *ex lege*, anche nelle ipotesi prescritte dall'art. 46.6 della direttiva "procedure", ogniqualvolta la decisione di rigetto impugnata sia suscettibile di esecuzione in grado di esporre il ricorrente a un rischio di trattamento contrario all'art. 3 Cedu.

È dunque nel contesto qui delineato del potenziale impatto del diritto a un ricorso effettivo, di cui all'art. 47 Carta, rispetto all'autonomia processuale degli Stati che va apprezzata la sentenza Sacko che si va ora ad esaminare.

3. – La vicenda da cui è scaturita la sentenza della Corte è facilmente riassumibile: al signor Sacko Moussa, cittadino maliano, la commissione territoriale italiana ha negato il riconoscimento della protezione internazionale. Il giudice di primo grado, cui il sig Sacko si è rivolto a seguito del diniego, è convinto della manifesta infondatezza della richiesta d'asilo e ciò sulla base della semplice disamina degli atti processuali e del verbale di audizione reso dal richiedente dinnanzi alla commissione territoriale.

In virtù del diritto nazionale applicabile all'epoca dei fatti – l'art. 19 del d.lgs. 150/11, nel testo risultante per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. 142/2015 – al giudice è data un'alternativa nella definizione del giudizio: o procede alla decisione di merito sulla base degli elementi presenti negli atti processuali, senza previo colloquio del ricorrente, oppure, laddove evidentemente ritenga che tali atti non siano sufficienti a permettere una decisione di merito, instaura il contraddittorio, fissando l'udienza per la comparizione delle parti e potendo procedere, anche d'ufficio, agli atti di istruzione necessari.

Ebbene, il giudice del rinvio ritiene che la controversia possa essere risolta senza la previa audizione dell'interessato. Tuttavia, rileva che a livello nazionale l'orientamento giurisprudenziale maggioritario è nel senso dell'obbligatorietà dell'audizione del richiedente asilo anche in quelle ipotesi in cui il giudice sia convinto della manifesta infondatezza del ricorso. Infatti, secondo questo orientamento, il diritto a un ricorso effettivo impone al giudice (*ex art. 46.3 della dir. 32/2013/UE*) un esame completo degli elementi di fatto e di diritto. Tale previsione osterebbe a una normativa nazionale che consenta al giudice, secondo una propria valutazione discrezionale delle vicende processuali, di derogare all'instaurazione del contraddittorio.

Il giudice del rinvio interroga, dunque, la Corte al fine di sapere se effettivamente la direttiva 2013/32/UE osti a una legislazione, come quella italiana, che consenta al giudice una definizione *de plano* del relativo giudizio, allorché egli ritenga la controversia già sufficientemente matura per la decisione sulla base degli elementi in suo possesso.

4. – Il quesito formulato dal giudice italiano è stato sostanzialmente inteso tanto dall'avvocato generale quanto dalla Corte nel senso di accertare se sussista o meno un diritto

da parte del richiedente a essere sentito personalmente nella fase giurisdizionale di impugnazione del provvedimento amministrativo di rigetto circa il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale.

Preliminarmente, si deve osservare che la Corte di giustizia ha già avuto modo di pronunciarsi sulla portata del diritto ad essere ascoltati, ma limitatamente alla fase del procedimento amministrativo, volto appunto ad attribuire o meno il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale e non, come nel caso di specie, in relazione alla fase giurisdizionale di impugnazione del provvedimento amministrativo (v. Corte giust., sent. 22.11.2012, Causa C-277/11, *M.M.*, sent. 9.2.2017, causa C-560/14, *M.*) In tali casi, a rilevare è stato l'art. 41 della Carta (diritto a una buona amministrazione) o più correttamente il diritto di difesa inteso come principio generale, non, invece, l'art. 47 destinato alla sola fase giurisdizionale.

Le sentenze della Corte avevano, inoltre, riguardato il peculiare sistema irlandese caratterizzato fino al 2015 da una biforcazione quanto alla fase amministrativa di accertamento della protezione internazionale: il richiedente era tenuto dapprima a chiedere l'accertamento dello *status* di rifugiato e solo successivamente quello di protezione sussidiaria. La legge irlandese applicabile all'epoca prevedeva come obbligatorio il colloquio solo per il procedimento amministrativo di accertamento dello *status* di rifugiato, non anche in quello per accertare il beneficio della protezione sussidiaria. Il giudice irlandese (dapprima la *High Court*, poi la *Supreme Court*) chiedeva appunto alla Corte di giustizia se sussistesse in capo all'amministrazione un obbligo di espletare il colloquio orale anche nel procedimento relativo alla protezione sussidiaria. La violazione di tale prescrizione avrebbe comportato l'annullamento del diniego emesso dall'amministrazione, in un contesto in cui il giudice non può statuire sul merito e dunque sull'attribuzione dello *status*.

La Corte di giustizia, all'esito di una complessa vicenda che aveva portato a ben due rinvii pregiudiziali, aveva concluso sostenendo che in un contesto, quale quello descritto della legislazione irlandese, il diritto ad essere ascoltato non poteva essere inteso come un diritto a un colloquio orale in entrambi i procedimenti. Una volta che si fosse operato il colloquio nel procedimento volto ad accertare lo *status* di rifugiato, non sarebbe stato necessario ripetere il colloquio nella fase eventuale e successiva di accertamento dello *status* di protezione sussidiaria, ben potendo il richiedente offrire negli atti introduttivi del procedimento il proprio punto di vista. Tuttavia, sosteneva la Corte, la necessità di organizzare un colloquio orale può imporsi qualora l'autorità competente non sia oggettivamente in grado, sulla base degli elementi in suo possesso o in considerazione delle condizioni personali di vulnerabilità del richiedente, di determinare con piena cognizione di causa se attribuire lo *status* di protezione sussidiaria (per un commento della vicenda *M.*, vedi M.C. Locchi, *Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti la protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese*, in questa *Rivista*, n. 2, 2017).

Come già detto, la vicenda *M.* non può ritenersi sovrapponibile a quella della causa *Sacko*: mentre in *M.* a venire in gioco è il diritto ad essere ascoltati nella fase amministrativa, nel caso *Sacko* rileva il diritto di essere ascoltati nella fase giudiziale, in un contesto, come quello italiano, in cui oggetto del giudizio non è l'eventuale annullamento della fase amministrativa, ma la statuizione nel merito sulla spettanza dello *status* di protezione internazionale.

Ciononostante, la sentenza *M.* risulta significativa dal momento che sembra escludere che la nozione del diritto ad essere ascoltato, sia pure nella fase procedimentale, vada intesa come diritto a essere ascoltato personalmente. Essa deve piuttosto essere intesa come facoltà, per l'individuo, di poter esporre in qualsiasi forma, anche scritta, le sue osservazioni prima che il provvedimento venga assunto (in questo senso, si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia relative al diritto a essere ascoltato nei procedimenti di espulsione dei cittadini di Paesi terzi: sent. 5.11.2014, causa C-166/13, *Mukarubega*; sent. 11.12.2014, causa C-249713, *Boudjlida*).

Questa posizione influenzerà in effetti l'opinione dell'avvocato generale nel caso *Sacko*. Quest'ultimo, infatti, osserva che non necessariamente il diritto ad essere ascoltati nella fase giurisdizionale si estrinseca nel diritto ad essere ascoltato personalmente. In tale fase, infatti,

sottolinea l'avvocato generale, il diritto ad essere ascoltato può essere soddisfatto sia attraverso gli scritti difensivi, sia attraverso l'acquisizione della verbalizzazione del colloquio personale avvenuto nella fase amministrativa, dovendosi quest'ultima considerare come inevitabilmente connessa alla fase giurisdizionale (vedi Conclusioni avv. gen. Sánchez-Bordona § 51-52-53)

In assenza, infatti, di un'apposita disposizione che prescriva la necessità dell'audizione personale nella fase giurisdizionale, si deve avere riguardo, osserva l'avvocato generale, all'autonomia procedurale goduta dagli Stati. Tuttavia, detta autonomia procedurale non si può spingere fino a ritenere che i legislatori nazionali siano liberi di impedire all'organo giurisdizionale di procedere a detta audizione. Soccorre qui l'art. 46.3 della direttiva "procedure" che, nel sancire che gli Stati debbano garantire un ricorso effettivo che preveda un esame completo degli elementi di fatto e di diritto della domanda, conferisce appunto all'organo giurisdizionale la facoltà di poter adottare tutti i mezzi di istruzione processuale, su richiesta o d'ufficio, che ritenga necessario per la migliore amministrazione della giustizia (vedi Conclusioni § 54).

Spetta, in definitiva, al solo giudice decidere in merito alla necessità del colloquio orale che potrà omettere allorché ritenga che gli elementi probatori in suo possesso siano già sufficienti ad assumere una decisione di manifesta infondatezza dell'impugnazione. Questa discrezionalità del giudice non può subire alcuna compressione da parte del legislatore per ragioni di celerità processuale o di ordine economico.

In definitiva, dunque, non sarebbe configurabile in capo all'individuo un diritto all'audizione individuale. Questa situazione viene tutelata in via indiretta, per così dire di riflesso, nella misura in cui il giudice ritenga che il colloquio orale sia necessario all'assolvimento dell'obbligo dell'esame completo di fatto e di diritto della domanda, obbligo funzionale alla migliore amministrazione della funzione giurisdizionale, più che a garantire un diritto dell'individuo.

5. – Il risultato pratico cui perviene la Corte non differisce da quello dell'avvocato generale. Tuttavia, le premesse concettuali da cui muove mi sembrano profondamente diverse e come si vedrà centrale diventa, nella prospettiva della Corte, proprio il richiamo all'art. 47 della Carta che comparirà nella parte dispositiva della sentenza e che invece non è richiamato dall'avvocato generale.

La Corte osserva, infatti, in primo luogo, che la direttiva "procedure" non contiene alcuna disposizione che preveda un obbligo a tenere un'udienza per l'audizione del ricorrente. Tuttavia, questa sottolineatura – che aveva condotto l'avvocato generale a ricordare come in assenza di regole del diritto dell'Unione trovi applicazione il principio di autonomia processuale degli Stati – viene ad essere, invece, immediatamente bilanciata dalla Corte di giustizia attraverso il richiamo, da un lato, all'art. 19 TUE e, dall'altro, all'art. 47 della Carta.

Tutto questo ha l'immediata conseguenza di configurare l'audizione del richiedente come parte integrante del diritto alla difesa di quest'ultimo e non già come una situazione meramente funzionale al corretto svolgimento della amministrazione della giustizia. L'assenza, infatti, di audizione del richiedente «integra una restrizione dei diritti della difesa, che fanno parte del principio della tutela giurisdizionale effettiva, sancito all'articolo 47 della Carta» (v. § 37 sentenza).

Tuttavia, il diritto ad essere ascoltati personalmente ai sensi del 47 non è un diritto assoluto, dice la Corte, ma può conoscere restrizioni nel rispetto del principio di proporzionalità. Detta restrizione si configura esattamente nella vicenda della causa principale ed è rappresentata dalla possibilità per il giudice di considerare non necessaria l'audizione del ricorrente allorché, sulla base delle circostanze di fatto e di diritto, rappresentate in particolare dal verbale o dalla trascrizione del colloquio personale, colloquio che deve essere necessariamente intervenuto nella fase amministrativa, il giudice non abbia alcun dubbio sulla manifesta infondatezza della domanda del richiedente. In questa ipotesi la possibilità di omettere lo svolgimento dell'udienza risponde all'interesse dello Stato e dei richiedenti a che la decisione sia presa il più rapidamente possibile.

Il diritto europeo, quindi, non impone al giudice di procedere all'audizione del ricorrente in tutti i casi; esso, però, osta a che il legislatore nazionale impedisca la sua audizione allorché il giudice consideri insufficienti le informazioni raccolte nella fase amministrativa e ritenga di dover procedere ad un esame completo della domanda.

Dunque, sebbene la decisione della Corte di giustizia e l'opinione dell'avvocato generale confluiscono nell'evidenziare la centralità del giudice relativamente alla decisione di procedere o meno all'audizione del richiedente, lanciando un severo monito a che il legislatore introduca limitazioni alla capacità dell'organo giudicante di valutare con pienezza e completezza i fatti, ai sensi del 46.3 della direttiva 32/2013/UE, vale la pena, però, di sottolineare quella che mi sembra rappresentare una profonda differenza di impostazione tra le due ricostruzioni.

La circostanza, indicata dalla Corte, per cui il richiedente asilo abbia diritto, in virtù dell'art. 47 della Carta, a un'audizione personale nella fase giurisdizionale, essendo ciò parte del suo diritto di difesa, e il fatto che tale diritto possa essere legittimamente limitato dal giudice alle sole condizioni prima esaminate (situazioni di manifesta infondatezza della domanda, espletamento necessario del colloquio personale durante la fase amministrativa e acquisizione del relativo verbale agli atti processuali, possibilità lasciata al giudice di procedere al colloquio senza limitazioni imposte dal legislatore allorché ritenuto necessario per espletare l'obbligo di un esame completo della domanda) comportano, infatti, che l'audizione del ricorrente dovrebbe essere concepita come la regola e che la decisione di non procedervi dovrebbe essere perciò sempre motivata. Al contrario, se si parte dall'impostazione fatta propria dall'avvocato generale, per cui l'audizione personale non è un diritto del richiedente, ma è una posizione di vantaggio indiretta e funzionale all'espletamento da parte del giudice del dovere di accertare pienamente i fatti di causa, il rischio è che sia la mancata audizione del richiedente a divenire la regola e a essere motivata adeguatamente sia la decisione di procedere all'audizione personale.

Questo profilo appare oggi di particolare rilievo nel contesto italiano alla luce delle modifiche apportate dal d.l. 13/2017, convertito poi dalla L. 46/2017 che, nell'introdurre un nuovo art. 35 *bis* al d.lgs. n. 25/2008, ha profondamente modificato il procedimento giurisdizionale delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale. Si è infatti previsto l'uso della videoregistrazione del colloquio personale del richiedente, intervenuto nella fase amministrativa, come sostitutivo della possibilità di presenziare in udienza da parte del ricorrente. Oggi, l'udienza di comparizione delle parti è disposta dal giudice esclusivamente quando egli ritenga di dover assumere mezzi di prova (art. 35 *bis*, c. 10, lett. c), oppure quando, visionata la videoregistrazione, egli ritenga comunque necessario disporre l'audizione dell'interessato (art. 35 *bis*, c. 10, lett. a) o la ritiene indispensabile al fine di richiedere chiarimenti alle parti (lett. b). La richiesta di audizione può essere avanzata anche dall'interessato nel ricorso introduttivo e può essere disposta dal giudice allorché, sulla base delle motivazioni espresse dal richiedente, la ritenga essenziale per i fini della decisione (art. 35 *bis*, c. 11, lett. b). A ciò si aggiunga, per completezza, l'obbligo di audizione nel caso in cui non sia disponibile la videoregistrazione o allorché l'impugnazione si fondi su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa.

Sebbene le clausole di cui sopra si richiamino a concetti quali la necessità o addirittura l'indispensabilità, non si può escluderne un'applicazione flessibile da parte del giudice, comunque nella sostanza rispettosa dei diritti di difesa del ricorrente e dell'obbligo di garantire un esame completo della domanda.

Rimane il fatto, però, che la logica perseguita da queste riforme appare non conforme all'impostazione seguita dalla Corte. Il giudice italiano, infatti, avrà l'obbligo di motivare perché ritiene di dover procedere all'audizione del ricorrente. La Corte di giustizia sembra suggerire il contrario: ad essere adeguatamente motivata semmai dovrebbe essere la ragione per cui il giudice decide di non dover procedere all'audizione, dando specificamente conto di tutte le condizioni individuate dalla Corte che giustificano tale deroga. Ciò come conseguenza del fatto di intendere la valutazione completa ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto come obbligo primariamente volto a garantire il diritto del ricorrente ad un ricorso

effettivo, *ex art. 47* della Carta, e non semplicemente una buona amministrazione della giustizia.

La legislazione italiana, invece, di fatto degrada l'audizione personale del ricorrente da diritto a mera posizione giuridica il cui soddisfacimento dipende in ultima analisi da una decisione discrezionale del giudice (vedi gli analoghi rilievi nel Parere reso dal CSM sul testo del d.l. 13/2017 nella delibera del 15.3.2017). Detta discrezionalità non è esclusa dalla Corte di giustizia, ma appunto circoscritta a precise situazioni e condizioni, a garanzia del diritto alla difesa che rimane il perno della disciplina.

In definitiva, dunque, spetterà al giudice il compito di applicare la nuova disciplina in modo conforme al diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta, così da garantire priorità ai diritti della difesa del richiedente, anziché alle esigenze di celerità nella definizione dei ricorsi, obiettivo perseguito dal legislatore italiano con la richiamata riforma.

Una nuova tappa nella giurisprudenza della Corte IDH: la giustiziabilità diretta del diritto al lavoro

di Luca Paladini

Title: A new stage in the ICtHR case-law: the direct justiciability of right to work

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Economic, Social and Cultural Rights; Right to Work.

1. – Nella sentenza *Lagos Del Campo vs. Perú* del 31 agosto 2017, per la prima volta la Corte IDH ha accertato la violazione dell'art. 26 CADU, che protegge i diritti economici, sociali e culturali (DESC), con particolare riguardo al diritto alla stabilità lavorativa e alla libertà di associazione.

Finora, la Corte ha protetto i DESC senza accertare la violazione della norma *de qua* (sulla giurisprudenza citata di seguito, cfr. E. Ferrer MacGregor, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, UNAM, Ciudad de México, 2017, 75 ss. e 199 ss.). Ad esempio, di loro protezione indiretta si può parlare nel caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* del 2005, nel quale i giudici richiamarono l'art. 26 CADU per individuare gli obblighi degli Stati parti in tema di garanzia del diritto a una vita degna (§ 163). Lo stesso può dirsi per il caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, deciso lo stesso anno, in cui la Corte vi si riferisce per definire la portata della protezione da accordare ai minori, con particolare riguardo al diritto all'educazione (§185). Quanto al diritto al lavoro, ad esempio, nel caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") vs. Perú* del 2009, la Corte dedica ampi passaggi all'art. 26 CADU, soffermandosi sulla sua natura obbligatoria per gli Stati parti e sul livello di protezione (massimo) da accordare ai DESC, per poi decidere la controversia, relativa ad aspetti previdenziali, sulla base della violazione di diritti civili e politici (§ 99). La norma in questione è stata anche oggetto di interpretazione. Oltre all'appena citato caso *Acevedo Buendía*, si può menzionare la sentenza *Cinco Pensionistas vs. Perú* del 2003, nella quale la Corte entrò nel merito della nozione di "sviluppo progressivo" dei DESC, da intendere come crescente copertura sulla popolazione, per poi escludere di doversi esprimere sulla violazione dell'art. 26 CADU nel caso specifico, riguardante un gruppo limitato di pensionati (§ 147).

Invece, con tale *decisión histórica* (*voto razonado* del giudice Caldas; in termini analoghi, *voto concurrente* del giudice Ferrer MacGregor), i giudici di San José fissano un importante tappa nel sistema interamericano, sia perché è il primo caso di giustiziabilità diretta dei DESC *ex art. 26 CADU*, sia come precedente relativo al diritto alla stabilità lavorativa, con tutti i benefici che ciò può portare ai fini della decisione di casi simili, come peraltro è da poco accaduto (lo vedremo nelle conclusioni) e, presumibilmente, avverrà in futuro. Ciò detto, nella sentenza *Lagos Del Campo* la Corte accerta anche la violazione della libertà di

espressione e del diritto di accesso alla giustizia, così confermando e corroborando la propria giurisprudenza su tali disposizioni convenzionali.

2. – Il caso riguarda il licenziamento illegittimo di Alfredo Lagos del Campo, avvenuto nel 1989 e determinato da una sua intervista, resa a un giornale nella qualità di Presidente del Comitato elettorale della *Comunidad Industrial* (forma organizzata di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa) della società Ceper-Pirelli, nella quale lavorava da oltre 13 anni. Nell'intervista, il sig. Lagos del Campo aveva denunciato alcune irregolarità compiute dagli organi aziendali nelle elezioni degli organi della *Comunidad Industrial*, col fine di favorire la lista promossa dai rappresentanti del datore di lavoro. Tali irregolarità erano state denunciate al Ministero dell'Industria peruviano, che aveva invalidato le elezioni e ordinato di ripeterle.

In conseguenza, la Ceper-Pirelli apriva un procedimento disciplinare per “faltamiento grave de palabra” a danno dell'impresa, cui il sig. Lagos del Campo invano tentava di replicare. Il licenziamento giungeva il giorno successivo alla tentata difesa. Non essendo più dipendente della Ceper-Pirelli, il sig. Lagos del Campo non poteva partecipare a una riunione da lui stesso convocata nella qualità di Presidente del Comitato elettorale.

La vicenda ha avuto un lungo seguito giudiziario. In primo grado il licenziamento era stato ritenuto ingiusto e ingiustificato, ma in appello l'esito veniva ribaltato e nelle successive azioni giudiziarie – per un totale di 7 rimedi interni esperiti, fino ai più alti gradi di giudizio – il licenziamento era confermato in quanto legittimo e giustificato.

3. – Investita del caso nel 1998, soltanto nel 2010 la Commissione interamericana ne dichiarò l'ammissibilità (Informe 152/10), per poi emanare l'*Informe de fondo* nel 2015 (Informe 27/15; sugli effetti dell'*Informe de fondo*, cfr. D. Rodríguez-Pinzon, *Basic Facts of the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System*, in G. Alfredsson, J. Grimheden, B.G. Ramcharan y A. De Zayas [eds], *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Leiden, 2009, 629 ss.), nel quale sosteneva che il licenziamento del sig. Lagos del Campo aveva dato luogo a diverse violazioni della CADU.

In particolare, la Commissione sosteneva che detto licenziamento costituiva un'interferenza arbitraria nel diritto alla libertà di espressione *ex art. 13 (2) CADU*, perché la normativa nazionale sul lavoro non forniva adeguata tutela ai rappresentanti dei lavoratori, anche a fronte di affermazioni potenzialmente lesive della reputazione dei datori di lavoro, rispetto alle quali potevano essere previsti altri rimedi giurisdizionali. La Commissione rilevava, inoltre, l'obbligo di garanzia gravante sui tribunali nazionali, che avrebbero dovuto tutelare la libertà di espressione di un rappresentante dei lavoratori, mentre ciò non era accaduto. La Commissione raccomandava, dunque, al Perù di risarcire il sig. Lagos del Campo per le accertate violazioni della CADU, di adottare misure interne atte a garantire che i rappresentanti dei lavoratori e i dirigenti sindacali potessero esercitare il diritto alla libertà di espressione e, infine, adottare misure finalizzate a garantire che i tribunali nazionali rispettassero gli obblighi internazionali in materia di libertà di espressione nei contesti lavorativi. Infruttuosamente, però, poiché lo Stato non si adeguava a dette raccomandazioni, sostenendo anzi, in un *Informe* del 29 ottobre 2015, di non aver violato alcuna norma della CADU.

Il 28 novembre 2015 la Commissione decideva, a conclusione della fase stragiudiziale prevista dagli artt. 44 ss. CADU, di rimettere il caso alla Corte, domandando di accertare la responsabilità internazionale del Perù per le violazioni contestate nell'*Informe de fondo*.

4. – Numerose le violazioni accertate dalla Corte, con particolare riguardo al diritto al lavoro, alla libertà di pensiero e di espressione, al diritto alle garanzie giudiziali, alla libertà di associazione e al diritto di accesso alla giustizia.

Tali violazioni sono accertate in relazione all'art. 1 (1) e all'art. 2 CADU. Trattasi di due norme di fondamentale importanza nel sistema interamericano. Mentre l'art. 1 (1) CADU fissa il dovere degli Stati parti di rispettare i diritti e le libertà previsti dalla Convenzione e ad assicurarne l'esercizio alle persone soggette alla loro giurisdizione, l'art. 2 CADU corrobora tale obbligo generale imponendo che, qualora il godimento dei diritti e delle libertà non sia già garantito dal diritto interno, debbano essere adottate le misure legislative, o di altra natura, a tal fine necessarie (cfr. E. Ferrer MacGregor, C. Pelayo Möller, *Artículo 2. Deber a Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 76). Tali norme concorrono dunque a determinare la responsabilità internazionale degli Stati parti nel caso di violazione di norme della CADU (Cfr. E. Ferrer MacGregor, C. Pelayo Möller, *Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 46 e, degli stessi aa., *Artículo 2*, cit., 72), il che spiega perché la Corte accerta la violazione di un diritto o di una libertà "in relazione" all'art. 1 (1) e all'art. 2 CADU. Non è quindi possibile che uno Stato violi le due norme sugli obblighi generali conseguenti alla ratifica della CADU senza aver violato anche delle norme poste a tutela di singoli diritti o libertà. Peraltro, come la stessa Corte ha affermato, in ottica speculare,

toda pretensión de que se ha lesionado alguno de derechos, implica necesariamente que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29-7-1988, § 162).

Il perno attorno al quale ruota l'accertamento alle suddette violazioni è la sentenza del *Segundo Tribunal del Trabajo* di Lima, che, in sede di appello, ribaltava il giudizio di primo grado e riteneva legittimo e giustificato il licenziamento del sig. Lagos Del Campo. È infatti tale pronuncia che, nel confermare la perdita del lavoro, non prendeva in considerazione l'elemento essenziale costituito dalla circostanza che l'incriminata intervista era stata resa da un rappresentante dei lavoratori. Inoltre, atteso che tale sentenza non era stata sovvertita nei successivi gradi di giudizio, la Corte si domanda se il licenziamento più volte confermato avesse inciso sul diritto alla libertà di associazione, individuale e collettiva, che spetta agli Stati parte della CADU garantire.

999

4.1. – Rispetto alla libertà di pensiero e di espressione, la Corte afferma che l'art. 13 CADU si applica anche nei contesti lavorativi e che spetta agli Stati parti non solo rispettarla, ma anche garantirla, così che i lavoratori o i loro rappresentanti possano esercitarla. In tal senso, la Corte ricorda che quando è in gioco un interesse generale o pubblico, è richiesto un livello rafforzato di protezione della libertà di espressione e ciò vale, in particolare, per coloro che detengono una funzione rappresentativa.

A tal fine, i giudici di San José richiamano la giurisprudenza di Strasburgo, anche al fine di evidenziare che, analogamente all'art. 10 CEDU, la libertà di espressione

se impone no sólo en las relaciones entre empleador y empleado cuando éstas se rigen por el derecho público, sino que a la vez pueden aplicarse cuando estas relaciones son de derecho privado (§ 95, con rinvio, *inter alia*, a ECHR, *Fuentes Bobo v. Spain*, 39293/98, 29-2-2000)

e che il livello di protezione di tale libertà nei contesti lavorativi va apprezzato anche con riguardo a pronunce giudiziali che confermassero dei licenziamenti o altri tipi di sanzione al

lavoratore (ancora § 95, con rinvio a ECHR, *Khurshid Mustafà and Tarzibachi v. Sweden*, 23883/06, 16-12-2008 e ECHR, *Remuszeko v. Poland*, 1562/10, 16-7-2013).

Ciò premesso, la Corte ritiene che le dichiarazioni del sig. Lagos Del Campo fossero state rese nella qualità di rappresentante dei lavoratori e avessero un contenuto portatore di un interesse generale, poiché il loro fine era di denunciare delle presunte irregolarità riguardanti le elezioni degli organi della *Comunidad Industrial*. Non, invece, l'obiettivo di diffamare l'azienda, come aveva sostenuto dalla Ceper-Pirelli. Se così fosse stato, sarebbe stato possibile comprimere la libertà di espressione, tanto che lo stesso art. 13 CADU prevede tali limitazioni, purché abbiano carattere eccezionale, non si spingano oltre lo stretto necessario e non si traducano in una forma di censura. Ma, come detto, non è il caso delle dichiarazioni del Presidente del Comitato elettorale della *Comunidad Industrial* della Ceper-Pirelli, il che escludeva la possibilità di limitare la libertà di espressione al fine di rispettare i diritti o la reputazione altrui.

Inoltre, giudici di San José ritengono che dette dichiarazioni avessero non solo un contenuto di interesse generale, ma anche di interesse pubblico, con conseguente concessione di un maggior livello di protezione della libertà di espressione:

Esta Corte reconoce que la emisión de información concerniente al ámbito laboral, por lo general, posee un interés público. En un primer término, deriva en un interés colectivo para los trabajadores correspondientes, y con un alcance especialmente general cuando atiende aspectos relevantes, por ejemplo, respecto de un gremio determinado, y más aún, cuando las opiniones trascienden al ámbito de un modelo de organización del Estado o sus instituciones en una sociedad democrática. ... La Corte nota que, en el contexto de dicho proceso electoral las manifestaciones del señor Lagos del Campo, como representante de los trabajadores, además de rebasar el ámbito privado, tenían una relevancia o impacto tal como para trascender no sólo el interés colectivo de los trabajadores de la empresa sino del gremio (de comuneros) relacionado con las Comunidades Industriales en general (§ 111).

1000

Con riguardo alla conferma giudiziale del licenziamento, la Corte rileva che la sentenza del *Segundo Tribunal del Trabajo*, che ha confermato il licenziamento disposto dall'azienda senza mai essere ribaltata, non ha considerato i seguenti elementi: la vittima era un rappresentante dei lavoratori nell'esercizio del suo mandato; le sue azioni si sono svolte nell'esercizio delle funzioni rappresentative e in un contesto di dibattito elettorale, con conseguente rilevanza sotto il profilo dell'interesse sia pubblico che collettivo; le sue dichiarazioni godevano di una protezione rafforzata; le stesse dichiarazioni non rivestivano alcuna rilevanza oltre il contesto elettorale e lavorativo; infine, non è stata dimostrata la reale esigenza di proteggere la reputazione e l'onore della Ceper-Pirelli. Tali mancanze hanno reso la sentenza carente sotto il profilo dell'obbligo di motivazione, così confermando giudizialmente un licenziamento non necessario (§§ 130 ss.).

4.2. – La Corte accerta altresì la violazione dell'art. 16 CADU, che protegge la libertà di associazione. I giudici ricordano che l'ambito di applicazione di tale norma non comprende solo la protezione dei sindacati, ma si estende anche ad altre organizzazioni che rappresentano gli interessi legittimi dei lavoratori. Peraltro, sul punto si realizza un primo raccordo con l'art. 26 CADU – vero “protagonista” della sentenza in commento – che deriva dalle norme della *Carta de la Organización de los Estados Americanos* del 1958, trattato istitutivo dell'OAS, la quale riconosce il diritto dei datori di lavoro e dei lavoratori di associarsi liberamente per la difesa e la promozione dei loro interessi (artt. 34, 45 e 46). È dunque necessario che tale libertà sia protetta contro qualsiasi atto che possa pregiudicarla, compreso il licenziamento inteso come sanzione dissuasiva dell'attività di rappresentanza dei lavoratori.

Nel caso specifico, il licenziamento confermato dal *Segundo Tribunal del Trabajo* ha impedito al sig. Lagos del Campo di svolgere i suoi compiti di rappresentanza dei lavoratori, non potendo continuare a far parte della *Comunidad Industrial* e altresì partecipare all'incontro che lui stesso, come Presidente del Comitato elettorale, aveva convocato. Inoltre, premessa la duplice dimensione della libertà di associazione (individuale e collettiva), la Corte rileva che il licenziamento del sig. Lagos del Campo ha trascorso la violazione del suo diritto individuale alla libertà di associazione, per coinvolgere anche quella collettiva, avendo privato i lavoratori della *Comunidad Industrial* della rappresentanza di uno dei suoi dirigenti. Allo stesso modo, il licenziamento, inteso come rappresaglia per la sua attività di rappresentanza, potrebbe avere un effetto intimidatorio sugli altri membri della *Comunidad Industrial*. Tanto basta alla Corte per accertare la violazione degli articoli 16 (1) e 26 CADU.

4.3. – Per quanto riguarda il diritto di accesso alla giustizia (artt. 8 e 25 CADU), la Corte rileva che la vittima, nei vari ricorsi presentati, fino ai più alti gradi di giudizio, invano ha tentato di difendere i suoi diritti alla sicurezza del posto di lavoro e al giusto processo. La Corte rileva alcune omissioni nei gradi di giudizio successivi al primo (favorevole al sig. Lagos Del Campo), quale, ad esempio, la mancata considerazione di alcuni suoi atti difensivi, soprattutto nel procedimento di secondo grado. Sul punto, la Corte, richiamando la propria giurisprudenza (§§ 176 ss.), ribadisce che gli Stati parti

tienen la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección de los derechos humanos, pero también la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas y deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal. Así, un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, por lo que esta efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes.

1001

con conseguente e agevole accertamento della violazione del diritto di accesso alla giustizia (§ 191).

4.4. – Come detto, la sentenza in commento si distingue per l'accertamento della violazione dell'art. 26 CADU, con specifico riguardo al diritto alla stabilità del lavoro. La norma, unica del capitolo III della CADU, afferma che

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

dunque protegge i DESC, che finora avevano ricevuto una protezione solo indiretta, attraverso l'accertamento della violazione di diritti civili e politici. Nella sentenza in commento, invece, la Corte (ri)afferma la propria competenza a conoscere e a esprimersi sulle controversie relative all'art. 26 CADU (come già nella sentenza *Acevedo Buendía*, § 97),

giungendo ad accertarne la violazione e determinando la giustiziabilità diretta dei DESC (§ 154).

Ciò sebbene né la vittima, né la Commissione avessero invocato espressamente la violazione dell'art. 26 CADU. Di norma ciò costituisce un limite all'esame da parte della Corte, poiché non è possibile addurre nuove contestazioni rispetto a quelle contenute nell'*Informe de fondo* (sentenza *Cinco Pensionistas*, § 153), fatta salva l'ipotesi che possano "in qualche modo" rientrare nel quadro fattuale considerato della Commissione (Corte IDH, *Mohamed vs. Argentina*, 23-11-2012, § 27). Sul punto, i giudici hanno verificato che nei ricorsi interni e nel procedimento davanti alla Commissione il sig. Lagos del Campo aveva ripetutamente affermato la violazione dei suoi diritti in materia di lavoro, con particolare riguardo alla stabilità lavorativa e alle conseguenze derivate dal licenziamento, e che lo Stato convenuto era al corrente di tali rivendicazioni. I giudici considerano dunque la violazione *de qua* come parte del *marco fáctico* considerato dalla Commissione e, pertanto, passibile di esame giudiziale, alla luce della CADU e altresì del principio *iura novit curia*.

Invero, il ricorso a tale principio, che nella sentenza è corroborato dai richiami alla giurisprudenza internazionale (nota 186, che rinvia anche alla risalente giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale, ad esempio *France v. Turkey* [*case of the S.S. Lotus*], 7-9-1927), non è stato condiviso dall'intero collegio giudicante. Ad esempio, nel proprio *voto razonado*, il giudice Caldas, che ha votato a favore della violazione dell'art. 26 CADU, ritiene improprio invocarlo per accertare la violazione del diritto al lavoro. A parere del giudice, che riteniamo di condividere,

el principio iura novit curia se aplica solamente cuando se alega el hecho y no se alega el derecho, pero en el presente caso se alegó el derecho, razón por la cual resulta absolutamente regular el pedimento y su forma. En el caso particular fue la propia víctima quien en reiteradas oportunidades invocó estos derechos (y no solamente hechos), los cuales fueron ignorados por la Comisión. Resulta entonces que de acuerdo con una interpretación sistemática y de efecto útil del tratado y sus órganos de aplicación, la Corte tiene la facultad de valorar y dar sentido a la petición inicial que contiene la demanda de justicia de la víctima que acude al Sistema Interamericano. En este sentido, otros órganos internacionales han atendido el alegato esencial de las víctimas a través de una calificación expresamente dada por el órgano o Tribunal, sin que necesariamente se haya invocado el derecho específico, y sin hacer alusión expresa al principio iura novit curia.

Ciò detto, al fine di interpretare l'art. 26 CADU la Corte ricostruisce la tutela giuridica del lavoro a partire dal trattato istitutivo dell'OAS (artt. 34, 45 e 46), dalla Dichiarazione Americana dei diritti e doveri dell'uomo (art. XIV) e dalla stessa CADU (art. 29, in tema di interpretazione della Convenzione), oltre che dalle leggi interne di diversi Stati parti e da altre norme internazionali.

Tra queste ultime, riveste particolare importanza il Patto internazionale dei DESC del 1966 (in particolare, l'art. 2, di cui l'art. 26 CADU è tributario; cfr. C. Courtis, *Artículo 26. Desarrollo Progresivo*, in C. Steiner, P. Uribe [ed.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014, 671 ss.), come interpretato dal relativo Comitato, il quale nel *General comment* No. 18 del 2005 ha affermato che il diritto al lavoro è un diritto fondamentale, che implica nessuno sia privato ingiustamente dell'impiego e che gli Stati parti violano l'art. 6 del Patto qualora non adottino le misure interne utili a garantirlo. Rileva altresì la convenzione ILO n. 158 del 1982 sulla cessazione del rapporto di lavoro, il cui art. 4 afferma che

The employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or

based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service. (in senso analogo, cfr. i punti 5 e 6 della raccomandazione No. 143 dell'ILO *concerning Protection and Facilities to be Afforded to Workers' Representatives in the Undertaking*, 1971).

Da tale ampia ricostruzione, la Corte rileva che gli obblighi posti in capo allo Stato convenuto in tema di diritto alla sicurezza del lavoro si traducono, in linea di principio, nei seguenti compiti: adottare misure interne di disciplina di tale diritto e di controllo della sua violazione; proteggere il lavoratore contro il licenziamento ingiustificato e porvi rimedio tramite reintegro o, se del caso, compensazione e altri benefici; apprestare rimedi giurisdizionali efficaci per contestare i licenziamenti ingiustificati (§ 149). Peraltro, la Corte chiarisce che il concetto di stabilità del lavoro da essa considerato non allude all'idea di intangibilità del posto di lavoro, ma si riferisce alla possibilità di difendere il diritto alla stabilità lavorativa, da realizzare attraverso i mezzi che lo Stato pone a disposizione del lavoratore che intenda contestare un licenziamento.

Nel caso di specie, il sig. Lagos del Campo ha infruttuosamente impugnato il licenziamento dinanzi agli organi aziendali competenti, cassato in primo grado ma poi ritenuto legittimo e giustificato in secondo grado e nei successivi giudizi, con conseguente conferma giudiziale di un licenziamento arbitrario e mancata protezione del suo diritto al lavoro (§ 151). In conseguenza, non è stato reintegrato nel posto di lavoro, non ha ricevuto alcun compenso o altri benefici (§ 151), ha perso la possibilità di accedere alla pensione e anche l'esercizio dei suoi diritti come rappresentante dei lavoratori. Tali eventi si sono riverberati nella sua vita lavorativa, personale e familiare: al momento del licenziamento il sig. Lagos Del Campo aveva 50 anni, era padre di 14 figli, dei quali 6 in età scolare, era privo di impiego stabile, non possedeva i requisiti essere collocato a riposo ed era impossibilitato a beneficiare dei benefici di sicurezza sociale (§§ 46 ss. e 71 ss.).

In considerazione di tutto ciò, la Corte conclude che il Perù non ha tutelato il diritto alla sicurezza del posto di lavoro del ricorrente, così violando l'art. 26 CADU in relazione agli articoli 1 (1), 13, 8 e 16 della stessa Convenzione.

Rispetto a tale conclusione, si deve dar conto dei voti contrari dei giudici Vio Grossi e Sierra Porto. Nel loro (disgiunto) *voto parzialmente disidente*, essi sostengono la non giustiziabilità diretta dei DESC, poiché, a loro avviso, solo i diritti civili e politici sono oggetto di obbligo giuridico per gli Stati parti, con necessità di garantirne il rispetto a favore degli individui soggetti alla loro giurisdizione. Inoltre, come osserva il giudice Vio Grossi

no le compete a la Corte modificar la Convención sino únicamente señalar lo que ella efectivamente dispone y no lo que desearía que establezca. Su función es, por lo tanto, desentrañar la voluntad que los Estados Partes de la Convención estamparon en ella al momento de suscribirla y, eventualmente, cómo debería ser entendida frente a nuevas situaciones.

Tale posizione, oltre a tradire una certa distanza dall'interpretazione *pro homine* della CADU, che spesso ha connotato le opinioni dissenzienti del giudice Vio Grossi (ad esempio, cfr. il *voto parzialmente disidente* a CIDH, *Duque vs. Colombia*, 26-2-2016, a proposito del suo concetto [tradizionale] di famiglia), ci appare in contrasto con la già intervenuta giurisprudenza interamericana. In tal senso, basti rammentare il citato caso *Acevedo Buendía* del 2009, nel quale la Corte aveva precisato che dai lavori preparatori della CADU emergevano sia “la voluntad de los Estados de establecer una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica en el cumplimiento y aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales y los mecanismos de su promoción y protección”, sia l'intento di accordare a tali diritti la massima protezione possibile (col temperamento, obiettivamente

ammissibile, nella necessità di tener conto delle condizioni specifiche della maggior parte degli Stati americani).

5. – Alquanto misurate sono le riparazioni disposte dalla Corte (§§ 192 ss.), contrariamente a quanto accade in diverse altre sue sentenze, nelle quali il corredo riparatorio è vario e giunge a comprendere delle misure di tipo generale, comportanti cioè l'obbligo, per lo Stato convenuto, di intervenire sul proprio ordinamento giuridico (sul punto, ci si premette di rinviare a L. Paladini, *La violenza della polizia di fronte alla Corte IDH. Standard di protezione dei diritti umani, cross-fertilization e garanzie di non ripetizione dell'illecito internazionale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2017, 919 ss.).

A parte la sentenza, che costituisce di per sé una forma di riparazione, sono disposti il risarcimento dei danni per il sig. Lagos Del Campo e il reintegro per *Fondo de Asistencia de la Corte*, cui la vittima aveva attinto, al fine di coprire i costi del giudizio. È altresì disposta, in via di riparazione simbolica, la pubblicazione della pronuncia, rispetto alla quale la Corte non esita a indicare i dettagli (*corsivi nostri*):

el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de esta Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial *en un tamaño de letra legible y adecuado*; b) el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional *en un tamaño de letra legible y adecuado*, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial, de manera accesible al público y *desde la página de inicio del sitio web*.

1004

Sull'attuazione della sentenza sorveglierà la stessa Corte. A tal fine, entro un anno dalla notifica, il Perù dovrà inviarle un'informativa che dia conto delle misure adottate per dare esecuzione alla pronuncia.

6. – Si è detto che la pronuncia fissa un precedente nella giurisprudenza interamericana in tema di giustiziabilità diretta dei DESC, chiaramente utile ai fini della decisione di casi simili. In effetti, il 23 novembre 2017 la Corte si è espressa nel caso *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, nel quale lo Stato convenuto è stato ritenuto responsabile per la violazione del diritto al lavoro in relazione a diversi licenziamenti collettivi nel settore pubblico, avvenuti negli anni novanta in attuazione di programmi di razionalizzazione e valutazione del personale di diversi ministeri ed enti dipendenti.

Per i 164 lavoratori licenziati la Corte accerta il mancato rispetto del diritto a ricorsi giudiziari utili a contestare il licenziamento, con conseguente violazione, da parte del Perù, del diritto alla giustizia e del diritto al lavoro. A tal fine i giudici di San José richiamano il caso *Lagos del Campo* e la ricostruzione giuridica in esso contenuta sull'art. 26 CADU, sul diritto alla stabilità lavorativa e sulla necessità che in lavoratori dispongano di rimedi effettivi attraverso i quali contestare la perdita del lavoro. E, sempre sulla scia del caso *Lagos del Campo*, dissentono da quanto deciso della Corte i giudici Vio Grossi e Sierra Porto, con argomenti pressoché speculari a quelli in precedenza espressi (sentenza *Petroperú*, *voto individual* del giudice Vio Grossi e *voto parzialmente disidente* del giudice Sierra Porto).

Tali primi sviluppi danno conto della nascita di una giurisprudenza interamericana sulla giustiziabilità diretta dei DESC, in questa fase quantomeno con riguardo al diritto al lavoro. Una giurisprudenza che si annuncia controversa, ma che conferma e amplia l'approccio *pro homine* che questa Corte ha tradizionalmente assunto nell'interpretare la "sua" Convenzione, con tutte le conseguenze che ciò può determinare, in termini sia di

dissensi degli Stati parti (e di parte del collegio giudicante), sia di benefici per la protezione dei diritti dell'uomo.

La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere

di Chiara Correndo

Title: The Indian Supreme Court between religious matters, communitarian conflicts and gender issues

Keywords: : India, Triple talaq, Muslim personal law.

1. – Il 22 agosto 2017 la Corte Suprema indiana ha emesso una sentenza destinata a riscrivere l'assetto del complesso sistema di *personal law* al momento vigente in India, ridisegnando gli equilibri di potere tra i vari portatori d'interesse coinvolti ed entrando a gamba tesa in un ambito in cui, sin dai tempi del colonialismo, le istituzioni statali sono restie ad intervenire. La Corte, in particolare, raggruppando cinque *writ petitions* e disponendo di una causa iniziata *suo motu*, si è pronunciata sulla costituzionalità del cosiddetto “triplo *talaq*”, forma consuetudinaria di divorzio unilaterale diffusa all'interno della comunità musulmana sunnita di rito hanafita in India.

Tale sentenza si innesta all'interno di un quadro politicamente e socialmente fragilissimo, che affonda le sue radici in un'intensa attività di codificazione del diritto hindu nei primi anni post-indipendenza, a fronte di un sostanziale rifiuto da parte del legislatore di disciplinare il diritto islamico, già parzialmente regolato dal *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1937* e dal *Dissolution of Muslim Marriages Act 1939*. La codificazione di buona parte del diritto hindu e il sostanziale mantenimento dello *status quo* per quello islamico hanno acceso nei decenni, nella comunità hindu più conservatrice e nazionalista, sentimenti di risentimento verso la minoranza musulmana, accusata di essere “oscurantista” e “anti-indiana” (F. Ahmed, *Religious Freedom Under the Personal Law System*, Oxford University Press, New Delhi, 2016, p. 7 e G. Solanki, *Adjudication in Religious Family Laws*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 14). L'adozione, a seguito del famoso caso *Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum* (1985) 3 SCR 844 (anche noto come caso *Shah Bano*), del *Muslim Women's (Protection of Rights on Divorce) Act 1986* riaccese una serie di proteste sia tra i movimenti femministi (laici e religiosi), che accusavano la comunità musulmana di aver voluto rivendicare la propria autonomia comprimendo i diritti fondamentali delle donne, sia tra la destra hindu conservatrice, che rimproverava al partito del *Congress* (promotore della legge) un'eccessiva simpatia e permissivismo nei confronti della comunità musulmana. Gli anni '90 videro non solo la rapida ascesa del partito della destra ultranazionalista hindu (BJP) al potere, ma anche un'*escalation* della tensione tra la maggioranza hindu e la minoranza musulmana e della violenza ai danni di quest'ultima. In questo quadro politico, gli esponenti del BJP si appropriarono del discorso attorno allo *Uniform Civil Code* per costruire una retorica funzionale agli obiettivi del partito: l'adozione di un codice civile uniforme diventava quindi un modo per privare la comunità musulmana della sua autonomia, identità e,

gradualmente, esistenza (Y. Sezgin, *Human Rights Under State-Enforced Religious Family Laws in Israel, Egypt and India*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 186).

La presente pronuncia si inserisce, dunque, in questo quadro polifonico e frammentato: i giudici della Corte, pur consapevoli del fatto che la maggior parte dell'opinione pubblica si aspettasse un segnale di cambiamento più forte, hanno cercato di mediare tra le diverse istanze in gioco, evitando interventi eccessivamente muscolari proprio per non alterare significativamente i rapporti già precari tra Unione, maggioranza hindu e minoranza musulmana.

2. – Shayara Bano, una donna musulmana, si è rivolta alla Corte Suprema indiana, per lamentare il ricorso da parte del marito, Rizwan Ahmad, al *talaq-e-biddat*, comunemente noto come triplo *talaq*. Questa pratica consente al marito di sciogliere irrevocabilmente il vincolo matrimoniale pronunciando, in un'unica soluzione, per tre volte di fila la parola “talaq”. La donna ha dunque chiesto che il divorzio pronunciato dal marito fosse dichiarato nullo *ex nunc* e che il triplo *talaq*, recidendo in modo improvviso, irrevocabile e unilaterale il vincolo tra i coniugi, fosse dichiarato incostituzionale poiché in violazione degli artt. 14 (*Equality before the law*), 15 (*Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth*) e 21 (*Protection of life and personal liberty*). Si è inoltre chiesto di ridefinire i confini della tutela costituzionale accordata alle confessioni religiose *ex* artt. 25.1 (*Freedom of conscience and free profession, practice and propagation of religion*), 26b (*Freedom to manage religious affairs*) e 29 (*Protection of interests of minorities*), al fine di escludere dal raggio d'azione di questi articoli il triplo *talaq*. Shayara Bano ha fatto leva sull'art. 32 della Costituzione che consente ai cittadini di rivolgersi all'organo giudiziario supremo in via originaria per lamentare violazioni di diritti fondamentali da parte dell'attività statale. Affinché, dunque, la pratica del triplo *talaq* potesse essere sottoposta allo scrutinio della Corte sulla base del suddetto articolo, gli avvocati di Shayara Bano sostennero che tale violazione fosse riscontrabile nella Sezione 2 del *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act 1937* (da qui in avanti, *Shariat Act*), la quale presumibilmente avrebbe codificato il triplo *talaq*. Questo è uno snodo argomentativo fondamentale: se, infatti, la Corte fosse stata d'accordo nell'affermare che tale Sezione incorpora nel diritto positivo statale il triplo *talaq*, allora questo (in quanto *statutory law*) sarebbe stato legittimamente sottoposto al vaglio di conformità con i diritti fondamentali contenuti nella Parte III della Costituzione. Se, invece, la Corte avesse negato tale *status* al triplo *talaq*, ci si sarebbe dovuti interrogare sull'appartenenza o meno del triplo *talaq* alla Muslim Personal Law (MPL), confermando la giurisprudenza passata della Corte che esentava i diritti personali dal vaglio costituzionale o superando questi precedenti.

3. – La pronuncia si apre con la lunga *dissenting opinion* del *Chief Justice Jagdish Singh Khehar*, nella quale ha concorso anche il giudice Nazeer. La maggioranza è stata invece costituita attraverso i voti dei giudici Nariman, Lalit e Joseph; quest'ultimo, tuttavia ha utilizzato motivazioni differenti rispetto agli altri due giudici, redigendo una sua *concurring opinion*. La diversità delle argomentazioni e le divergenze che interessano la maggioranza stessa riflettono non solo la delicatezza e complessità del tema in oggetto, ma anche l'estrema diversità nella composizione del collegio, costituito da cinque giudici provenienti da ambienti religiosi differenti.

Il *Chief Justice*, in quasi 170 pagine, presenta un resoconto dettagliato di tutti gli interventi a favore e contro le argomentazioni dei *petitioners*, tra cui merita un'attenzione particolare quello dell'Avvocato generale per l'Unione. L'argomentazione dell'AG è costruita sulla violazione dell'articolo 15.1 della Costituzione per sostenere come sia inaccettabile che uno stato moderno e laico quale l'India intenda essere non abbia tra i suoi obiettivi prioritari il perseguimento dell'uguaglianza di genere, definita come “non-negotiable” e “necessary” (par. 64 opinione giudice Khehar, sent. in commento). L'AG si appoggia a *C. Masilamani Mudaliar v. Idol of Sri Swaminathaswami Thirukoil* (1996) 8 SCC 525, argomentando come gli aspetti di diritto personale in aperta violazione delle garanzie fondamentali costituzionali debbano essere abrogati (*ibid.* con riferimento al par. 15 sent. *C. Masilamani Mudaliar*). Viene

citata dall'AG, inoltre, una consolidata giurisprudenza della Corte Suprema che conferma, tra gli obiettivi della Corte stessa, la tutela del diritto delle donne a condurre una vita dignitosa (*Vishaka v. State of Rajasthan* [1997] 6 SCC 241) e la promozione di strategie di *empowerment* che contribuiscano a scardinare strutture sociali patriarcali (*Anuj Garg v. Hotel Association of India* [2008] 3 SCC 1). In ultimo, l'Unione chiede, tramite l'AG (par. 70 sent. in commento), il definitivo superamento di un controverso precedente dell'Alta Corte di Bombay, *The State of Bombay vs. Narasu Appa Mali* AIR 1952 Bom. 84, attraverso il quale la Corte si era espressa escludendo dal raggio d'azione dell'art. 13 della Costituzione la *personal law*.

Alla luce delle note di contesto fornite nel primo paragrafo, non è difficile intuire come le argomentazioni dell'AG, in rappresentanza di un'Unione indiana sempre più modellata sulle linee politiche del suo *premier*, siano state strategicamente orientate ad enfatizzare l'aspetto della laicità. L'AG, inoltre, ha sapientemente toccato corde care al sentimento giuridico e politico indiano, sottolineando la necessità di realizzare un'India che sia democrazia non solo politica, ma anche (nelle parole di Ambedkar, citato al par. 65 sent. in commento) *sociale*, attraverso il potenziamento della condizione femminile. L'aspetto paradossale risiede nel fatto che l'unica vera menzione, in tutta la sentenza, alla necessità di promuovere l'uguaglianza delle donne, *ex art. 15* della Costituzione, venga fatta proprio dal rappresentante di un governo (o meglio, di un partito) che non si è certo distinto negli ultimi tempi per progressismo e sostegno alla causa femminile (G. Solanki, *Adjudication in Religious Family Laws*, p. 17 ss.).

Tornando, dunque, all'analisi della *dissenting opinion*, è importante sottolinearne la scarsa compattezza argomentativa e la relativa fragilità. Il *Chief Justice*, nel tentativo di giustificare l'esistenza del *talaq-e-biddat*, si rifiuta di entrare nel merito dell'interpretazione dei diversi *hadith* al fine di individuare eventualmente al loro interno i fondamenti legittimanti della pratica (par. 139 sent. in commento). Adotta, piuttosto, una linea diversa di argomentazione, sostenendo come il triplo *talaq*, praticato dai tempi del califfo Umar all'interno della comunità hanafita, sia "bad in theology, but good in law" (par. 127 sent. in commento), replicando l'adagio del giudice Batchelor in *Sarabai vs. Rabiabai* (1906) 8 Bom LR 35 proprio in riferimento al triplo *talaq*. L'affermazione del giudice inglese si fondava sulla consapevolezza che, nonostante il carattere non conforme alla *Sunna* del *talaq-e-biddat* (da *bid'a*, innovazione) contrariamente alle altre due forme di divorzio non contestate in dottrina (ossia il *talaq-e-ahsan* ed il *talaq-e-hasan*, si vedano parr. 13-14 opinione del giudice Khehar sent. in commento per una sintesi delle principali caratteristiche), tale pratica fosse largamente diffusa all'interno della comunità hanafita indiana. Il giudice Khehar, appoggiandosi su un obsoleto precedente del Privy Council (*Rashid Ahmad v. Anisa Khatun* AIR [1932] PC 25), sostiene la validità di questa forma consuetudinaria di divorzio che, largamente praticata dalla comunità da tempo immemore, deve pertanto essere considerata "integral to the religious denomination in question- Sunnis belonging to the Hanafi school" (par. 145 sent. in commento). Il giudice, senza fornire solide argomentazioni con cui sostenere il nesso logico tra "largamente praticato tra i musulmani hanafiti indiani" e "elemento fondamentale della religione", forza il meccanismo della cosiddetta *essential religious elements doctrine* (o *Essential Religious Practice test*). La *ratio* dietro a tale dottrina, creata dalla stessa Corte Suprema, è quella di individuare quali aspetti siano fondamentali per la pratica religiosa e quali, invece, siano solo superstizione e, in quanto tali, possano essere eliminati dall'intervento dello Stato senza violare la libertà religiosa garantita dall'art. 25 della Costituzione (V. R. Scotti, "The 'Essential Practice of Religion' Doctrine in India and its application in Pakistan and Malaysia", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 5, 2016, p. 1).

Il *Chief Justice* prosegue (par. 156 sent. in commento) affrontando il punto nodale segnalato nel secondo paragrafo del presente lavoro, ossia il ruolo della Sezione 2 dello *Shariat Act* nei confronti della MPL. In particolare, ritiene che tale sezione non codifichi il diritto personale, ma lo riconosca soltanto, abrogando pratiche e consuetudini ad esso contrarie nella *non obstante clause* di apertura. Non dovendo, dunque, essere conforme ai diritti fondamentali contenuti nella Parte III della Costituzione, in quanto diritto non codificato ("that being the position, Muslim 'personal law'- 'Shariat' cannot be considered as a State enactment", *ibid.*) l'unico limite che si pone alla MPL è quello stabilito dall'art. 25

stesso, ossia il rispetto di “public order, health and morality”. Senza fornire argomenti stringenti e solidi a favore del suo punto, al par. 164 conclude che tali requisiti non siano stati violati.

L'ultimo punto rilevante della *dissenting opinion* è quello sviluppato nei parr. 166 e ss., relativo al rispetto della “constitutional morality” da parte del *talaq-e-biddat*. Con *constitutional morality* la Corte fa riferimento alla necessità di considerare la carta costituzionale in modo coerente, preferendo interpretazioni organiche che ne rispettino la struttura fondamentale (*Keshavananda Bharati vs State of Kerala and Ors*, [1973] 4 SCC 225). Il *Chief Justice*, analizzando i dibattiti in sede di redazione costituzionale, ritiene che fosse intenzione dei padri costituenti elevare la *personal law* a diritto fondamentale (parr. 146 e 172 sent. in commento): in quanto tale, pertanto, non può essere dichiarata incostituzionale in nessuna delle sue parti (par. 172) né essere in violazione della *basic structure* costituzionale (par. 174). La fragilità di questa argomentazione emerge dall'acrobatico salto interpretativo fatto nel momento in cui si accorda alla *personal law* lo status di diritto fondamentale (sulla base del ragionamento per cui l'art. 25 comma 1 protegge la religione e, poiché la *personal law* fa parte della sfera religiosa, tale articolo tutela anche la *personal law*), perdendo di vista il fatto che l'art. 25, più che la religione in sé, tutela la libertà individuale di seguire e praticare una religione. Sulla base di questi punti, il giudice ritiene che la Corte in questa sede possa solo suggerire al Parlamento di esprimersi sulla questione del *talaq-e-biddat* attraverso una legge e “till such time as legislation in the matter is considered, we are satisfied in injuncting Muslim husbands from pronouncing ‘talaq-e-biddat’ as a means for severing their matrimonial relationship”. Khehar suggerisce di prevedere per tale ingiunzione una durata di sei mesi, prorogabili qualora il processo legislativo sia attivato nel corso di questi sei mesi (par. 200 sent. in commento).

4. – Il giudice Joseph sviluppa la sua *concurring opinion* sui contenuti della pronuncia *Shamim Ara v. State of UP and Another* (2002) 7 SCC 518, con la quale la Corte si pronunciò negando ogni “legal sanctity” (par. 1 *concurring opinion* del giudice Joseph, sent. in commento) all'istituto del triplo *talaq*. In quanto, dunque, giurisprudenza della Corte Suprema dotata di forza cogente *ex art. 141 Cost.*, *Shamim Ara* rappresenta diritto applicabile in India. Il giudice reitera le argomentazioni della sentenza citata, procedendo con un'interpretazione teleologica dello *Shariat Act*, corroborata dal riferimento allo *Statement of Objects and Reasons* che introduce la legge. In particolare, essa fu adottata per sfrondare il diritto musulmano da tutte quelle norme consuetudinarie discriminatorie praticate dalla comunità religiosa con riferimento alle materie elencate nella Sezione 2, per ritornare ad un'applicazione della *Šarī‘a* più fedele al dettato coranico. Il giudice sostiene, in accordo con il *Chief Justice*, che la legge non regoli il triplo *talaq* (il quale non sarebbe, dunque, sottoponibile al test di conformità con l'art. 14 della Costituzione), ma intenda esclusivamente riportare il diritto personale musulmano nell'alveo della *Šarī‘a* codificando, dunque, il rimando alla *Šarī‘a* come unica *rule of decision*, applicata su base personale nelle controversie che vedono coinvolti musulmani (par. 5 sent. in commento). Da un'analisi di alcuni versetti coranici, riportati nel paragrafo 9, il giudice Joseph deduce (par. 10) che il *talaq-e-biddat* sia contrario alle prescrizioni del testo sacro, fonte principale del diritto islamico, data la mancata previsione di spazi riconciliativi tra i coniugi prima che questo diventi definitivo (aspetto, peraltro, già emerso nella precedente pronuncia *Jiauddin Ahmed v. Anwara Begum* [1981] 1 Gau LR 358). In quanto, dunque, contrario alle prescrizioni coraniche, il triplo *talaq* non è conforme alla *Šarī‘a* e non costituisce parte del diritto personale musulmano, sulla base di quanto stabilito dallo *Shariat Act*. In questo senso, non può esservi alcuna protezione costituzionale per una pratica non conforme alla *Šarī‘a* (par. 24): Joseph reitera, quindi, le conclusioni raggiunte dalla Corte in *Shamim Ara*, chiosando con “what is bad in theology is bad in law as well” (par. 26).

5. – La sentenza termina con il giudizio scritto dal giudice Nariman con il concorso del giudice Lalit. Il giudice prende le distanze dalle argomentazioni portate avanti dagli avvocati

del *Muslim Personal Law Board*, che si appoggiano alla *non-obstante clause* introduttiva della Sezione 2 dello *Shariat Act* per sostenere come l'unico scopo della legge sia quello di depurare il diritto personale musulmano da usi e consuetudini contrari alla *Šarī'ā*, senza conferire carattere *statutory* alla stessa (par. 15 opinione del giudice Nariman, sent. in commento). Il giudice, ritenendo improprio appoggiarsi ad una *non-obstante clause* per operare un'interpretazione teleologica della legge, sostiene, invece, che lo *Shariat Act* rappresenti il meccanismo legislativo, il mezzo, attraverso il quale la *Šarī'ā* riceve applicazione nell'ordinamento indiano. In questo senso, prende le distanze anche dalle argomentazioni parzialmente scorrette del giudice Joseph che riteneva che il triplo *talaq* non fosse valutabile *ex art. 14* poiché non regolato nelle sue procedure dallo *Shariat Act*, mettendo invece l'accento sul fatto che la legge in questione sia la fonte legislativa che legittima il triplo *talaq*, rendendo *enforceable* la *Šarī'ā*. Pertanto "it is (...) clear that all forms of Talaq recognized and enforced by Muslim personal law are recognized and enforced by the 1937 Act" (par. 18 sent. in commento) il quale, quindi "would be hit by Article 13(1) if found to be inconsistent with the provisions of Part III of the Constitution, to the extent of such inconsistency" (par. 19 sent. in commento). Citando *Javed v. State of Haryana* 2003 (8) SCC 369 (par. 24 sent. in commento), il giudice sostiene come il semplice fatto che una pratica sia tollerata dal sistema religioso al cui interno essa si sviluppa non rende la stessa un elemento fondamentale della religione. A differenza del giudice Joseph, che applica l'*ERP test*, senza però sostanziare il riferimento (par. 24 opinione del giudice Joseph, sent. in commento, "on the statement that triple talaq is an integral part of the religious practice, I respectfully disagree. Merely because a practice has continued for long, that by itself cannot make it valid"), Nariman si appoggia alla quintuplice ripartizione sciaraitica delle azioni umane (che distingue gli atti in obbligatori, consigliati, liberi, sconsigliati e proibiti) per affermare che, sulla base delle fonti islamiche citate nel corso della sentenza, il *talaq-e-biddat*, non appartenendo né al primo né al secondo gruppo di azioni, si possa al massimo far rientrare nella terza categoria o, più probabilmente, nella quarta. Si configura, dunque, come una pratica verso la quale la religione è, nel migliore dei casi, indifferente se non addirittura contraria: alla luce di ciò, il triplo *talaq* non costituisce una pratica essenziale dell'Islam e, pertanto, non ha la copertura costituzionale offerta dall'art. 25.1 (par. 25 opinione giudice Nariman, sent. in commento). Si passa, dunque, all'ultimo punto dell'argomentazione sviluppata dal giudice, ossia l'applicazione della dottrina dell'arbitrarietà all'attività statale. Tale dottrina affonda le sue radici nella prima giurisprudenza dell'India indipendente in cui, nell'interpretare l'art. 14 della Costituzione, si enfatizzavano gli aspetti di *rule of law* ad esso connessi, tali per cui "if an action is found to be arbitrary and, therefore, unreasonable, it would negate the equal protection of the law contained in Article 14" (par. 33 sent. in commento). Il cuore del concetto di *rule of law* risiede, per i giudici che si pronunciarono in *S. G. Jaisinghani v. Union of India* (1967) 2 SCR 703 e che a loro volta citarono la dottrina elaborata da A. V. Dicey, nel non esercitare potere in modo arbitrario, per cui "decisions should be made by the application of known principles and rules and (...) such decisions should be predictable (...) If a decision is taken without any principle or without any rule it is unpredictable and such decision is the antithesis of a decision taken in accordance with the rule of law" (pagg. 718-719 sent. *S. G. Jaisinghani* citata al par. 33 sent. in commento). L'arbitrarietà viene, pertanto, considerata la negazione dell'uguaglianza (*E. P. Royappa v. State of T. N.* [1974] 4 SCC 3, pag. 38, citata al par. 38 sent. in commento), a cui è strettamente collegato il requisito della *reasonableness*, descritto dalla Corte come uno dei principi che devono ispirare l'azione statale in *Maneka Gandhi v. Union of India* (1978) 1 SCC 248 e *Ajay Hasia v. Khalid Mujib Sehravardi* (1981) 1 SCC 722 e criterio di valutazione della conformità della legislazione all'art. 14 (parr. 39 e 41 sent. in commento). Nonostante questo *corpus* giurisprudenziale consolidato, la Corte si esprime (in quella che Nariman, al par. 43, definisce una "discordant note") contro la dichiarazione di incostituzionalità di leggi e *subordinate legislation* sulla base del solo test di arbitrarietà in *State of A. P. v. McDowell & Co.* (1996) 3 SCC 709. Alla luce di questa incongruenza, Nariman ha definito *McDowell* una sentenza adottata *per incuriam* "not having noticed several judgements of Benches of equal or higher strength (...) the judgements following McDowell are, therefore, no longer good law" (par. 53 sent. in commento).

Nariman registra un approccio già adottato dalla Corte, che ha superato il controverso precedente di *McDowell* in alcune sentenze successive (tra cui *Malpe Vishwanath Acharya v. State of Maharashtra* [1998] 2 SCC 1 e *Mardia Chemicals Ltd. & Ors. v. Union of India & Ors.* [2004] 4 SCC 311), negando validità costituzionale ad alcune leggi, poiché considerate arbitrarie e in violazione dell'art. 14.

Il giudice procede, dunque, ad applicare i criteri di valutazione dell'arbitrarietà (in base ai quali si indaga il carattere "disproportionate, excessive or otherwise manifestly unreasonable" di una legge, par. 45 sent. in commento) al caso di specie, ai fini di valutarne la conformità o meno all'art. 14. Il triplo *talaq*, forma di divorzio irregolare e non conforme alla *Sunna* (par. 56 sent. in commento), "is manifestly arbitrary in the sense that the marital tie can be broken capriciously and whimsically by a Muslim man (...). This form of Talaq must, therefore, be held to be violative of the fundamental right contained under Article 14 of the Constitution of India" (par. 57). Sulla base di questo, la Sezione 2 dello *Shariat Act*, essendo "law in force" ex art. 13.1 Cost., viene riconosciuta come in violazione dell'art. 14 Cost. nella parte in cui permette il riconoscimento e l'applicazione del triplo *talaq* (*ibid.*).

6. – Sulla base delle diverse opinioni espresse dai giudici, con una maggioranza di 3 a 2, la pratica del *talaq-e-biddat* viene, quindi, dichiarata incostituzionale.

7. – La sentenza, pur avendo una portata storica significativa, ha sollevato diverse perplessità nei giuristi e lasciato buona parte dei movimenti femministi con quel senso di parziale insoddisfazione dato dall'essere scesi a compromessi. Le argomentazioni utilizzate dai giudici sono, in linea generale, molto prudenti. In primo luogo, non si supera definitivamente il controverso precedente di *Narasu Appa Mali*, di cui si auspica semplicemente una revisione in futuro (par. 22 opinione del giudice Nariman, sent. in commento), lasciando pertanto il dubbio sulla possibilità di valutare o meno la conformità dei diritti personali alla Costituzione. In secondo luogo, si fa nuovamente ricorso ad uno strumento, quello dell'*ERP test*, che consente ai giudici, in modo particolarmente intrusivo, un'interpretazione sostanziale del dettato religioso, senza che essi abbiano alcuna reale qualificazione soggettiva religiosa per effettuarla.

In terzo luogo, i giudici evitano esplicitamente (par. 57 opinione del giudice Nariman, sent. in commento) di addentrarsi nelle maglie di una dichiarazione di incostituzionalità sulla base dell'art. 15 (discriminazione, in questo caso, contro le donne), procedendo con una molto più blanda argomentazione costruita attorno ad arbitrarietà e *rule of law*. Alla luce di ciò, contrariamente ai toni celebrativi con cui la pronuncia è stata accolta, è possibile sostenere che *Shayara Bano* non rappresenti un nuovo tassello nella giurisprudenza femminista indiana, poiché la questione di genere è completamente in ombra e le donne sono relegate ad una posizione secondaria di vittime silenziose.

È indubbio che tale sentenza rappresenti un punto a favore per la causa femminile indiana e musulmana, tuttavia si tratta di un beneficio soltanto indiretto, attenuato dalla scarsa incisività di una sentenza che avrebbe potuto essere molto più rivoluzionaria e coraggiosa.