

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@gmail.com
Sito internet: www.dpceonline.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

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

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 Piscivano.

Redazioni territoriali

La Rivista si vale del contributo di [45 redazioni territoriali](#), incardinate in altrettanti atenei italiani.

Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten 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 Delpiazzo (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 Karagyozeva (Bulgaria), Anatoli Kovler (Russia), Cesar Landa (Perù), Juan Fernando López Aguilar (Spagna), Jorge Miranda (Portogallo), Jörg Monar (Germania), Sandra Morelli Rico (Colombia), Karlos Navarro (Nicaragua), Humberto Nogueira Alcalá (Cile), Nestor Osuna Patiño (Colombia), Otto Pfersmann (Francia), Alfredo Mordechai Rabello (Israele), Thierry Renoux (Francia), Olivo Rodríguez (Santo Domingo), Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Spagna), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Spagna), Jurij Shulzhenko (Russia), Guillaume Tusseau (Francia), Diego Valadés (Messico), Mauro Zamboni (Svezia), Jan Wawrzyniak (Polonia), Diana Woodhouse (UK).

Indice dei contributi

EDITORIALE

- Lorenzo Cuocolo**, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?* p. XI

SAGGI

- L. Busatta**, *Farmaci off-label ed equilibrio interno dei sistemi sanitari: la parola della Corte di Giustizia* p. 3
- A. Circolo**, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria* p. 19
- V. De Falco**, *Relazioni ad extra e procedimento amministrativo comune nell'esperienza spagnola. Un'affinità che non convince* p. 41
- S. De Vido**, *All that Glitters is not Gold: The Regulation of Virtual Currencies in the New EU V Anti-Money Laundering Directive* p. 59
- F. Gallarati**, *Il ruolo del Parlamento nell'attuazione del regionalismo differenziato tra Italia e Spagna* p. 77
- G. Grasso**, *Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche* p. 95
- S. Haberl**, *L'amministrazione della giustizia e l'indipendenza del giudice in Germania: origini storiche e problemi attuali* p. 109
- F. Spagnoli**, *La riforma della Costituzione cinese: un'analisi della revisione costituzionale del 2018 e dei suoi caratteri principali* p. 129

SEZIONE MONOGRAFICA I

Corruzione e anticorruzione

- G.F. Ferrari**, *Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni* p. 164
- L. Borlini**, *Not Such a Retrospective: riflessioni sull'origine, sviluppo e conseguimenti della cooperazione internazionale anticorruzione* p. 180
- M. Antonov**, *On Corruption in Russia* p. 216
- V. Brigante**, *Corruzione e Appalti Pubblici in Estremo Oriente: moduli di contrasto nella Repubblica Popolare Cinese e in Giappone* p. 225
- N.P. Carrillo Salgado**, *Corrupción y Administración Pública en México* p. 252
- A. Ciammariconi**, *Anti-corruzione e Pubblica Amministrazione nell'ordinamento portoghese* p. 270
- A. Crismani**, *I meccanismi di lotta alla corruzione in Slovenia* p. 285
- E. Cukani**, *A mali estremi, estremi rimedi: maladministration e misure anti-corruzione in Albania* p. 322
- A. De Petris**, *Corruption and Bribes in the German Public Sector. A long lasting Challenge and the Efforts to win it* p. 339

| | |
|--|--------|
| G. Fidone , <i>Il Contrasto della Corruzione in Italia: l'Obiettivo dell'Integrità nel Sistema Valoriale di Riferimento</i> | p. 359 |
| P. Heywood, R. Dobson , <i>Clean but compromised: Corruption in the UK public administration</i> | p. 414 |
| M. Mabel Ivanega , <i>Apuntes acerca de la corrupción en las contrataciones administrativas, con especial referencia a la República Argentina</i> | p. 433 |
| D. Wunder Hachem, E. Gabardo , <i>Corrupción y administración pública en brasil</i> | p. 394 |
| M. Mazza , <i>Il contrasto alla corruzione in Ungheria</i> | p. 451 |
| R. Moldovan , <i>La corruzione in Romania</i> | p. 473 |
| G. Murphy, R. Gillanders, M. Breen , <i>A question of political will: Corruption and Public Administration in Ireland</i> | p. 487 |
| J.J. Raposo Arceo , <i>La corrupción urbanística en el ámbito español: propuestas para una eventual mitigación</i> | p. 505 |
| F. Rossi , <i>Lo stretto legame tra il crimine di corruzione e inefficienza della Pubblica Amministrazione in Polonia: una questione storica ancora irrisolta</i> | p. 543 |
| C. Sartoretti , <i>Il contrasto alla corruzione "amministrativa": riflessioni sul modello francese</i> | p. 561 |
| L. Testa , <i>«Ma in America questo non si può». La lotta alla public corruption negli Stati Uniti</i> | p. 594 |

SEZIONE MONOGRAFICA II

The Canadian Constitution in Global Context: An Italian-Canadian Dialogue

| | |
|---|--------|
| D. Newman , <i>Refractive and Prismatic Analysis in Implicit Comparative Constitutional Law</i> | p. 615 |
| E. Mostacci , <i>The Canadian constitutional history and its determinants</i> | p. 625 |
| C. Fasone , <i>Canada as an "importer" and as an "exporter" of federal arrangements: A view from Europe</i> | p. 643 |
| S. Penasa , <i>The Canadian Form of Government: Reconciling Parliamentary Sovereignty and Executive Dominance under a System of Constitutional Supremacy</i> | p. 673 |
| R. Louvin , <i>The Relations between Canada and Quebec: An Appraisal</i> | p. 695 |
| E. Ceccherini , <i>The Judicial Power in Canada: The Mirror of a Pluralistic Society</i> | p. 705 |
| G.F. Ferrari , <i>Canadian Rights: A jurisprudential Canadian "Style"?</i> | p. 727 |
| A. Vedaschi, C. Graziani , <i>National security and counter-terrorism in Canada: Past, present and future</i> | p. 749 |
| M. Mazza , <i>Linguistic Rights of Minorities and Indigenous Communities</i> | p. 775 |
| N. Palazzo , <i>Judicial review of discriminatory laws in Canada</i> | p. 791 |

NOTE E COMMENTI

| | |
|---|--------|
| A. Caprotti , <i>La nozione di diritto d'accesso all'istruzione alla luce delle considerazioni della Corte di Giustizia</i> | p. 831 |
| A. Correrà , <i>La violazione dei diritti fondamentali nel «quadro costituzionale» europeo</i> | p. 839 |
| F. De Bari , <i>L'azione esterna dell'Unione nel contesto del Trattato sull'Antartide: individuazione delle competenze e compatibilità con il diritto internazionale</i> | p. 845 |
| N. Fuccaro , <i>L'inammissibile precariato "a vita" dei lavoratori delle fondazioni lirico-sinfoniche: la normativa italiana viola il diritto dell'Ue</i> | p. 853 |
| F. Gallarati , <i>Il monopolio ungherese dei servizi di pagamento mobile all'esame della Corte di Giustizia: un "doppio bilanciamento" tra SIEG e libera prestazione dei servizi</i> | p. 863 |
| G. Mannocci , <i>L'impugnabilità del bando di gara da parte dell'operatore terzo: il positivo dialogo tra la Corte di Giustizia, la Corte Costituzionale e il Consiglio di Stato</i> | p. 871 |
| C. Ottonello , <i>Il disciplinare IGP sull'affettatura ed il confezionamento del prodotto alimentare nella zona di produzione</i> | p. 877 |

| | |
|---|--------|
| J. Paffarini , <i>I diritti della difesa e il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva delle persone soggette a provvedimenti di congelamento. La Corte di Giustizia ritorna sui limiti alla discrezionalità del Consiglio nella cooperazione con i paesi terzi</i> | p. 881 |
| B. Profumo , <i>La risoluzione del Banco Espírito Santo: aiuti di Stato nel settore bancario ed interesse ad agire degli azionisti</i> | p. 889 |
| C. Regali Costa DAmara , <i>La Convenzione di Aarhus e la tutela indiretta dell'ambiente: il dovere di garantire una procedura di ricorso non eccessivamente onerosa</i> | p. 893 |
| A. Tranfo , <i>“Gli esami non finiscono mai”: l'esame di integrazione civica presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno autonomo dal ricongiungimento familiare</i> | p. 905 |
| M.C. Locchi , <i>La minoranza musulmana di Tracia tra protezione dell'identità religiosa, divieto di discriminazioni e diritto all'auto-determinazione</i> | p. 909 |
| C. Cardinali , <i>The existing link between sexual violence and torture: some considerations on the “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. Mexico” judgment</i> | p. 921 |
| P.A. Roa Sánchez , <i>El derecho a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿progreso o exceso?</i> | p. 931 |

CRONACHE DAL MONDO

| | |
|---|--------|
| D. Bacis , <i>Esistono cittadini “di seconda classe”? Spunti di riflessione in chiave comparata a margine del d.l. n. 113/2018</i> | p. 935 |
|---|--------|

Contents

EDITORIAL

- Lorenzo Cuocolo**, *La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?* p. XI

ARTICLES

- L. Busatta**, *Off-label drugs and economic sustainability of healthcare systems: the point of view of the Court of Justice of the EU* p. 3
- A. Circolo**, *The compliance with the founding values of the Union and the activation of the monitoring mechanism in the light of the recent Polish and Hungarian affairs* p. 19
- V. De Falco**, *The relationships ad extra and the common procedure Act. A destabilizing connection in Spanish administrative law* p. 41
- S. De Vido**, *All that Glitters is not Gold: The Regulation of Virtual Currencies in the New EU V Anti-Money Laundering Directive* p. 59
- F. Gallarati**, *The role of Parliament in the implementation of asymmetric regionalism in Italy and Spain* p. 77
- G. Grasso**, *From Berna to Budapest: Notes on (partial and total) constitutional amendments and the endurance of the political unity and unity of meaning of democratic constitutions* p. 95
- S. Haberl**, *The administration of the judiciary and judicial independence in Germany: historical roots and current issues* p. 109
- F. Spagnoli**, *The revision of the Chinese Constitution: an analysis of the 2018 constitutional amendment and its major features* p. 129

MONGRAPHIC SECTION I

Corruzione e anticorruzione

- G.F. Ferrari**, *Corruption and anti-corruption; general features and commonplaces* p. 164
- L. Borlini**, *Not such a Retrospective: Reflections on the Origins, Evolution and Outcome of the International Anti-Corruption Cooperation* p. 180
- M. Antonov**, *On Corruption in Russia* p. 216
- V. Brigante**, *Corruption and Public Procurement in the Far East: law enforcement techniques in the People's Republic of China and in Japan* p. 225
- N.P. Carrillo Salgado**, *Corruption and Public Administration in Mexico* p. 252
- A. Ciammariconi**, *Anti-corruption and Public Administration in the Portuguese Legal System* p. 270
- A. Crismani**, *The mechanisms of fighting corruption in Slovenia* p. 285
- E. Cukani**, *To extreme ills, extreme remedies: maladministration and anti-corruption measures in Albania* p. 322
- A. De Petris**, *Corruption and Bribes in the German Public Sector. A long lasting Challenge and the Efforts to win it* p. 339
- G. Fidone**, *The Fight to Corruption in Italy: the Objective of Integrity in the Relevant System of Values* p. 359
- P. Heywood, R. Dobson**, *Clean but compromised: Corruption in the UK public administration* p. 414

| | |
|--|--------|
| M. Mabel Ivanega , <i>Apuntes acerca de la corrupción en las contrataciones administrativas, con especial referencia a la República Argentina</i> | p. 433 |
| D. Wunder Hachem, E. Gabardo , <i>Corruption and public administration in Brazil</i> | p. 394 |
| M. Mazza , <i>The fight against corruption in Hungary</i> | p. 451 |
| R. Moldovan , <i>The corruption in Romania</i> | p. 473 |
| G. Murphy, R. Gillanders, M. Breen , <i>A question of political will: Corruption and Public Administration in Ireland</i> | p. 487 |
| J.J. Raposo Arceo , <i>Urban corruption in the Spanish context: proposals for an eventual mitigation</i> | p. 505 |
| F. Rossi , <i>The close link between the corruption crime and the inefficiency of the Public Administration in Poland: a long-standing issue to be resolved</i> | p. 543 |
| C. Sartoretti , <i>The fight to “administrative” corruption: thoughts on the French model</i> | p. 561 |
| L. Testa , « <i>Ma in America questo non si può</i> ». <i>Fight against corruption in U.S.</i> | p. 594 |

MONGRAPHIC SECTION II

The Canadian Constitution in Global Context: An Italian-Canadian Dialogue

| | |
|---|--------|
| D. Newman , <i>Refractive and Prismatic Analysis in Implicit Comparative Constitutional Law</i> | p. 615 |
| E. Mostacci , <i>The Canadian constitutional history and its determinants</i> | p. 625 |
| C. Fasone , <i>Canada as an “importer” and as an “exporter” of federal arrangements: A view from Europe</i> | p. 643 |
| S. Penasa , <i>The Canadian Form of Government: Reconciling Parliamentary Sovereignty and Executive Dominance under a System of Constitutional Supremacy</i> | p. 673 |
| R. Louvin , <i>The Relations between Canada and Quebec: An Appraisal</i> | p. 695 |
| E. Ceccherini , <i>The Judicial Power in Canada: The Mirror of a Pluralistic Society</i> | p. 705 |
| G.F. Ferrari , <i>Canadian Rights: A jurisprudential Canadian “Style”?</i> | p. 727 |
| A. Vedacshi, C. Graziani , <i>National security and counter-terrorism in Canada: Past, present and future</i> | p. 749 |
| M. Mazza , <i>Linguistic Rights of Minorities and Indigenous Communities</i> | p. 775 |
| N. Palazzo , <i>Judicial review of discriminatory laws in Canada</i> | p. 791 |

NOTS AND COMMENTS

| | |
|--|--------|
| A. Caprotti , <i>The concept of right of access to education in line with the observations of the Court of Justice</i> | p. 831 |
| A. Correrá , <i>The violation of fundamental rights in the European “constitutional framework”</i> | p. 839 |
| F. De Bari , <i>The EU external action with regard to the Antarctic Treaty: issues of competence and compliance with international law</i> | p. 845 |
| N. Fuccaro , <i>The unacceptable lifelong precarious employment of workers in the operatic and orchestral foundations sector: the Italian legislation violates the EU law</i> | p. 853 |
| F. Gallarati , <i>The Hungarian monopoly of mobile payment services before the Court of Justice: a “double balance” between SGEIs and freedom to provide services</i> | p. 863 |
| G. Mannocci , <i>The contestability of the tender by the third-party operator: the positive dialogue between the Court of Justice, the Constitutional Court and the Council of State</i> | p. 871 |
| C. Ottonello , <i>Product specification IGP on the packaging in the area of production</i> | p. 877 |
| J. Paffarini , <i>The rights of the defence and the right to an effective remedy of the persons subject to asset freeze measures. The Court of Justice once again addresses the limits to the discretion of the Council on the cooperation with third countries</i> | p. 881 |
| B. Profumo , <i>The resolution of Banco Espírito Santo: State aid in banking sector and interest in bringing proceedings of shareholders</i> | p. 889 |
| C. Regali Costa DAmara , <i>The Aarhus Convention and the indirect environmental protection: the duty to provide a review procedure not prohibitively expensive</i> | p. 893 |

| | |
|---|--------|
| A. Tranfo , <i>“You can never say you have taken your last exam”: civic integration examination requested for the autonomous residence permit</i> | p. 905 |
| M.C. Locchi , <i>The Muslim minority of Thrace between protection of religious identity, prohibition of discrimination and the right to self-determination</i> | p. 909 |
| C. Cardinali , <i>The existing link between sexual violence and torture: some considerations on the “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. Mexico” judgment</i> | p. 921 |
| P.A. Roa Sánchez , <i>The right to health in the Inter-American Court of Human Rights: Progress or excess?</i> | p. 931 |

CHRONICICLES

| | |
|--|--------|
| D. Bacis , <i>Is there a “second class” citizenship? Some thoughts on the d.l. n. 113/2018 from a comparative perspective</i> | p. 935 |
|--|--------|

La nuova Costituzione cubana: gattopardismo o evoluzione?

di Lorenzo Cuocolo

1. *La riforma costituzionale del 2019: ragioni e prospettive* – Con la riforma del 2019, Cuba si appresta ad avere la sua quinta Costituzione, dopo quelle del 1869, 1901, del 1940 e del 1976. A ben centocinquanta anni dalla prima Costituzione “mambisa” di Guáimaro, arriva un nuovo testo, che modifica oltre il novanta per cento degli articoli della Costituzione finora vigente. La riforma, cioè, sostituisce la Costituzione comunista del 1976, già modificata sensibilmente nel 1992 e nel 2002. Si trattava della Carta fondamentale voluta da Fidel Castro, redatta allora da una Commissione scelta dal Líder Máximo e presieduta da Blas Roca. L’ispirazione di allora era la Costituzione sovietica, ed i correlati principi marxisti-leninisti.

Già ad una lettura superficiale del nuovo testo costituzionale si comprende come i principi di fondo dello Stato cubano non vengano messi in discussione. Anzi, il Preambolo ha cura di precisare che il popolo cubano è guidato “por lo más avanzado del pensamiento revolucionario, antiimperialista y marxista cubano, latinoamericano y universal, en particular por el ideario y ejemplo de Martí y Fidel y las ideas de emancipación social de Marx, Engels y Lenin”. Nulla cambia, dunque, fatta salva l’aggiunta di Fidel Castro fra i numi tutelari della visione cubana dello Stato e della società.

Si può dunque dire che la riforma non rappresenti una “rottura costituzionale” nell’ordinamento cubano, confermando i principi socialisti. Questi, con la Disposición especial introdotta nel 2002, sono stati dichiarati irrevocabili (in quanto “digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de Estados Unidos”).

Tale impostazione trova una più dettagliata declinazione nel testo costituzionale, dove è possibile ritrovare alcuni dei caratteri tipicamente socialisti che già caratterizzavano la Costituzione del 1976. All’art. 5, in particolare, si afferma che “El Partido Comunista de Cuba, único, martiano, fidelista, marxista y leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, sustentado en su carácter democrático y la permanente vinculación con el pueblo, es la fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado”. La

formulazione è sostanzialmente identica a quella della Costituzione precedente, compresa la successiva specificazione che il Partito comunista deve organizzare e orientare gli sforzi comuni “en la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista”.

L’esplicita tensione verso la società comunista, in verità, non era presente nel testo base sottoposto a consultazione popolare. Si parlava solo di socialismo, uguaglianza e sostenibilità, con una sorta di “rebranding” che, evidentemente, non ha convinto. Il riferimento al comunismo, dunque, è stata reintrodotta nel testo approvato in via definitiva, eliminando ogni dubbio sull’impostazione ideologica dello Stato cubano.

Ciò ha trovato conferme nelle dichiarazioni dei massimi leader cubani, a cominciare dal Presidente dell’Assemblea nazionale, che ha confermato il cammino verso il comunismo dell’ordinamento cubano ed ha conseguentemente escluso qualsiasi possibile apertura al capitalismo. La riforma, dunque, serve a ratificare le conclusioni della VI e VII Conferenza del Partito comunista e rappresenta un’evoluzione in continuità del sistema istituzionale.

Il Partito comunista cubano, dunque, è ancora una volta concepito come partito unico e avanguardia delle masse. Come nella tradizione delle Costituzioni socialiste, viene mantenuta una volontaria ambiguità tra il ruolo del partito ed il ruolo dello Stato. Ciò, tuttavia, non impedisce di ritenere che l’elaborazione del Partito debba prevalere sull’organizzazione statale e che, pertanto, il Partito non possa essere limitato nemmeno dalle previsioni costituzionali.

In via di prima approssimazione, dunque, la nuova Costituzione cubana mantiene le caratteristiche tipiche del modello socialista e il nuovo ordinamento che disegna non è garantito da un doppio livello di legalità, che consenta alle previsioni costituzionali di prevalere sulla volontà elaborata dal Partito unico ed espressa con leggi ordinarie.

Il nuovo ordinamento disegnato dalla Costituzione del 2019 è dunque ancora improntato ad un forte positivismo giuridico, nel senso che le previsioni costituzionali non hanno una reale coerenza se non nei limiti in cui sono attuate e sviluppate dalle leggi. La mancanza di un Tribunale costituzionale e il dominio del Partito comunista sugli organi costituzionali (a cominciare dall’Assemblea nazionale), impediscono di leggere la nuova Costituzione cubana secondo i canoni del costituzionalismo liberale.

Alcuni commentatori hanno perciò parlato di un “gattopardismo costituzionale”, dal momento che il massiccio intervento di riforma non avrebbe, di fatto, modificato nulla. Come si vedrà nel seguito, è probabilmente più corretto parlare di una evoluzione in continuità. Se, infatti, è ben vero (ed anzi è orgogliosamente dichiarato) che i principi ispiratori della nuova Costituzione restano quelli “rivoluzionari” della Costituzione precedente, non si può negare che – all’interno di questa specifica impostazione socialista, dalla quale non si può ovviamente prescindere nel corso dell’analisi – il nuovo testo

apporti significative modifiche, sia sotto il profilo della forma di governo, sia sotto il profilo della visione economica, sia sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali.

2. *Il procedimento di revisione: una riforma partecipata* – Prima di entrare nel dettaglio delle novità sostanziali contenute nel nuovo testo costituzionale, è bene soffermarsi sul procedimento di revisione. Quanto previsto dall'art. 137 della vecchia Costituzione è stato seguito solo in parte. La norma sulla revisione costituzionale, infatti, prevedeva che le riforme più importanti necessitassero di una votazione a maggioranza dei due terzi dell'Assemblea nazionale, seguita da un referendum di ratifica. Come si vedrà, il percorso che ha portato all'adozione della nuova Costituzione ha altresì previsto una previa elaborazione del progetto da parte di una apposita Commissione e una complessa fase di consultazione popolare, entrambe non previste dalla procedura di revisione.

Il procedimento di revisione ha visto come punto di partenza l'elaborazione di un testo base ad opera di una Commissione di trentatré persone non elette, guidate da Raúl Castro. La Commissione di riforma, a partire dal 2013, ha lavorato a porte chiuse e questo ha suscitato critiche da parte di alcuni osservatori, che hanno stigmatizzato la scarsa democraticità alla radice del percorso di riforma.

Il testo base è stato sottoposto all'Assemblea nazionale del potere popolare, che lo ha approvato all'unanimità il 22 luglio 2018. È stata quindi messa a punto una innovativa procedura di consultazione popolare, una sorta di "débat public", che ha coinvolto l'intera Isla Grande. Le fonti ufficiali parlano di oltre centoventimila dibattiti pubblici tra i cittadini cubani, svolti presso scuole, teatri ed altri luoghi di aggregazione, volti ad elaborare possibili emendamenti al testo base.

Le proposte di emendamento – ovviamente non vincolanti – sono state esaminate dall'Assemblea nazionale che, nel dicembre 2018, ha approvato il testo definitivo, poi sottoposto a referendum popolare, che si è svolto il 24 febbraio 2019.

La partecipazione al voto è stata massiccia, ma non quanto era lecito aspettarsi, secondo la tradizione cubana. Oltre settecentomila cubani, infatti, hanno disertato le urne. I voti a favore del nuovo testo costituzionale sono stati attorno all'85%, con una buona percentuale di voti contrari (circa il 9%) e di astenuti. Da quanto emerge dalle cronache cubane, il voto contrario sarebbe ascrivibile soprattutto ai giovani delle grandi città, che più degli altri subiscono l'influenza del mondo occidentale. Per rendersi conto del significato del voto, basti ricordare che la Costituzione precedente era stata approvata dal 98% della popolazione.

Tornando alla procedura di consultazione, si può dire che essa rappresenti comunque un'importante innovazione nel tentativo di stabilire un maggiore coinvolgimento nei procedimenti decisionali. L'alta partecipazione ai

dibattiti sul territorio conferma il gradimento del popolo cubano per il metodo seguito. Si deve poi aggiungere che la possibilità di proporre emendamenti è stata estesa anche ai cubani espatriati (ma non anche il voto referendario).

Quanto agli effetti della consultazione, solo alcuni emendamenti sono stati accolti nel testo finale. Quello più discusso, sul quale si tornerà in seguito, ha riguardato l'attenuazione della previsione di matrimonio same-sex, in origine previsto come concreta possibilità per i cubani. Parimenti importante è stata la reintroduzione di un espresso riferimento alla società comunista, che – come già detto – non era più prevista nel testo base (a differenza della Costituzione del 1976).

Vi sono, poi, alcuni emendamenti che non sono stati accolti nel testo finale. Quello più rilevante riguardava l'elezione diretta del Presidente della Repubblica. Il testo finale ha previsto invece l'elezione di secondo grado da parte dell'Assemblea nazionale, confermando così quanto già disposto dal testo base sottoposto a consultazione.

In conclusione, il procedimento di consultazione popolare merita di essere segnalato come una significativa innovazione, avendo favorito un dibattito pubblico che – sicuramente – ha dato la sensazione di una adozione partecipata del nuovo testo costituzionale. E qualche effetto concreto si è prodotto. Tuttavia, la mancanza di qualsiasi vincolo per l'Assemblea nazionale di approvare gli emendamenti proposti ha lasciato la responsabilità ultima del testo adottato sull'organo legislativo, strettamente dipendente dalla volontà del Partito comunista cubano.

3. *L'esplosione della forma di governo* – La Costituzione del 1976 era largamente incentrata sulla figura del Consiglio di Stato, il cui presidente era, al tempo stesso, capo dello Stato e del Governo, oltre che Comandante delle forze armate.

La forma di governo era dunque quella classica degli ordinamenti socialisti, dove l'Assemblea popolare provvedeva ad eleggere un Presidium, teoricamente revocabile dalla medesima Assemblea.

Questo impianto era del tutto calzante con il regime cubano, dove la figura di Fidel Castro ha per decenni guidato la vita politica e istituzionale, assommando sia la carica di Presidente del consiglio di Stato, sia quella di primo segretario del Partito comunista cubano. La scomparsa del Líder Máximo, tuttavia, ha indotto il fratello Raúl e gli attuali dirigenti del Partito ad optare per una soluzione “esplosa”, ponendo così fine, almeno sotto il profilo formale, alla concentrazione di tutto il potere esecutivo in capo ad una sola persona.

La nuova Costituzione, infatti, introduce sia la figura del Presidente del Consiglio dei Ministri, sia la figura del Presidente della Repubblica, che affiancano il Presidente del Consiglio di Stato.

Più in dettaglio, l'art. 107 del nuovo testo prevede che l'Assemblea nazionale elegga, fra i propri deputati, il Consiglio di Stato. Questo è presieduto dal Presidente dell'Assemblea nazionale stessa (art. 121).

Il Consiglio di Stato è responsabile davanti all'Assemblea nazionale e può essere da questa revocato. Non possono farne parte i componenti del Consiglio dei Ministri. Svolge le principali funzioni dell'Assemblea nazionale – e segnatamente quelle legislative – nei periodi intercorrenti tra una sessione e l'altra di quest'ultima. Nonostante la formale responsabilità del Consiglio di Stato davanti all'Assemblea, nei fatti sarà il primo a condizionare l'attività della seconda, potendo di fatto disporre dell'ordine del giorno dei lavori parlamentari.

Come già accennato, la nuova Costituzione introduce la figura del Presidente della Repubblica, che è formalmente indicato come “Jefe del Estado” (art. 125). Si tratta dell'organo monocratico più rilevante, dotato di funzioni esecutive e, soprattutto, Comandante delle forze armate e responsabile della sicurezza nazionale (art. 128).

Anche il Presidente della Repubblica è eletto dall'Assemblea nazionale fra i suoi deputati, per un mandato di cinque anni. È importante notare come la nuova Costituzione fissi due limiti ai mandati presidenziali: anzitutto non possono essere svolti più di due mandati consecutivi (art. 126, c. 3); inoltre, al momento dell'elezione, il Presidente non può avere più di sessant'anni (art. 127, c. 2).

Fra i compiti del Presidente spicca quello di presentare all'Assemblea nazionale i nominativi del Presidente del Consiglio dei Ministri e degli altri Ministri. Il Consiglio dei ministri, dunque, è anch'esso designato dall'Assemblea nazionale (anche se, almeno in questo caso, i nominativi non devono essere scelti fra i deputati, fatta eccezione per il Presidente del Consiglio) e ad essa rende conto. L'art. 133 lo definisce massimo organo esecutivo e amministrativo della Repubblica, anche se una lettura congiunta dei poteri attribuiti al Presidente della Repubblica e al Consiglio dei ministri lascia immaginare che il vero leader del potere esecutivo sarà il primo, con una prevedibile torsione presidenziale della forma di governo ed una conseguente potenziale frizione tra la figura del Presidente della Repubblica e quella del Presidente del Consiglio di Stato.

Il rischio di scontri istituzionali, difficilmente risolvibili, trova conferma in due previsioni costituzionali che, da un lato, consentono al Consiglio di Stato di sospendere i decreti presidenziali ritenuti in contrasto con la Costituzione o con le leggi (art. 122, lett. h); dall'altro, consentono al Presidente della Repubblica di proporre la sospensione degli atti del Consiglio di Stato (e di altri organi) che siano contrari alla Costituzione, alle leggi, o agli interessi generali del Paese (art. 128, lett. n). Seppure la seconda previsione sia più sfumata, non attribuendo il potere di sospensione direttamente in capo al Presidente della Repubblica, si deve ritenere che questo sistema di controlli

incrociati (teoricamente supplente dell'assenza di un controllo di costituzionalità) possa generare crisi di sistema.

Il nuovo assetto, dunque, prevede una moltiplicazione degli organi costituzionali che, per l'effetto, è destinata a produrre una certa distinzione tra potere legislativo ed esecutivo. Sarebbe eccessivo ragionare di una vera e propria separazione dei poteri, che è estranea alla concezione socialista della forma di governo. In effetti, il fulcro rimane l'Assemblea nazionale, composta da deputati eletti nelle liste del partito unico. Certo è, però, che la personalità dei diversi soggetti che saranno chiamati a ricoprire le cariche di Presidente del Consiglio di Stato, Presidente della Repubblica e Presidente del Consiglio dei ministri potranno, nei fatti, accentuare una distinzione tra organi che potrà ingenerare anche una più marcata distinzione tra funzioni.

Ciò trova una parziale conferma nell'art. 121 della nuova Costituzione, a tenore del quale i membri del Consiglio dei ministri non possono essere membri del Consiglio di Stato, confermando dunque l'idea di una distinzione non solo formale tra l'organo di vertice del legislativo e l'organo titolare del potere esecutivo. Questa previsione è tuttavia attenuata da quelle di segno contrario che prevedono l'obbligo di scegliere tanto il Presidente della Repubblica (art. 126), quanto il Presidente del Consiglio (art. 143), tra i deputati dell'Assemblea nazionale.

In questo inedito quadro "pluralista" non è da scordare un elemento centrale: il ruolo, cioè, che sarà chiamato a giocare il Partito comunista cubano, definito dall'art. 5 della Costituzione come superiore forza dirigente dello Stato. Non è da escludere, pertanto, che il frazionamento del potere istituzionale, soprattutto nell'ipotesi di figure di vertice di scarsa personalità, possa produrre come effetto ultimo il rafforzamento ulteriore del potere esercitato dal partito unico, il cui primo segretario rimane Raúl Castro.

4. *La Costituzione economica* – Uno dei criteri di valutazione della nuova Costituzione cubana non può che riguardare la dimensione economica. Se, infatti, è piuttosto scontata la conferma dell'impostazione socialista dello Stato, non altrettanto può dirsi per la Costituzione economica, considerando il grave periodo di crisi e la tenaglia che soffoca l'economia cubana, rappresentata, da un lato, dal tracollo dell'economia venezuelana, partner privilegiato di Cuba; dall'altro lato, dall'inasprimento delle sanzioni imposte dall'amministrazione Trump.

Come si vedrà, tuttavia, il nuovo testo costituzionale sembra contenere solo timide aperture verso il mercato, ancora troppo deboli per poter parlare del passaggio da un'economia socialista ad un'economia mista.

L'aspetto che, comprensibilmente, ha suscitato maggiore scalpore riguarda il riconoscimento costituzionale della proprietà privata. Mentre, infatti, la Costituzione del 1976 riconosceva il principio della "propiedad estatal socialista" (artt. 14 e 15) quale fondamento del sistema economico, lasciando margini assai risicati (e fortemente condizionati dalla legge

ordinaria) alla “propriedad personal”, la nuova Costituzione distingue tra proprietà “personale” e proprietà “privata”, definendo quest’ultima come la proprietà esercitata da persone fisiche o giuridiche sopra determinati mezzi di produzione (art. 22, lett. d). È anche interessante notare come la proprietà privata sia espressamente riconosciuta sia ai cittadini cubani sia agli stranieri, nell’evidente tentativo di favorire gli investimenti stranieri sull’isola.

Al di là dell’indubbio rilievo simbolico del debutto nella Costituzione cubana della proprietà privata, gli effetti pratici della riforma sono meno dirompenti di quanto possa apparire a prima lettura.

La Costituzione, infatti, non fa che ratificare una situazione già esistente nell’isola, oggetto di riforme legislative volute da Raúl Castro a partire dal 2010, tanto che si stima che oltre un milione di cubani ormai lavori nel settore privato (i cd. cuentapropistas).

Dall’altro lato, anche la nuova disciplina costituzionale, che pure assegna la medesima “dignità” a tutte le forme di proprietà, rimette alla legge la disciplina concreta della proprietà privata, aprendo così ad una possibile neutralizzazione della riforma costituzionale.

Un altro aspetto di grande rilievo riguarda l’ammissione, contenuta nell’art. 28 della nuova Costituzione, che gli investimenti stranieri rappresentano un “elemento importante para el desarrollo económico del país”. In virtù di ciò, tali investimenti sono favoriti e garantiti dallo Stato. La previsione, che rappresenta senz’altro un’innovazione rispetto al testo del 1976 (che nulla diceva in merito), è – a ben vedere – la ratifica a livello costituzionale di un’impostazione di politica economica già in fase di attuazione nel Paese, quantomeno a partire dalla legge del 2014, volta ad aumentare la sicurezza degli investimenti stranieri. Negli ultimi anni Cuba ha sperimentato diverse forme di attrazione di capitali esteri, come ad esempio la zona speciale di Mariel, che consente proprietà estere al 100%.

L’innalzamento del principio a livello costituzionale è la conferma che il governo cubano, pur nel formale rispetto dei principi socialisti, deve necessariamente favorire l’ingresso di capitali stranieri, per temperare gli effetti della crisi economica che stringe l’isola. La previsione costituzionale, tuttavia, ben poco potrà di fronte all’inasprimento delle restrizioni imposte dall’amministrazione americana.

Volendo dunque chiedersi se la nuova Costituzione cubana segni il passaggio da un sistema economico socialista ad un sistema economico misto, la risposta deve essere tendenzialmente negativa.

Sotto il profilo formale, infatti, si rinvencono numerose disposizioni che confermano l’impostazione socialista. È il caso dell’art. 18, che qualifica espressamente il sistema cubano come “de economía socialista”. Viene poi postulato il controllo del mercato in funzione degli interessi sociali, nonché il principio di pianificazione, quale elemento centrale dello sviluppo economico e sociale. In questo quadro, “la empresa socialista” è identificata quale soggetto principale dell’economia nazionale (art. 27).

Sotto il profilo sostanziale, poi, non vi sono garanzie per il libero mercato, né significativi riconoscimenti (fatti salvi quelli, già richiamati, sulla proprietà privata e sugli investimenti stranieri).

La potenziale evoluzione verso un'economia mista, dunque, è rimessa ai fatti e alle disposizioni speciali adottate dagli organi di governo, a conferma della limitata normatività di una Costituzione di impronta socialista.

5. *Le novità in tema di diritti* – Prima di affrontare le singole novità introdotte nella Costituzione cubana in tema di diritti e libertà è opportuno sottolineare come l'impianto di fondo non muti rispetto alla Costituzione del 1976. Da un lato, dunque, viene confermata la funzionalizzazione dei diritti individuali rispetto al perseguimento degli obiettivi dello Stato, sancita anche dalla previsione dell'art. 45, secondo la quale i diritti individuali possono essere limitati dalla sicurezza collettiva e dal benessere generale, nonché dal rispetto delle leggi. Dall'altro lato, mancano le tecniche di garanzia del costituzionalismo liberale: sia il doppio livello di legalità, sia l'indipendenza della magistratura.

Soffermandosi anzitutto su quest'ultimo aspetto, l'art. 149 della Costituzione conferma il principio elettivo dei magistrati e, in particolare, dispone che i giudici dei tribunali supremi siano eletti dall'Assemblea nazionale o dal Consiglio di Stato. Nonostante un timido riferimento all'indipendenza funzionale dei tribunali (art. 148), la derivazione dei giudici dalla scelta degli organi di governo rischia di svuotare di significato le numerose prescrizioni a garanzia dei diritti dei singoli.

E così, dunque, il diritto al giusto processo (art. 94), come la presunzione di innocenza (art. 95, lett. c), come il principio del giudice naturale (art. 95, lett. g) sono importanti riconoscimenti privi però di garanzie concrete.

La valutazione non cambia nemmeno di fronte al riconoscimento dell'*habeas corpus* (art. 96), che è stato salutato come una grande innovazione della Costituzione del 2019. In mancanza di una separazione tra i poteri, infatti, la riserva di giurisdizione contenuta nella disposizione in questione è sostanzialmente priva di effetti.

Simili conclusioni valgono anche per la previsione, introdotta dall'art. 95, lett. b), del diritto ad essere difesi da un avvocato. L'ordinamento cubano, infatti, prevede che gli avvocati debbano necessariamente appartenere ad un Ordine istituito dalle autorità. E molte organizzazioni internazionali, a cominciare da Amnesty International, hanno segnalato la dipendenza dell'Ordine dal Governo ed il conseguente rischio di un esercizio non imparziale della difesa dei cittadini in giudizio.

Passando alle previsioni sostanziali, la nuova Costituzione conferma l'impostazione tipicamente socialista, che vede un catalogo dei diritti molto ampio, comprendente sia diritti di libertà, sia diritti sociali. L'effettività di quasi tutte le previsioni costituzionali è rinviata all'attuazione legislativa. Vale,

tuttavia, una parziale eccezione per due dei diritti che tradizionalmente caratterizzano l'ordinamento cubano: la salute e l'istruzione.

Quanto alla tutela della salute (art. 72), la Costituzione fonda la responsabilità dello Stato di garantire un sistema universalistico, gratuito e liberamente accessibile. A tal fine è previsto che sia istituito un sistema sanitario per tutti i livelli di tutela. Quanto, invece, al diritto all'istruzione (art. 73), la Costituzione precisa che lo Stato deve garantire (e, dunque, istituire) un servizio di educazione scolastica gratuito, dalla prima infanzia all'alta formazione universitaria.

Con riferimento ai diritti individuali di libertà, merita di essere segnalata la parziale contraddizione in tema di libertà di manifestazione del pensiero e libertà di informazione. Se, infatti, l'art. 54 riconosce la libertà di pensiero, coscienza ed espressione, l'art. 55 prevede che la libertà di stampa si eserciti in conformità con la legge e con i fini della società. E, inoltre, che i principali mezzi di comunicazione siano esclusivamente di proprietà socialista. È di tutta evidenza come l'assetto concreto del sistema di informazione renda di fatto largamente incompiuta la promessa di libertà affermata dalla Costituzione.

Soffermandosi sui diritti di libertà collettivi, l'art. 56 della nuova Costituzione sottopone alle medesime, stringenti limitazioni tanto la libertà di riunione, quanto quella di manifestazione, e quella di associazione. Viene infatti disposto che tali diritti siano garantiti solo se conformi alle prospettive previste dalla legge. Anche questa è una chiara funzionalizzazione delle libertà individuali agli obiettivi del socialismo e, ancora una volta, il rinvio alla legge svuota di contenuto prescrittivo la disposizione costituzionale.

L'esempio più chiaro di diritto funzionalizzato, tuttavia, è forse quello disciplinato dall'art. 79, riferito all'espressione culturale ed artistica. Se, infatti, si afferma che tutte le persone hanno diritto di partecipare alla vita culturale e artistica, viene poi precisato che lo Stato promuove la cultura in conformità con la politica culturale e le previsioni di legge, lasciando così una porta aperta a forme di censura e controllo sull'espressione artistica.

L'ultima novità che merita di essere richiamata riguarda la disciplina del matrimonio. Il testo finale, in realtà, non è così dirompente come era il testo base. Su pressione di Mariela Castro, figlia di Raúl Castro, presidente del Centro Nazionale di Educazione Sessuale di Cuba e attivista per i diritti LGBT, era stata introdotta una disposizione che riconosceva il matrimonio come unione fra due persone (art. 68). La previsione, unita a quella dell'art. 40 che vieta ogni discriminazione sulla base del genere, era volta ad introdurre a Cuba i matrimoni *same-sex*. La consultazione popolare, tuttavia, ha portato a riformulare il testo base, giungendo ad una disposizione meno avanzata e dai contorni piuttosto vaghi. L'art. 82 del testo finale, infatti, si limita a riconoscere e proteggere il matrimonio, senza precisi riferimenti al sesso di chi lo contrae. Sarà dunque necessario attendere l'adozione del nuovo Codice della famiglia, per comprendere se sarà davvero garantito spazio a matrimoni diversi da quelli tradizionali.

6. *Conclusioni* – Dare un giudizio sulla nuova Costituzione cubana è dunque principalmente una questione di prospettiva. Se ci si pone nell'ottica dell'ordinamento socialista, si possono valutare in modo particolarmente favorevole alcune riforme, soprattutto in tema di diritti. Il catalogo disegnato dalla Costituzione cubana è uno dei più ricchi nel panorama comparato e, ad esempio in materia di tutela dell'ambiente, le previsioni sono più avanzate di molte Costituzioni occidentali.

Se, tuttavia, si guarda alla nuova Costituzione cubana con le lenti del costituzionalismo liberale, allora non si può che registrare la perdurante assenza del principio di separazione dei poteri, la mancanza di un doppio livello di legalità, la presenza di un partito unico e la mancanza di effettività nella tutela dei più importanti diritti fondamentali.

Come il Preambolo riconosce, la Costituzione cubana è e resta socialista, con tutto il fascino e tutte le critiche che questo modello richiama alla mente di chi si è formato nell'altra metà del mondo.

Due elementi, tuttavia, prescindono dall'impostazione ideologica. Anzitutto, è da rimarcare la grande partecipazione popolare che si è avuta, soprattutto nella fase intermedia di valutazione del testo base e di proposta degli emendamenti. Questa considerazione, legata all'esito del referendum, che ha visto un'approvazione sì massiccia, ma non così granitica come in passato, consente di concludere che la partecipazione del popolo alla vita istituzionale cubana sia viva e possa in futuro assumere un ruolo protagonista.

In secondo luogo, il tramonto del principio di unitarietà del potere, e del conseguente accentramento in capo al solo Presidente del Consiglio di Stato, lascia immaginare che – in tempi più o meno ravvicinati – possano aprirsi profondi confronti, se non scontri, tra i diversi organi costituzionali.

Non resta, dunque, che attendere e vedere come la Costituzione sarà fatta vivere. Nell'ordinamento cubano, infatti, sono le leggi e le dinamiche politiche che danno un corpo alla Costituzione, e non viceversa.

Saggi

DPCE ONLINE

2037-6677

Farmaci off-label ed equilibrio interno dei sistemi sanitari: la parola della Corte di Giustizia

di Lucia Busatta

Abstract: Off-label drugs and economic sustainability of healthcare systems: the point of view of the Court of Justice of the EU – Decision C-29/17, *Novartis Farma*, of November 21st, 2018, of the Court of Justice of the European Union concerns the compatibility with EU law of national rules on off-label drugs prescription. The case deals with the off-label use of a product which proved to be effective for the treatment of ophthalmological diseases, whereas the recommended medicine is much more expensive for the national healthcare service. The Court confirms that national rules are compatible with the EU legal framework if necessary safeguards are respected. The aim of the commentary is to underline the possible implications of this ruling, at a EU level and for single member States.

3

Keywords: Drugs; Off-label pharmaceuticals; Right to healthcare; Resource allocation; Competition.

1. Introduzione: il costo dei farmaci quale paradigma dei nodi di sostenibilità dei sistemi sanitari

Con la sentenza C-29/17, *Novartis Farma*, del 21 novembre 2018¹, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (di seguito CGUE) si è pronunciata su una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2001/83 (codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano), del regolamento 726/2004 (sull'autorizzazione all'immissione in commercio dei medicinali) e della direttiva 89/105/CEE (sulla fissazione dei prezzi dei farmaci)².

¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-29/17, *Novartis Farma SpA*, sentenza del 21 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:931.

² Le norme per le quali si chiede un orientamento interpretativo alla Corte di Giustizia sono:
(i) l'art. 3, punto 1, e gli artt. 5 e 6 della direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (GU 2001, L 311, pag. 67). Tali norme riguardano, rispettivamente, l'esclusione dall'applicazione della direttiva delle formule magistrali; l'esclusione dall'applicazione della direttiva, per «esigenze speciali», «i medicinali forniti per rispondere ad un'ordinazione leale e non sollecitata, elaborati conformemente alle prescrizioni di un medico autorizzato e destinati ai suoi malati sotto la sua personale e diretta responsabilità»; l'autorizzazione all'immissione in commercio.

(ii) gli artt. 3 (autorizzazione all'immissione in commercio), 25 (registrazione degli effetti collaterali) e 26 (relativo anch'esso alla farmacovigilanza) del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure

La decisione del giudice europeo, originata nell'ambito di un procedimento giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo italiano, suscita interesse principalmente per due ragioni. Da un lato, sul piano meramente interno, essa rappresenta l'ennesimo tassello del complicato mosaico che l'annosa questione generata dalla tendenziale sostituibilità dei farmaci Avastin e Lucentis per il trattamento delle maculopatie oculari senili ha generato nel nostro ordinamento, coinvolgendo ormai ogni livello istituzionale e una moltitudine di organi giudicanti. Dall'altro lato, in prospettiva comparata, le considerazioni espresse nelle motivazioni, nonché l'interpretazione del diritto europeo che regola il mercato dei medicinali, sono suscettibili di una portata più generale, con significative ricadute sulle modalità di gestione delle risorse da parte dei sistemi sanitari nazionali e sulle valutazioni relative all'impiego dei farmaci *off-label*.

Dopo una breve ricostruzione della questione che ha condotto alla decisione qui in commento, si cercherà quindi di ragionare, in primo luogo, sull'impatto della pronuncia nella definizione di questa specifica controversia nel nostro ordinamento. In termini più generali, tuttavia, ciò che interessa è proprio l'impatto sulle decisioni allocative in materia sanitaria per gli Stati membri, indipendentemente dalla natura, universalistica o mutualistica, dei singoli sistemi sanitari.

L'accesso ai farmaci (in particolar modo, a quelli innovativi o a quelli molto efficaci, ma ad alto costo) e la loro rimborsabilità rappresenta, infatti, una delle principali sfide di sostenibilità per gli odierni sistemi sanitari, spesso schiacciati tra la necessità di mantenere la stabilità dell'equilibrio economico, finanziario e organizzativo dei servizi per la salute e l'esigenza di assicurare ai pazienti le migliori cure possibili, tenendo anche il passo con lo sviluppo tecnologico. Negli ultimissimi anni, inoltre, accanto alle più classiche difficoltà legate all'oggettiva impossibilità di garantire *tutto a tutti*, le specificità del settore farmaceutico hanno posto al mondo giuridico delicate questioni, all'incrocio tra garanzia del diritto alla salute, tutela della proprietà intellettuale, promozione della ricerca scientifica, eticità del prezzo dei farmaci e meccanismi di contrattazione tra industria farmaceutica e sistemi sanitari³.

In questa prospettiva, il caso Avastin-Lucentis rappresenta un significativo paradigma delle difficoltà che il mondo del diritto riscontra nell'intervenire nel delicato equilibrio che regola l'iniziativa economica in ambito farmaceutico, la

comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali (GU 2004, L 136, pag. 1).

(iii) l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/105/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia (GU 1989, L 40, pag. 8), relativo anch'esso alla necessità dell'autorizzazione all'immissione in commercio ai fini della diffusione di ogni farmaco nel territorio dell'Unione.

³ Per alcune considerazioni complessive sui profili giuridici di carattere pubblicistico sulla regolamentazione dei farmaci cfr., *inter multis*, G.F. Ferrari, F. Massimino, *Diritto del farmaco: medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, 2015; P. Costanzo (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, Genova, 2017.

tutela della concorrenza e i limiti che i poteri pubblici (a livello statale, ma anche sovranazionale e internazionale) incontrano nel controllo che possono esercitare sulle strategie di mercato promosse da aziende multinazionali. Questo, però, non rappresenta l'unico punto di frizione tra diritto e logiche di mercato nel campo dei medicinali: negli ultimissimi anni, le istituzioni europee, insieme ai singoli Stati membri, sono state coinvolte in una difficile opera di contrattazione sul prezzo di un farmaco estremamente efficace, ma dal costo decisamente insostenibile. La vicenda del sofosbuvir (su cui si tornerà anche *infra*) ha dimostrato come le esigenze di sostenibilità economica dei sistemi sanitari, lungi dall'essere la finalità cui deve ispirarsi l'organizzazione sanitaria, siano non solo funzionali, ma addirittura essenziali ad una garanzia egualitaria del diritto alla salute⁴.

2. L'intricata vicenda Avastin-Lucentis: dall'autorizzazione all'immissione in commercio alla Corte di Giustizia

La questione sottoposta alla Corte di Giustizia da parte del Consiglio di Stato riguardava, in breve, la compatibilità con il diritto europeo dei medicinali delle disposizioni della determina dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) con cui si prevedevano le condizioni e le modalità per l'erogazione *off label* di Avastin a carico del servizio sanitario⁵. Pur non essendo la prima volta che la Corte viene investita di una questione pregiudiziale sollevata nell'ambito di questa complessa controversia⁶, i giudici di Lussemburgo, dopo un'attenta e ponderata valutazione

⁴ Per alcuni spunti di riflessioni in argomento v. G. Maciocco, *Epatite C, AIFA e Licenza Obbligatoria*, in *SaluteInternazionale.info*, 20 febbraio 2017; Comitato Nazionale per la Bioetica, *Per una politica di accesso equo a farmaci innovativi ad alta efficacia per patologie gravi: riduzione dei prezzi e contenimento dei costi a carico del SSN e dei cittadini*, mozione del 23 febbraio 2017. In prospettiva più ampia v. A. Cauduro, *Il paradigma del farmaco orfano*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 55 ss.

⁵ La questione pregiudiziale viene sollevata dal Consiglio di Stato italiano, nell'ambito di un ricorso promosso da Novartis Farma Spa contro l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), la Roche e il Consiglio Superiore di Sanità (CSS). Il ricorso aveva ad oggetto l'impugnazione, da parte della casa farmaceutica Novartis, del parere del CSS del 15 aprile 2014, e delle determine dell'AIFA n. 622/2014 e n. 79/2015, con le quali venivano indicate le condizioni per l'erogabilità *off-label* del farmaco Avastin (prodotto dalla casa farmaceutica La Roche) per la cura delle maculopatie.

⁶ Il Consiglio di Stato, nell'ambito del ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva adottato per sanzionare le due case farmaceutiche a causa dell'accordo anticoncorrenziale che avevano posto in essere a danno del Sistema sanitario italiano, aveva già sottoposto alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale. Si tratta della causa C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche e a.*, 23 gennaio 2018, ECLI:EU:C:2018:25. In commento alla sentenza v. M. Lo Bue Marco, *A substantial approach to competition law issues in the pharmaceutical sector. The ruling of the CJEU in Hoffman-La Roche vs. AGCM*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2, 2018, 569 ss.; D. Mandrescu, *The first judgement of 2018: Hoffman-La Roche v AGCM (Case C- 179/16) – a remarkable case for its unremarkable implications*, in *CoRe Blog*, 8 marzo 2018, accessibile all'indirizzo internet: coreblog.lexxion.eu/the-first-judgement-of-2018-the-preliminary-ruling-in-hoffman-la-roche-v-agcm-case-c-179-16-a-remarkable-case-for-its-unremarkable-implications/. Sul punto, in prospettiva più ampia v. anche S. Gorla, *Profili concorrenziali e regolatori alla luce del caso Avastin/Lucentis*, in *DPCE Online*, 2, 2018, 285 ss.

della domanda pregiudiziale e delle sue implicazioni, ritengono che la soluzione elaborata a livello nazionale non si ponga in contrasto con il diritto europeo.

Come si è già anticipato, l'interesse suscitato da questa pronuncia concerne essenzialmente il suo impatto sulle scelte allocative in ambito farmaceutico che i singoli sistemi sanitari sono quotidianamente chiamati a svolgere, e che vanno ben oltre la (mera) soluzione di questa specifica controversia. Al fine, però, di comprenderne precisamente la portata, è utile riassumere – seppur brevemente – l'evoluzione della vicenda e la soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia.

L'Avastin (principio attivo bevacizumab) e il Lucentis (principio attivo ranibizumab) sono due farmaci biotecnologici. Il primo è disponibile in Italia dal 2005, in virtù di un'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) che prevede esclusivamente indicazioni terapeutiche oncologiche, per il trattamento del cancro del colon-retto. Il Lucentis, invece, è stato immesso in commercio, con i relativi costi totalmente a carico del sistema sanitario, a partire dal 2007, per il trattamento di una patologia oculare, la degenerazione maculare correlata all'età⁷. I due medicinali, pur essendo differenti sotto il profilo della composizione e del confezionamento, possono avere un impiego comune. In particolare, l'Avastin ha dimostrato di avere efficacia anche nel trattamento della degenerazione maculare senile, tanto da essere stato ammesso all'utilizzo *off-label* per il trattamento di questa patologia, prima che il Lucentis fosse disponibile nel mercato e nel SSN italiano⁸.

In seguito all'AIC del secondo farmaco nel 2007, però, l'AIFA ha progressivamente ridotto, sino ad escludere del tutto, l'erogabilità *off-label* di Avastin a carico del SSN per la cura delle maculopatie. Lucentis, tuttavia, ha un costo per singola dose notevolmente superiore al medicinale prodotto da La Roche, tanto che, in breve tempo, il bevacizumab è stato reintrodotta, seppure *off-label*, anche per il trattamento delle patologie oculari. La casa produttrice, tuttavia, non ha mai chiesto di estendere l'AIC di tale farmaco anche alle patologie oculari e, nel frattempo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comminava una significativa sanzione pecuniaria alle due aziende farmaceutiche per aver volutamente occultato la tendenziale sostituibilità dei due medicinali, con un enorme danno economico per il sistema sanitario. È facile intuire come tale vicenda si sviluppi ben presto in una moltitudine di atti amministrativi, interventi del

⁷ Per una dettagliata ricostruzione dei vari passaggi amministrativi e legislativi che hanno contrassegnato l'articolarsi della vicenda, cfr. P.I. D'Andrea, *Dispensazione di farmaci "off-label" e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)*, in *Diritto e società*, 3, 2015, 613 ss.; G.M. Cavo, *Impiego di farmaci "off-label" e razionalizzazione della spesa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2014, 1089 ss.; L. Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 130 ss.; G. Comandè, L. Nocco, *"Hard cases make bad law". O no? L'Antitrust, il caso Avastin-Lucentis ed i farmaci "off-label"*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 3, 2014, 779 ss.

⁸ In proposito cfr. P.I. D'Andrea, *Dispensazione di farmaci "off-label" e contenimento della spesa farmaceutica*, cit., 614.

legislatore e ricorsi giurisdizionali, sino al caso qui in commento⁹.

Il procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia si innesta all'interno di un giudizio amministrativo sollecitato dal ricorso della casa farmaceutica produttrice del Lucentis, la Novartis Farma, contro due determinate dell'AIFA e un parere del Consiglio Superiore di Sanità con cui venivano stabilite le condizioni e le modalità per la somministrazione *off-label*, in ambito ospedaliero e ambulatoriale, del farmaco Avastin per il trattamento delle maculopatie.

A riguardo, bisogna rammentare che il costo a carico del SSN per una dose di Lucentis ammonta ad oltre 900 euro, mentre una dose di Avastin impiegata per la patologia oftalmica costa circa ottanta euro¹⁰. Risulta quindi evidente il margine di risparmio potenziale per il Servizio sanitario nazionale che deriva dall'impiego di Avastin per il trattamento di una malattia oculare piuttosto diffusa in età anziana e ben si comprende, di conseguenza, il susseguirsi di interventi mirati a consentire tale impiego, nonostante l'autorizzazione all'immissione in commercio del bevacizumab sia limitata ai trattamenti oncologici.

Per mezzo degli atti oggetto di impugnazione nel procedimento principale, l'AIFA disponeva la possibilità di erogare fuori dalle indicazioni registrate il medicinale più economico, purché fossero soddisfatte contemporaneamente quattro condizioni:

- (i) il riconfezionamento per uso oftalmico del bevacizumab deve essere effettuato esclusivamente da farmacie ospedaliere secondo le norme di buona preparazione;
- (ii) la somministrazione del medicinale off-label deve essere riservata a centri oculistici di alta specializzazione presso ospedali pubblici indicati dalle Regioni;
- (iii) il paziente dovrà prestare il relativo consenso, sulla base di adeguate informazioni sulle motivazioni scientifiche e sull'esistenza di una valida alternativa terapeutica (pur più costosa per la collettività);
- (iv) infine, viene istituito un registro per il monitoraggio delle somministrazioni off-label e delle eventuali reazioni avverse.

L'evidente interesse economico di Novartis a disincentivare l'utilizzo off-label di Avastin da parte del SSN, a motivo dell'ingente perdita finanziaria derivante da un minor impiego del prodotto specificamente autorizzato per il trattamento delle maculopatie, illustra chiaramente i motivi del ricorso dinanzi al giudice amministrativo. Adito in secondo grado, a seguito del rigetto da parte del Tar Lazio delle doglianze di Novartis, il Consiglio di Stato solleva dinanzi alla CGUE alcune questioni pregiudiziali vertenti, essenzialmente, sull'interpretazione del diritto europeo dei farmaci e sulla compatibilità degli atti di AIFA con tale quadro normativo. In particolare, i dubbi del giudice italiano riguardano le

⁹ Non è possibile, in questa sede, riprendere analiticamente i molteplici passaggi amministrativi e giurisdizionali di cui si compone la vicenda, per i quali si rinvia, da ultimo, a S. Gorla, *Profili concorrenziali e regolatori alla luce del caso Avastin/Lucentis*, 385 ss.

¹⁰ Come riportato al paragrafo 22 della sentenza C-29/17.

motivazioni (prevalentemente di carattere finanziario) alla base dell'autorizzazione all'impiego off-label di Avastin, «indipendentemente da qualsiasi considerazione delle esigenze terapeutiche del singolo paziente»; la tendenziale serialità di tale impiego¹¹; il rispetto dei canoni di qualità e sicurezza a fronte della relativa competenza della Commissione Europea e delle valutazioni tecnico-scientifiche dell'Agenzia Europea dei Medicinali (EMA); infine la possibilità di rimborsare, nell'ambito del servizio sanitario, un farmaco utilizzato al di fuori delle indicazioni terapeutiche per cui è stato autorizzato.

Dopo aver specificato che il diritto dell'Unione Europea non vieta né la prescrizione né il riconfezionamento di un farmaco *off-label*¹², la Corte di Giustizia risolve le questioni pregiudiziali stabilendo che non vi è alcuna violazione del diritto UE da parte del quadro normativo nazionale. In primo luogo, si specifica che la necessità di procedere al riconfezionamento del farmaco ai fini del suo utilizzo oftalmologico non muta la sostanza del prodotto e, per tale ragione, non serve una nuova autorizzazione all'immissione in commercio. Nemmeno l'attività di riconfezionamento in sé considerata, in secondo luogo, può essere oggetto di una nuova autorizzazione, poiché ciò rientra nella deroga prevista dall'art. 40, par. 2, secondo comma, della direttiva 2001/83¹³. Ciò consente di considerare assorbita la quarta questione pregiudiziale, relativa alla possibilità di superare un AIC ai fini di un complessivo risparmio di spesa per il SSN. Infine, quanto al rispetto dei requisiti di sicurezza per i pazienti, i giudici di Lussemburgo si limitano a riprendere le condizioni stabilite dalla determina AIFA oggetto del procedimento principale e rilevano che i severi criteri previsti per il riconfezionamento, unitamente all'attività di monitoraggio, consentono di ritenere soddisfatti i parametri imposti dal diritto europeo¹⁴.

¹¹ A riguardo bisogna subito evidenziare, anche se ci sarà modo di tornare sulla questione anche nel prosieguo, che in termini generali la possibilità di utilizzare un farmaco al di fuori delle condizioni in base alle quali questo ha ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio trova motivazione in ragioni di carattere strettamente terapeutico e inerenti alla condizione del singolo paziente. Diversamente, ciò che rileva in questo caso è proprio il fatto che l'impiego *off-label* viene richiesto e autorizzato in termini generali (e quindi non legato a singole condizioni terapeutiche) e per motivi di carattere economico-finanziario. Sul punto, in modo molto efficace, G.M. Cavo, *Impiego di farmaci "off-label" e razionalizzazione della spesa*, cit., 1072 ss.; L. Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 121 ss.

¹² Si veda, a riguardo, il paragrafo 51 della sentenza in commento, nel quale la Corte, rifacendosi anche al proprio precedente relativo alla medesima vicenda, afferma che «la normativa dell'Unione in materia di prodotti farmaceutici non vieta né la prescrizione di un medicinale "off-label" né il suo riconfezionamento ai fini di tale uso, ma subordina dette operazioni al rispetto di condizioni stabilite da tale normativa (C-179/16, F. Hoffmann-La Roche e a., sentenza del 23 gennaio 2018, EU:C:2018:25, punto 59)».

¹³ Sentenza C-29/17, par. 62. Il secondo periodo dell'art. 40, par. 2, della direttiva 2001/83/CE prevede «Tale autorizzazione non è richiesta per le preparazioni, le divisioni, i cambiamenti di confezione o di presentazione, eseguiti soltanto per la fornitura al dettaglio, da farmacisti in farmacia, o da altre persone legalmente autorizzate negli Stati membri ad eseguire dette operazioni».

¹⁴ In questo caso, il riferimento va agli articoli 3, 25 e 26 del regolamento n. 726/2004.

Il giudice europeo risolve, quindi, la questione, offrendo un'interpretazione del diritto europeo in linea con la più recente linea operativa adottata dalle istituzioni interne, al fine di contemperare un complessivo risparmio della spesa pubblica farmaceutica con la tutela della sicurezza e della libertà terapeutica dei pazienti. La pronuncia potrebbe, però, rivelare una portata più ampia, astrattamente idonea ad orientare anche l'approccio di altri Stati membri alla gestione della rimborsabilità e sostituibilità dei farmaci.

3. La portata innovativa della sentenza, tra dimensione interna e scelte allocative in campo sanitario

Come si è già anticipato, la recente decisione della Corte di Giustizia non rappresenta solamente l'ennesimo passaggio in una annosa e complessa vicenda che, nel nostro ordinamento, ha ormai coinvolto ogni livello istituzionale. Tale aspetto merita sicuramente attenzione, quanto meno per il fatto di aver offerto un contributo ad una risoluzione responsabile (e auspicabilmente sostenibile) della controversia tra Roche, Novartis, AIFA e SSN. In prospettiva più ampia, però, la sentenza apre anche a due ordini di considerazioni che saranno ora sviluppate rivolgendo l'attenzione anche ai profili di carattere comparato maggiormente emergenti.

3.1. Oltre l'equivalenza: la sostenibilità finanziaria del sistema

Il primo luogo su cui è opportuno soffermarsi riguarda il rapporto tra criteri di natura tecnico-scientifica e valutazioni di ordine economico che possono o devono orientare le complesse decisioni da adottarsi in campo sanitario.

La pronuncia in commento, in questo senso, contiene un significativo punto di svolta nel diritto farmaceutico. Per mezzo dell'interpretazione del diritto europeo viene, infatti, sancita – senza prospettiva di ritorno – l'avvenuta possibilità di ampliare lo spettro delle valutazioni che conducono all'utilizzo *off-label* di un medicinale. Come si è avuto modo di accennare brevemente anche *supra*, infatti, in origine (e non solo nel nostro ordinamento¹⁵) la disciplina dell'uso di un farmaco in deroga alle indicazioni terapeutiche oggetto di autorizzazione era fondata essenzialmente su criteri di carattere individuale. In altre parole, sulla base di ragioni scientifiche assodate (ossia l'equivalenza terapeutica e l'efficacia), si consentiva l'uso di un farmaco in via eccezionale al di fuori dell'autorizzazione, per venire incontro a specifiche esigenze cliniche di un singolo paziente o di un gruppo di pazienti¹⁶.

¹⁵ Per una completa disamina delle condizioni di utilizzo e di autorizzazione dei farmaci nel sistema sanitario del Regno Unito v. E. Jackson, *Law and the Regulation of Medicines*, Oxford, 2012, *passim*.

¹⁶ A riguardo, è significativo ricordare come, nel nostro ordinamento, la regolamentazione dell'utilizzo a carico del SSN di un medicinale al di fuori delle indicazioni terapeutiche sia un portato del caso del cd. multitrattamento Di Bella, in reazione al quale si adottò il d.l. n. 23 del 1998 (convertito con modificazioni dalla l. n. 94 del 1998), il cui art. 3 regola l'uso *off-label* dei

A riguardo, a sottolineare la portata innovativa della decisione in commento, bisogna rammentare che, con un proprio precedente non troppo risalente, la Corte di Giustizia aveva adottato una prospettiva del tutto differente rispetto a quella fatta valere in questa sentenza. Nell'ambito di un ricorso per inadempimento promosso contro la Polonia, i giudici di Lussemburgo hanno offerto un'interpretazione del tutto differente all'art. 5 della direttiva 2001/83, norma della quale si chiedeva un orientamento interpretativo anche nel caso pregiudiziale oggetto della presente trattazione¹⁷. Nonostante nella causa C-185/10 il *focus* della questione riguardasse la possibilità escludere dall'autorizzazione all'immissione in commercio medicinali che avessero gli stessi principi attivi, lo stesso dosaggio e la stessa forma di altri farmaci già autorizzati in Polonia, ma con un prezzo competitivo rispetto a quello dei medicinali autorizzati, la CGUE ebbe modo di affermare che la nozione di «esigenze speciali», presente nella direttiva, «si riferisce unicamente a situazioni individuali giustificate da considerazioni mediche e presuppone che il medicinale sia necessario per rispondere ai bisogni dei pazienti» (par. 34). Ne segue che «Le considerazioni finanziarie non possono, di per sé, condurre a riconoscere l'esistenza di siffatte esigenze speciali idonee a giustificare l'applicazione della deroga prevista all'articolo 5, paragrafo 1, di detta direttiva» (par 38). Secondo i giudici, dunque, la possibilità di consentire l'ingresso in uno Stato membro di medicinali non autorizzati ma oggettivamente equivalenti sotto il profilo terapeutico ad altri già autorizzati non può che avvenire per soddisfare speciali esigenze di carattere strettamente clinico e non per motivi di natura finanziaria¹⁸.

Anche se il caso polacco riguardava medicinali privi di AIC, seppur equivalenti ad altri già autorizzati, mentre la vicenda Avastin-Lucentis, come è noto, riguarda due medicinali già regolarmente autorizzati tanto dall'Agenzia Europea dei Medicinali, quanto dall'AIFA, il punto che qui interessa sottolineare concerne proprio l'esclusione, nel primo caso, dei motivi di carattere economico che possono legittimare deroghe delle disposizioni sull'accesso ai farmaci. Nella sentenza *Novartis Farma*, invece, la Corte di Giustizia apre espressamente anche a questo tipo di valutazioni, se alcune condizioni risultano soddisfatte.

Le specificità di questo caso sembrano, infatti, aver aperto la strada anche alla combinazione tra aspetti tecnico-scientifici e criteri economici che, lungi dall'assumere una prevalenza assoluta nelle decisioni di carattere sanitario, possono comunque orientare le valutazioni dei decisori responsabili per l'allocazione delle risorse nel SSN. In questo senso, la Corte di Giustizia pare

farmaci (già disciplinato dall'art. 1, co. 4, del d.l. n. 536 del 1996, convertito dalla legge n. 648 del 1996), in mancanza di valide alternative terapeutiche. Circa le problematiche più risalenti e attuali della definizione di valida alternativa terapeutica cfr., *inter multis*, M. Tomasi, *Il potere legislativo e la giurisdizione di fronte al pluralismo delle domande di salute. Dal multitrattamento Di Bella al caso Stamina*, in L. Chieffi (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016, 133 ss.

¹⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-185/10, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, sentenza del 29 marzo 2012, ECLI:EU:C:2012:181.

¹⁸ CGUE causa C-185/10, *Commissione c. Polonia*, par. 32-40.

sostenere la prospettiva adottata dall'AIFA, in base alla quale la disponibilità di un medicinale sostanzialmente equivalente può consentire la sua rimborsabilità, anche al di fuori delle indicazioni terapeutiche, qualora questo presenti un costo per singola dose significativamente inferiore rispetto a quello del farmaco autorizzato in via principale per il trattamento di una patologia (peraltro, piuttosto diffusa)¹⁹.

L'uso *off-label*, in questa dinamica, consente di aprire la porta a molte più possibilità di cura, realizzando a pieno il significato che la Costituzione attribuisce al diritto alla salute come interesse collettivo e permettendo la realizzazione di uno degli obiettivi principali del nostro SSN. L'equilibrio della spesa farmaceutica è da leggersi, in questo caso, non tanto come una valutazione di carattere meramente economico o ragionieristico sui possibili ricavi che spetterebbe al fondo sanitario nazionale rimborsando il farmaco più economico; l'apertura all'uso *off label* di Avastin, in questo caso, permette, al netto di ogni ulteriore valutazione, di curare un maggior numero di pazienti con lo stesso livello di efficacia.

Giova, a tale proposito, l'orientamento espresso in sede cautelare dal Consiglio di Stato, in occasione di una delle numerose declinazioni giurisdizionali che la vicenda della sostituibilità dei due farmaci ha assunto. Il giudice amministrativo, nel sottolineare la preminenza dell'interesse pubblico ad una completa tutela del diritto alla salute, sottolineò come i profili economici siano funzionali al raggiungimento delle finalità costituzionali, «ove si tenga presente che la prestazione di un servizio pubblico, quale quello sanitario, inteso a tutelare la salute quale fondamentale diritto dell'individuo e, insieme, fondamentale interesse della collettività (art. 32 Cost.), non può prescindere, se non in un'astratta, irrealistica e, ormai, inattuale considerazione dei valori costituzionali in gioco, dai costi che quella stessa collettività, statale o regionale, è tenuta a sostenere nel moderno Stato sociale di diritto e nell'attuale fase di grave crisi economica, per una più ampia e soddisfacente fruizione di tale servizio da parte di tutti i cittadini, anche i meno abbienti, in nome e a tutela di un superiore principio di eguaglianza sostanziale»²⁰.

¹⁹ La peculiarità del caso di specie, comunque, rappresenta un elemento molto significativo ai fini del mutamento di prospettiva da parte della Corte di Giustizia. Come si è già ricordato *supra*, infatti, le due case farmaceutiche produttrici di Avastin e Lucentis furono destinatarie, nel 2014, di un provvedimento sanzionatorio da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per aver consapevolmente occultato la tendenziale sostituibilità dei due medicinali per la cura delle maculopatie e perché la Roche non aveva mai avviato le necessarie procedure per estendere le indicazioni terapeutiche di Avastin, con un notevole danno economico per il SSN. Il testo del provvedimento è disponibile a questo indirizzo web: www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/462-sanzione-amministrativa-per-la-roche-e-novartis-per-violazione-delle-regole-sulla-concorrenza.

²⁰ Consiglio di Stato, ord. n. 2021 del 2014, relativa al ricorso avverso l'impugnazione della delibera n. 2352/2011 con cui la Giunta Regionale del Veneto aveva stabilito la temporanea erogabilità del bevacizumab (Avastin) a carico del Servizio Sanitario Regionale (SSR) negli ospedali della Regione per il trattamento dei casi di degenerazione maculare senile, a motivo del minor costo di tale medicinale. In tale prospettiva cfr. P.I. D'Andrea, *Dispensazione di farmaci "off-label" e contenimento della spesa farmaceutica*, cit., 633.

Tali considerazioni si prestano, in una prospettiva comparata, anche a feconde riflessioni circa le difficoltà che i sistemi sanitari di carattere universalistico incontrano nel garantire il maggior numero di prestazioni sanitarie possibili, in un contesto tecnico-scientifico sempre più complesso e in continua evoluzione. Paradigmatica, a riguardo, oltre alla posizione della Polonia, cui si è fatto cenno poco *supra*, è la situazione del Regno Unito, ove le decisioni allocative all'interno del National Healthcare Service sono sovente oggetto di ricorsi giurisdizionali, proprio a motivo delle difficoltà riscontrabili nell'individuare un sostenibile punto di equilibrio tra specifiche esigenze cliniche dei pazienti, avanzamento scientifico e tecnologico e limitatezza delle risorse economiche disponibili²¹.

3.2. Il necessario rapporto tra valide alternative terapeutiche e criteri economici

Il secondo ordine di considerazioni che la sentenza qui in commento consente di sviluppare riguarda, ben oltre la dimensione nazionale e quella europea, la delicatezza del rapporto tra valida alternativa terapeutica e altri criteri che possono consentire l'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco, il suo impiego *off-label* o la sua rimborsabilità.

Prendendo le mosse dal limitato perimetro tracciato dal caso *Novartis Farma*, possiamo evidenziare come la Corte di Giustizia, nell'aprire alla possibilità della rimborsabilità *off-label* di Avastin per la cura delle maculopatie, muova dal presupposto dell'avvenuta verifica della sostituibilità dei due farmaci. L'oggetto della normativa interna, infatti, non viene messo in discussione; al contrario, esso si dà per assodato. È proprio tale profilo, tuttavia, a permettere di considerare accettabili i criteri economici che orientano le condizioni stabilite dal diritto italiano per l'impiego *off-label* del farmaco.

Si tratta di un profilo, non espressamente richiamato nella sentenza, su cui è però interessante soffermarsi proprio nell'ottica delle possibili implicazioni che la pronuncia in commento può avere negli ordinamenti degli Stati membri e per alcune più ampie valutazioni di carattere comparato. La rapidissima evoluzione che caratterizza la scienza medica contemporanea rende decisamente difficile, per il mondo del diritto, tenere il passo con gli avanzamenti che quotidianamente offrono nuove possibilità di cura. La scienza, in questi termini, impone al diritto di riprendere in considerazione i presupposti a partire dai quali sono state elaborate determinate soluzioni e verificare se essi possano considerarsi ancora validi e attuali. Al contempo, la stessa scienza medica è sottoposta ad un continuo e incessante procedimento di verifica. Il metodo sperimentale, preconditione necessaria anche al più piccolo progresso, impone di tornare sui risultati delle

²¹ Su tale aspetto si tornerà anche *infra* con ulteriori considerazioni. In argomento la letteratura d'Oltremarina è sterminata. A titolo esemplificativo si veda E. Jackson, *Law and the Regulation of Medicines*, cit.; sia consentito inoltre rinviare a L. Busatta, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, in particolare 117 ss.

ricerche (anche in ambito medico), soprattutto per verificarne gli effetti e l'efficacia.

A fronte di tale contesto, risulta evidente come, a livello giuridico, si renda imprescindibile valutare il recepimento di ciascun progresso scientifico con cautela, soprattutto quando i beni giuridici coinvolti sono la salute e la sicurezza delle persone. La disciplina del settore farmaceutico si rivela, in tal senso, paradigmatica delle difficoltà che un ordinamento giuridico può incontrare. In questa prospettiva, dunque, appare utile sottolineare come la portata innovativa della sentenza della CGUE qui in commento offra alcuni interessanti spunti circa il rapporto tra progresso scientifico e vincoli economici.

Come si è detto, la possibilità di rimborsare nell'ambito del SSN, a determinate condizioni, il farmaco meno costoso, anche se utilizzato al di fuori delle indicazioni terapeutiche per le quali è stato utilizzato, è possibile solo poiché ci si muove all'interno di un contesto scientifico definito. Il fatto che i due farmaci abbiano un'equivalente efficacia terapeutica rappresenta, infatti, il punto di partenza dal quale muove il legislatore italiano e su cui si fonda pure la questione pregiudiziale. Solo all'interno di questo stretto perimetro, i cui confini sono disegnati dalle *scientific evidence*, è possibile sviluppare considerazioni e valutazioni di natura economica per favorire un risparmio della spesa pubblica in campo sanitario, con lo scopo di offrire una migliore e più ampia garanzia del diritto alla salute delle persone. Peraltro, come evidenzia la stessa Corte di Giustizia, tale sistema si regge proprio perché l'ordinamento italiano ha comunque sottoposto l'impiego *off-label* di Avastin a un rigido procedimento di verifica per mezzo di un'attività di monitoraggio ben definita (paragrafi 84-86 della sentenza). Se così non fosse, non si potrebbe neppure aprire il campo a considerazioni di carattere economico.

Il concetto di valida alternativa terapeutica, in questi termini, si pone quale soglia di ulteriori valutazioni, anche nell'ottica dell'interesse pubblico e della collettività. Qualora, invece, una valida alternativa terapeutica non sia disponibile, ogni argomento di carattere economico svanisce, a fronte della indiscutibile prevalenza della necessità di tutelare e promuovere il diritto alla salute delle persone.

A riguardo, il settore farmaceutico, ancora una volta, offre alcuni significativi esempi, con ripercussioni di carattere globale, che dimostrano quanto sia difficile, in concreto, realizzare tale principio e quanto sia arduo, per il diritto, individuare criteri solidi per verificare l'esistenza di alternative terapeutiche e la loro validità.

Sotto un primo punto di vista, la recente vicenda del farmaco sofosbuvir che, nel nostro ordinamento, come in altri, ha destato notevoli difficoltà relative alla sua accessibilità causata dall'oggettività insostenibilità del prezzo stabilito dalla casa produttrice Gilead, dimostra come – anche in assenza di valide alternative terapeutiche – il fattore economico comunque possa influenzare le decisioni pubbliche²². Come è noto, moltissimi sistemi sanitari si sono trovati

²² Sulla vicenda, oltre alla bibliografia indicata *supra*, nota 4, si veda anche C. Casonato, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, in particolare 5 ss.; A.

nell'impossibilità di garantire, almeno ad uno stadio iniziale, la disponibilità di tale farmaco, il cui costo per singolo paziente era di alcune decine di migliaia di euro²³. La vicenda, che è stata in seguito superata grazie ad una contrattazione decisamente più sostenibile del prezzo del farmaco, dimostra che la realizzazione del diritto alla salute, anche nel suo nucleo essenziale, richiede un impegno di natura economica. Ne segue che, a fronte di costi insostenibili per farmaci pur molto efficaci, viene messa in seria discussione la realizzazione del diritto primario della persona e di finalità costituzionali.

Sotto un secondo, e diverso, punto di vista, alcune ulteriori riflessioni possono essere mosse a partire dagli inganni che le intrinseche incertezze della scienza possono tessere per il mondo del diritto. Il riferimento va a tutto quel novero di interventi, normativi o giurisdizionali, rientranti sotto l'ombrello delle cd. cure compassionevoli, che in anni recenti hanno interessato molti ordinamenti occidentali²⁴.

In queste drammatiche vicende, la mancanza di un rimedio terapeutico efficace o che scientificamente affidabile diviene il fattore di frizione tra diritto e medicina: l'umana difficoltà di arrendersi di fronte alla malattia spesso diviene motore di ricerca di soluzioni non ancora approvate alla comunità scientifica o che non abbiano ancora superato il necessario procedimento di sperimentazione o di validazione clinica. In questi casi, spesso sulla spinta dell'emozione, singoli pazienti hanno tentato attraverso la via giurisdizionale di "forzare" l'ordinato circuito che antepone il raggiungimento della prova della validità scientifica di un trattamento al suo riconoscimento da parte del diritto e, in particolare, alla sua inclusione nel novero di cure accessibili e disponibili per il paziente (a carico dei

Cauduro, *Diritto alla salute, attività economica e servizio pubblico nella disciplina del farmaco*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2016.

²³ Come è noto, il caso del sofosbuvir in Italia ha sollevato un ampio dibattito, sollecitando anche la presa di posizione del Comitato Nazionale per la Bioetica attraverso una mozione intitolata *Per una politica di accesso equo a farmaci innovativi ad alta efficacia per patologie gravi: riduzione dei prezzi e contenimento dei costi a carico del SSN e dei cittadini*, del 23 febbraio 2017. L'elevatissimo costo del farmaco ha, inoltre, sollevato il problema della sua disponibilità per i pazienti anche in moltissimi altri ordinamenti, europei e non. In argomento si veda, ad esempio, R. Victor, K. Lawrence, *Betting on hepatitis C: how financial speculation in drug development influences access to medicines*, in *BMJ*, 354, 2016, i3718.

²⁴ Per il nostro ordinamento sono emblematiche la vicenda della cd. Multiterapia Di Bella, che sul fine degli anni Novanta ha coinvolto ogni livello istituzionale, e, più recentemente, l'intricato inseguirsi di provvedimenti giurisdizionali e interventi normativi in riferimento al cd. caso Stamina. L'esperienza italiana non è però isolata. Nel Regno Unito, ad esempio, casi anche molto recenti hanno dato prova delle difficoltà che il rapporto tra scienza e diritto può incontrare nel momento in cui la medicina non sappia (ancora) offrire risposte certe (si pensi alla drammaticità dei casi di Charlie Gard ed Alfie Evans). Cfr., *inter multis*, A. D'Aloia, *Il caso Alfie Evans e la "fragile" potenza del diritto*, in *BioLaw Journal*, 2, 2018, 1 ss.; AA. VV., *Forum: il caso di Alfie Evans*, in *BioLaw Journal*, 2, 2018, 5 ss.; L. Violini, *Sul caso di "Charlie Gard" e sul compito arduo del giudice, Nota a High Court of Justice, Family division, 11 aprile 2017 (Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord)*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2017, 944 ss. Per alcuni riferimenti di carattere comparato, relativi soprattutto agli Stati Uniti, cfr. M. Tomasi, *Il diritto alla salute fra emozione e razionalità. Le right to try laws negli Stati Uniti d'America*, in *Rivista AIC*, 4, 2016.

rispettivi sistemi sanitari, oppure anche a pagamento).

In situazioni di questo genere, anche nel caso in cui sia il paziente a farsi direttamente carico dei costi delle cure non validate alle quali chiede di avere eccezionalmente accesso, si pongono significativi problemi di sostenibilità economica di tali scelte. Spesso, infatti, la spinta irrazionale che genera tali controversie va ben oltre il singolo caso e richiede molto frequentemente interventi di sistema, mirati a garantire un livello minimo di eguaglianza tra i pazienti con le medesime patologie in punto di accesso ai trattamenti sanitari. Anche qualora ciò non avvenga, comunque il “peso” della decisione di ammettere una persona ad un trattamento che non ha ancora terminato il procedimento di validazione lascia nell’ordinamento un’impronta che difficilmente si cancella²⁵.

Sotto questo punto di vista, dunque, la sentenza della Corte di Giustizia in commento contiene un’importante indicazione, per ciascuno dei sistemi sanitari degli Stati membri e per i giudici interni che potrebbero essere chiamati, anche in casi differenti, a decidere sull’accesso *off-label* ai farmaci. La prova scientifica dell’efficacia del trattamento, secondo quanto traspare dalle motivazioni dei giudici di Lussemburgo, si pone quale presupposto necessario e irrinunciabile a partire dal quale è possibile muovere ogni considerazione. In altre parole, solo laddove sia possibile riscontrare una base scientifica solida circa l’efficacia di un medicinale, si potrà consentire il suo impiego al di fuori delle indicazioni terapeutiche, purché siano rispettate le dovute cautele. Queste ultime, come si è già visto, vengono individuate nel necessario procedimento di monitoraggio che deve accompagnare l’impiego del farmaco, anche a tutela della sicurezza dei pazienti.

4. Considerazioni conclusive: la rilevanza della sentenza in prospettiva comparata

Rimangono, infine, da sviluppare alcune considerazioni conclusive circa l’impatto che la sentenza potrebbe avere a livello interno e, in particolare, sulle decisioni adottate nei singoli Stati membri sull’accesso ai farmaci *off-label*, anche per trattamenti differenti da quelli oggetto del caso di specie.

In termini generali, va rilevato come il diritto dell’Unione europea, nel corso degli anni, abbia saputo progressivamente permeare e influenzare le scelte nazionali relative al diritto alla salute, pur in un ambito – quello relativo all’organizzazione e alla gestione dei sistemi sanitari statali – che si sottrae alla competenza dell’UE²⁶. Il diritto dell’Unione, pur promuovendo il raggiungimento di un alto livello di protezione della salute, fa salva la competenza degli Stati

²⁵ Ad esempio, in termini di legittimazione delle scelte tecnico-scientifiche o politico-giuridiche alla base delle decisioni pubbliche in campo sanitario che riguardino terapie scientificamente controverse. In proposito cfr. N. Vettori, *Sistema normativo “aperto”, rigore del metodo scientifico e diritto alla salute: il difficile ruolo di mediazione delle istituzioni pubbliche (a proposito del “caso Stamina”)*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, in particolare 83 ss.

²⁶ Sul punto cfr. S. Penasa, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 73 ss.

membri nell'organizzazione dei sistemi sanitari interni e nella disciplina dell'accesso ai prodotti farmaceutici, anche al fine di salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario degli stessi²⁷. Tuttavia, ciò non impedisce al diritto europeo di esercitare la propria efficacia uniformizzante, nell'imporre il rispetto dei principi derivanti dai trattati e dal diritto derivato.

Sebbene la sentenza in commento sia stata resa nell'ambito di un procedimento interno dai contorni ben definiti, dunque, non è da escludersi che i principi in essa affermati possano, a cascata, essere ripresi anche in altri ordinamenti, soprattutto in quelli caratterizzati da un sistema sanitario universalistico come il nostro. In Inghilterra, ad esempio, negli ultimi anni è andato consolidandosi un corposo filone giurisprudenziale relativo ai criteri di ammissione o di esclusione di determinati pazienti dall'accesso a farmaci off-label, oppure a condizioni diverse da quelle stabilite dalle competenti amministrazioni sanitarie²⁸. Dopo una prima fase caratterizzata da un tendenziale approccio di *self-restraint* da parte dei giudici di merito chiamati a valutare la legittimità delle soluzioni elaborate dall'amministrazione sanitaria, lo scrutinio ha iniziato a diventare progressivamente più intenso, soprattutto in relazione ai difficili bilanciamenti tra tutela della salute individuale (e, dunque, di efficacia del trattamento anche per un singolo paziente) e complessivo equilibrio economico-finanziario del sistema sanitario²⁹.

In una sentenza di alcuni anni fa, relativa all'accesso ad un farmaco efficace per la cura del cancro renale, ma molto costoso, la High Court ha, per esempio, avuto modo di sottolineare come le valutazioni di carattere finanziario non possano assumere un'assoluta prevalenza sulla decisione clinica, poiché deve essere tenuta in debito conto anche la situazione soggettiva del paziente³⁰. Ancora, in un'altra vicenda, quasi contemporanea alla precedente, i giudici inglesi ebbero modo di pronunciarsi proprio sui criteri di accesso al farmaco Avastin, per un trattamento oncologico, prima che esso venisse incluso tra i medicinali dispensati dal National Healthcare Service. In quell'occasione, la Corte evidenziò che, nelle decisioni sull'ammissione o meno di un paziente a un trattamento non ancora ammesso al finanziamento pubblico, le valutazioni economiche non possono travolgere in termini assoluti quelle cliniche³¹.

Nonostante la prospettiva di partenza sia diversa rispetto a quella della Corte di Giustizia nel caso in commento, non è da escludersi che, con riguardo a simili procedimenti giurisdizionali l'eco della pronuncia europea possa farsi sentire

²⁷ C-29/17, *Novartis Farma*, paragrafo 48, nel quale viene richiamato l'art. 168, par. 7 TFUE.

²⁸ In argomento si veda E. Jackson, *Law and the Regulation of Medicines*, cit.

²⁹ Per alcune più ampie considerazioni circa il *judicial review* per le questioni allocative in campo sanitario nel sistema sanitario inglese cfr. J.A. King, *The justiciability of resource allocation*, in *Modern Law Review*, 70(2), 2007, 197 ss.

³⁰ *R (Murphy) v. Salford Primary Care Trust* [2008] EWHC 1908 (Admin), par. 6. Per ulteriori approfondimenti sulla sentenza sia consentito rinviare a L. Busatta, *La salute sostenibile*, cit., 121 ss.

³¹ *R (on the application of Otley) v Barking and Dagenham NHS Primary Care Trust* [2007] EWHC 1927 (Admin).

nelle Corti inglesi. Nei precedenti ora citati, il *focus* sulla sostenibilità economica della terapia richiesta dai pazienti riguardava il potenziale impatto a carico della collettività della decisione amministrativa: ammettere un singolo paziente ad un trattamento molto costoso implica, necessariamente, escludere altri, in un contesto di risorse intrinsecamente scarse come è un sistema sanitario universalistico. D'altro canto, la portata della sentenza *Novartis Farma* potrebbe favorire uno scrutinio ancor più intenso sulle decisioni allocative in campo medico e, a condizione che siano rispettati i dovuti canoni di sicurezza per i pazienti, anche ad una maggiore elasticità nella prescrizione di farmaci *off-label*.

Proprio qualora il rapporto di costo-efficacia risulti positiva anche in termini di risparmio su eventuali cure future, di prevenzione di comorbidità o di cronicità, una valutazione di medio e lungo periodo sull'accesso ad una determinata terapia farmacologica potrebbe essere favorevole non solo per il singolo paziente, ma per la collettività in generale.

Sulla base di queste considerazioni, dunque, l'ulteriore tassello del complicato mosaico della vicenda *Avastin-Lucentis* rivela un significativo potenziale, proprio per i diritti nazionali. Per effetto del dialogo tra giudici, Corte costituzionale e legislatore, in una prospettiva strettamente interna, la vicenda ha condotto ad una significativa modifica della disciplina italiana sull'accesso ai farmaci *off-label*, consentendo di includere nelle valutazioni pubbliche anche la dimensione economico-finanziaria nell'ottica della promozione della salute come interesse della collettività ad avere un sistema sanitario più sostenibile e più efficace³². Spostato sul piano del diritto europeo, il caso ha consentito di "attrarre" in una dimensione sovranazionale quella che pare essere una delle problematiche più urgenti per gli odierni sistemi sanitari, consentendo di proiettare i relativi effetti anche sulle decisioni interne dei singoli Stati membri.

³² In questa prospettiva anche L. Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, cit., 149.

Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria

di *Andrea Circolo*

Abstract: The compliance with the founding values of the Union and the activation of the monitoring mechanism in the light of the recent Polish and Hungarian affairs – The recent internal affairs of Poland and Hungary recalled the attention about the respect of the founding values of the Union, enshrined in Art. 2 TEU. The complexity of the sanctioning procedure, set out in Art. 7 TEU - in particular, the unanimity required by the Treaties for the suspension of the rights of the States liable for the violations - reopened the debate about the actual effectiveness of the coercion means available for the Union in order to ensure that the rules, once they have been breached, are (again) respected.

19

Keywords: Founding values; Rule of law; Unanimity.

1. Premessa: i valori fondanti dell'Unione.

Il rispetto dei valori fondamentali è un canone indispensabile per la sopravvivenza delle relazioni reciproche tra soggetti, in quanto rappresentano i presupposti e i limiti agli interessi dei singoli e dettano i confini positivi e negativi della libertà di ognuno¹. Il che rende subito chiaro perché, fin dai suoi albori, la Comunità, oggi l'Unione, abbia posto come *leitmotiv* al centro del processo di integrazione europea l'osservanza di quei valori che ne configurano il «patrimonio morale e spirituale»² e senza i quali viene meno la sua stessa *ratio existendi*. Ed è per questo che i suddetti valori «non costituiscono mere enunciazioni ideali e politiche»³ e che la loro inosservanza determina conseguenze giuridiche, anche più gravose di quelle derivanti dalla violazione di un qualsiasi altro obbligo prescritto.

A tal proposito, la Corte di giustizia ha evidenziato che «ciascun Stato

¹ Illuminante la ricostruzione storico-sociologica del concetto di valore di E. Levits, *L'Unione europea en tant que communauté de valeurs partagées – les conséquences juridiques des articles 2 et 7 du traité sur l'Union européenne pour les États membres*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 509: «Tout acte de l'homme effectué de manière consciente et ciblée est fondé sur des valeurs. En d'autres termes, le but de tout acte humain comprend l'intention de réaliser une valeur. [...] La tentative de définir avec la précision requise la notion de valeurs en tant que catégorie constitutive de la pensée et des actions humaines s'avère difficile. De nombreuses définitions aboutissent à un constat tautologique. Dans la littérature scientifique, il en existe au moins 180 définitions».

² Preambolo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

³ R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, 375.

membro condivide con tutti gli altri Stati, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori sui quali l'Unione si fonda. [...] Questa premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua»⁴. Trattasi dunque di valori che rappresentano i pilastri dell'intera architettura europeista; valori rintracciabili in altre organizzazioni internazionali e nelle diverse esperienze costituzionali liberal-democratiche, e necessariamente comuni a tutti i soggetti dell'Unione (Stati, istituzioni e singoli). Anzi, questi valori costituiscono il caposaldo «non solo dell'azione interna dell'Unione, bensì anche di quella esterna, con l'obiettivo di promuoverli nel resto del mondo»⁵.

Tali valori sono indicati nell'art. 2: «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

Da una prima lettura della disposizione emerge che, mentre nella prima frase dell'art. 2 TUE sono elencati i valori sui quali l'Unione si fonda, nella seconda ne viene giustificata la scelta, mettendo in luce il carattere della comunanza e chiarendo che essi sono essenziali per l'identificazione di un archetipo di “società europea”. La distinzione tra le due parti dell'articolo, però, non si ferma qui. Gli ulteriori valori indicati nella seconda frase, pur dotati di un peso specifico non indifferente, limitano il proprio riferimento ai soli rapporti tra individui. Ciò vale a dire che l'art. 7 TUE, come si vedrà, può essere chiamato a difesa dei soli valori selezionati nella prima frase.

L'attuale versione dell'art. 2 TUE è da attribuire al Trattato di Lisbona, che ha ripreso l'art. 6 della versione consolidata di Nizza⁶, ne ha modificato la numerazione e ne ha integrato il contenuto con il riferimento ad altri principi fondanti (*e.g.*, la dignità umana) e ai valori ispiratori della società europea, prima assenti. La posizione privilegiata all'interno dei Trattati, seconda sola all'affermazione della parità giuridica tra TUE e TFUE, basta a richiamarne la fondamentale rilevanza⁷.

Proprio la dignità umana è il primo valore evocato dall'art. 2 TUE, così come dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: la finalità perseguita è

⁴ Corte giust., parere 18-12-2014, 2/13, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, punto 168; sent. 06-03-2018, c-284/16, *Achmea*, punto 34; sul ruolo della Corte, v. S. F. Nicolosi, *The contribution of the Court of Justice to the codification of the founding values of the European Union*, in 19 *Rev. derecho com. eur.*, 2015, 613.

⁵ G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, VIII ed., Napoli, 2018, 19.

⁶ A sua volta, la versione precedente a quella di Lisbona riprende l'art. I-2 del “Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa”, il progetto di Costituzione fallito per la mancata ratifica dei “franchi tiratori” Francia e Paesi Bassi.

⁷ In generale, v. L. Fumagalli, *Commento all'art. 2 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, 11; W. Schroeder, *The EU founding values: constitutional character and legal implications*, in *European studies*, 2016, 50; M. Messina (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai trattati di Roma*, Napoli, 2017.

quella di collocare in questo modo la persona al centro del sistema dell'Unione⁸. E la scelta di enunciarlo in maniera autonoma, selezionato all'interno della categoria dei diritti umani ai quali continua ad appartenere, ne sottolinea la portata prodromica rispetto alla realizzazione di una comunità europea⁹.

L'art. 2 TUE fa poi riferimento alla libertà. Tale valore possiede una duplice valenza, positiva e negativa, intrecciando profili sia sociali sia politici; ne consegue che la sua rilevanza non può limitarsi alle sole quattro libertà fondamentali che pur caratterizzano il mercato unico europeo (libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali)¹⁰, ma deve estendersi a concetti cari alla tradizione democratica del vecchio continente (libertà personale, morale, religiosa, di pensiero, di espressione, *etc.*)¹¹. A ben vedere, all'interno della disposizione, il carattere polivalente della libertà costituisce il collante tra un valore personalissimo come quello della dignità umana e i successivi valori passati in rassegna dall'art. 2 TUE, di connotazione marcatamente politica, come la

⁸ Così, G. Tesauro, *supra*, 19; per approfondimento, v. S. M. Carbone, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013; sui diritti delle minoranze, v. P. Fois, *Sulle particolarità del diritto dell'Unione europea in tema di protezione delle minoranze*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, 227.

⁹ A tal proposito, v. C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in 19 *European Journal of International Law*, 2008, 683 e 684: «*Human dignity has also been incorporated judicially as a general principle of European Community law, deriving from the constitutional traditions common to Member States*»; A. Pele, *Dignidad humana y Derecho de la Unión Europea: Vida y biopolítica*, in 8 *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017: «*La dignidad humana aparece por tanto como un "valor común" fundamental a partir del cual se estructurarían ideal y políticamente los Estados miembros de la Unión*». In generale, v. P. Mengozzi, [La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana](#), in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 225; in relazione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, v. J. Jones, *Human dignity in the EU Charter of fundamental rights and its interpretation before the European Court of Justice*, in 33 *Liverpool Law Review*, 281-300; nel diritto internazionale, v. P. De Sena, [Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale](#), in 11 *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 573; con riferimento all'ordinamento italiano, v. F. M. Palombino, *L'argomento della "dignità umana" nella giurisprudenza italiana e l'incidenza della Carta di Nizza sulla sua utilizzazione*, in A. Abignente A., F. Scamardella (a cura di), *Dignità della persona*, Napoli, 2013, 205. Già nel 1993, nelle sue conclusioni alla causa *Konstantinidis c. Stadt Altensteig e Landratsamt Calw* (c-168/91), l'avv. gen Jacobs affermava che «è possibile far discendere [...] dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri [...] l'esistenza di un principio secondo il quale lo Stato deve rispettare non solo il benessere fisico della persona ma anche la sua dignità» (punto 39).

¹⁰ Per una panoramica sul tema, v. R. Mastroianni, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 319; L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano 2016; A. Arena, F. Bestagno, G. Rossolillo, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino, 2016.

¹¹ Sul punto, L. Woods, *Freedom of expression in the European Union*, in 12 *European public law*, 2006, 371; U. Villani, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, 27; R. Mokrosch, A. Regenbogen, *Can values education promote cohesion in Europe?: considerations on the example of the EU values of freedom, equality, solidarity and human dignity*; in *Common European legal thinking: essays in honour of Albrecht Weber*, 2015, 375; F. Emmert, C. Piché Carney, *The European Union Charter of Fundamental Rights vs. the Council of Europe Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: a comparison*, in 40 *Fordham international law journal*, 2017, 1047.

democrazia, l'uguaglianza e lo Stato di diritto¹².

Con riferimento alla «democrazia», i Trattati pongono a fondamento dell'Unione tanto la democrazia rappresentativa quanto i principi democratici affermati nel Titolo II del TUE¹³. Sotto la spinta di questo valore, l'Unione ha sensibilmente ridotto nel corso degli anni il *deficit* rappresentativo di cui è stata accusata fin dalla sua origine. Invero, il metodo intergovernativo ha gradualmente ceduto il passo al metodo comunitario, che oggi costituisce la regola nel processo legislativo-decisionale; tuttavia, il settore della politica estera e di sicurezza comune, così come quello della politica di difesa, restano vincolati ad una logica di mera collaborazione. A tal proposito, la Corte di giustizia ha più volte rammentato che «la partecipazione del Parlamento alla procedura legislativa è il riflesso, sul piano dell'Unione, di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa»¹⁴. Ciò vuol dire che nell'Unione europea l'esigenza democratica non può essere implementata solamente attraverso organi e meccanismi indiretti di rappresentanza. Se è vero, infatti, che i membri del Consiglio europeo e del Consiglio sono eletti democraticamente nei rispettivi Stati membri e sono per questo responsabili dinanzi ai loro Parlamenti nazionali e ai loro cittadini, è altresì vero che la democrazia diretta costituisce la massima fonte di legittimazione democratica, che si realizza attraverso l'elezione diretta del Parlamento europeo, il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo decisionale¹⁵, la partecipazione dei cittadini degli Stati membri alla vita democratica dell'Unione¹⁶,

¹² Su ulteriori categorizzazioni dei valori di cui all'art. 2 TUE, si veda E. Cannizzaro, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 158; l'autore, pur riconoscendo la natura sommaria della formulazione, classifica i valori in quelli che tutelano interessi collettivi (democrazia, Stato di diritto) e quelli che tutelano interessi individuali (dignità umana, uguaglianza) che a loro volta si suddividono in valori di carattere specifico (dignità) e di carattere generale (rispetto dei diritti umani).

¹³ Sul valore della democrazia all'interno dell'Unione, v. M. Fragola, *Temî di diritto dell'Unione europea: democrazia, governance e diritti dei singoli nell'Unione europea*, Milano, 2015.

¹⁴ Corte giust., sent. 29-10-1980, c-138/79, *Roquette Frères c. Consiglio*, punto 33; sent. 29-10-1980, c-139/79, *Maizena c. Consiglio*, punto 20; 11-06-1991, c-300/89, *Commissione e Parlamento c. Consiglio* (Biossido di titanio), punto 20; 19-07-2012, c-130/10, *Parlamento c. Consiglio*, punto 81.

¹⁵ A tal proposito, v. il Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, che procedimentalizza e regola il funzionamento dell'intervento dei Parlamenti nazionali, *ex ante* ed *ex post*, nel processo decisionale dell'Unione. Tale intervento si realizza solo nei settori dove all'Unione non sia stata attribuita alcuna competenza esclusiva. In dottrina, v. N. Lupo, *Le molteplici funzioni dell'early warning system, alla luce del terzo "cartellino giallo" sui lavoratori distaccati*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 583.

¹⁶ Ad es., attraverso l'istituto della petizione (art 11, par. 4 TFUE): un milione di cittadini dell'Unione «che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati». In dottrina, v. G. Porro, *Democrazia diretta e Unione europea: il ruolo dell'iniziativa dei cittadini europei*, in questa *Rivista*, 4, 2014, 1585; G. Fiengo, *Nuove forme di democrazia partecipativa in Europa: il rafforzamento della dimensione regionale nel Trattato di Lisbona*, in *Scritti in onore di Giuseppe*

il ruolo dei partiti politici nella formazione di una coscienza civica europea¹⁷.

Dopo il riferimento alla democrazia, la disposizione richiama l'«uguaglianza». Sebbene il rimando non sia esplicito, è evidente che per uguaglianza debba intendersi sia quella formale che quella sostanziale. Mentre la prima, strettamente legata al principio di legalità, è promossa dall'applicazione uniforme del diritto, la seconda rinvia al modello di *welfare* europeo. È vero che i responsabili della politica sociale restano i governi nazionali; tuttavia, l'Unione europea sostiene e integra tali programmi attraverso le sue politiche e i relativi finanziamenti, intervenendo altresì nella regolazione di principio (come, ad es., per i servizi di interesse economico generale)¹⁸.

Ancora, l'art. 2 TUE fa riferimento al principio dello «Stato di diritto», che impone l'osservanza effettiva del diritto dell'Unione a tutti i soggetti sottoposti al suo cono d'ombra, vale a dire istituzioni e organi, Stati membri e singoli (persone fisiche e giuridiche)¹⁹. Oltre al principio di legalità *stricto sensu*, devono ricomprendersi nella più ampia nozione di Stato di diritto anche i corollari dell'equo processo, dell'uguaglianza davanti alla legge, del *ne bis in idem*, dell'indipendenza del potere giudiziario e dell'effettività del suo controllo.

La *rule of law* costituisce un cardine essenziale per gli ordinamenti costituzionali di ispirazione liberal-democratica²⁰; a tal proposito, occorre rammentare che i giudici di Lussemburgo hanno assimilato l'Unione a una vera e propria «Unione di diritto»²¹, riconoscendo che «né gli Stati membri né le

Tesauro, Napoli, 2014, 1663; K. Lenaerts, *EU citizenship and democracy*, in 7 *New journal of European criminal law*, 2016, 164.

¹⁷ R. Perrone, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti?*, in *Giur. cost.*, 2017, 929.

¹⁸ Sul principio di uguaglianza nel diritto dell'Unione europea, v. G. Biagioni, I. Castangia, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2011; sul concetto di «diritto sociale europeo», cfr. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale: Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010; P. De Pasquale, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, 1643; F. Vandenbroucke, C. Barnard, G. De Baere, *A European Social Union after the crisis*, Cambridge, 2017. Recentemente, v. M. Ferrera, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, in *Quad. Cost.*, 2018, 567; E. Pataut, *Tours et détours de l'Europe sociale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2018, 9.

¹⁹ Copiosa la dottrina in materia: *ex multis*, G. De Baere, J. Wouters (eds.), *The Contribution of International and Supranational Courts to the Rule of Law*, Leuven, 2015; W. Schroeder (ed.), *Strengthening the rule of law in Europe: from a common concept to mechanisms of implementation*, Oxford, 2016; C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; F. Casolari, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in questa *Rivista*, 2016, 135; G. Caggiano, *Dialogo sullo Stato di diritto negli Stati membri dell'Unione europea*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 513; J. Schukking, *Protection of human rights and the rule of law in Europe: a shared responsibility*, in 36 *Netherlands quarterly of human rights*, 2018, 152. V. anche le conclusioni del Consiglio e degli Stati membri del 16-12-2014 *sulla garanzia del rispetto dello Stato di diritto* (16936/14): per un commento, si veda O. Porchia, *Le conclusioni del consiglio del 16 dicembre 2014 "Rafforzare lo stato di diritto: un significativo risultato della Presidenza italiana"*, in *Eurojus.it*.

²⁰ Per la differenza e i rapporti tra il valore della democrazia e quello dello Stato di diritto, v. E. Levits, *ibidem*, 517: «*À la différence de la démocratie, qui dispose d'un concept central et visible, l'État de droit constitue une catégorie de structure complexe*».

²¹ L'espressione originaria prevedeva il termine «Comunità» anziché «Unione»; la nuova perifrasi «Unione di diritto» è apparsa in concomitanza con l'entrata in vigore del Trattato di

istituzioni comunitarie sono sottratti al controllo della conformità dei loro comportamenti alla carta costituzionale fondamentale costituita» dai Trattati²². Parimenti, «l'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione, è inerente all'esistenza di uno Stato di diritto»²³.

Ulteriormente, risulta imprescindibile il «rispetto dei diritti umani», che ha trovato un ulteriore e specifico riconoscimento nell'art. 6 TUE. Sebbene già tutelati dalla Corte attraverso l'*escamotage* dei principi generali²⁴, tale articolo ha certamente rafforzato la giurisprudenza della *Cvria*, da un lato attribuendo alla Carta dei diritti fondamentali lo stesso valore giuridico dei Trattati e, dall'altro, imponendo il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, quali garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni. A tal proposito, va sottolineato che mentre l'ambito di applicazione della CEDU è limitato all'«attuazione del diritto dell'Unione» (art. 51, n. 1 CDFUE)²⁵, l'art. 2 TUE presenta una portata più ampia, giacché opera anche nelle situazioni cc.dd. puramente interne.

Suscita più di una perplessità, invece, l'assenza del principio di solidarietà dal novero dei valori fondamentali dell'Unione di cui all'art. 2 TUE, sebbene sia richiamato limitatamente ai rapporti tra individui. La questione non costituisce un mero esercizio accademico, giacché, come si vedrà, la procedura sanzionatoria di cui all'art. 7 TUE può essere attivata soltanto per la violazione dei valori espressamente citati dall'art. 2 TUE²⁶. Peraltro, va ricordato che l'adesione dei

Lisbona. Quest'ultima è rinvenibile in: Corte giust., sent. 27-02-2018, c-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punto 31; sent. 25-06-2018, c-216/18, *LM*, punto 49.

²² Corte giust., sent. 23-04-1986, c-294/83, *Les Verts c. Parlamento*, punto 23.

²³ Così, Corte giust., sent. 15-05-1986, c-222/84, *Johnston*, punti 18 e 19; sent. 15-10-1987, 222/86, *Heylens e a.*, punto 14; 11-09-2008, da c-428/06 a c-434/06, *UGT-Rioja e a.*, punto 80; sent. 06-10-2015, c-362/14, *Schrems*, punto 95.

²⁴ Già, in tempi risalenti, M. Melchior, *I principi generali di diritto quale fondamento della protezione dei diritti dell'uomo nel quadro comunitario*, in *Europa e diritti umani*, 1981, 45.

²⁵ A tal riguardo, v. la celebre sentenza Corte giust., sent. 26-02-2013, c-617/10, *Åkerberg Fransson*.

²⁶ Nonostante le conseguenze giuridiche derivanti dal mancato inserimento della solidarietà nell'elenco di cui all'art. 2 TUE, è stato autorevolmente sostenuto che essa rientri tra i valori che sostengono il modello di società europea quale deriva dai Trattati. In tale ottica l'avvocato generale Bot, nelle sue conclusioni alle cause c-643/15 e c-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria/Consiglio dell'Unione europea*, ha insistito nell'affermare che la solidarietà costituisce uno dei principi alla base della costruzione europea, ritenendo, fin dai primi punti, che i presenti ricorsi offrissero l'occasione per ricordare che «la solidarietà costituisce al contempo la ragion d'essere e la finalità del progetto europeo» (punto 17; così anche B. Favreau, *La Charte des droits fondamentaux: pourquoi et comment?*, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2010, 3). Nondimeno, l'incertezza causata dalla polivalenza del principio ha incoraggiato l'assunzione, da parte di alcuni Stati membri, di posizioni a favore di una solidarietà assunta liberamente e fondata unicamente su impegni volontari. D'altronde, si spiegherebbe così l'assenza del principio di solidarietà dai valori fondanti dell'Unione elencati all'art. 2 TUE. Altrimenti, comportamenti in violazione del principio di solidarietà avrebbero permesso l'attivazione della c.d. clausola di sospensione e della relativa procedura ai sensi dell'art. 7 TUE, certamente più gravosa di quella del ricorso per inadempimento (R. Bieber, F. Maiani, *Sans solidarité point d'Union européenne, Regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du Système européen commun d'asile*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, 295). Per approfondimento sul carattere (pre)giuridico della solidarietà, sia consentito rimandare a A. Circolo, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo*

Paesi candidati è subordinata al rispetto di suddetti valori²⁷.

Ancora, occorre chiedersi se l'ordine dall'art. 2 TUE sia stato scelto al fine di determinare una scala gerarchica dei valori, rilevante ai fini di eventuali conflitti applicativi. Certamente, non può ignorarsi che l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali attribuisca valore assoluto alla dignità umana, affermando che essa va «tutelata e rispettata», in quanto «è inviolabile»²⁸. Ad ogni modo, spetta alla Corte individuare un equilibrio relazionale che risolva e prevenga eventuali contrasti inter-valoriali, dal momento che, come è noto, essa esercita una funzione nomofilattica, assicurando «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati» (art. 19 TUE). Sembra, quindi, ragionevole ritenere che la prevalenza di un valore rispetto ad un altro non può essere definita *in abstracto*, ma deve determinarsi con specifico riferimento alle concrete situazioni controverse, poiché il bilanciamento non va effettuato tra i valori stessi, bensì tra le regole giuridiche che di volta in volta li esprimono²⁹.

Pure va notato che talvolta i singoli valori sono definiti principi, senza però che tale differente denominazione incida sulla loro reciproca portata³⁰.

Resta da precisare che i valori fondanti dell'Unione, enunciati anche nei considerando del Preambolo del TUE, in altre disposizioni dei Trattati e dai Protocolli ad essi allegati, nonché dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU, non vanno confusi con i suoi obiettivi, che sono invece richiamati all'art. 3 TUE e guidano l'azione dell'Unione, distinguendola rispetto a quella di altre organizzazioni internazionali³¹. Nondimeno, i valori fondanti e gli obiettivi dell'Unione sono legati dal filo rosso dell'obiettivo dell'integrazione europea, ossia

giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia (GS) nel caso *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in questa *Rivista online*, 34, spec. 207-210.

²⁷ Sul punto, cfr. O. Porchia, *Le respect de l'État de droit dans les états membres: la complémentarité des initiatives politiques et le rôle de la Cour de justice*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 770. L'autrice riporta come ancora oggi paesi come la Bulgaria e la Romania siano sottoposti al costante controllo del "Meccanismo di controllo e verifica" (MCV), istituito dalla Commissione, dopo l'adesione dei due Paesi, come misura transitoria per aiutare gli stessi a porre rimedio alle carenze riferibili alla lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata.

²⁸ A sostegno della preminenza assoluta della dignità umana, v. J. Bergmann, *Werteordnung und Menschenbild*, in J. Bergmann (Hrsg.), *Handlexicon der Europäischen Union*, IV ed., Baden-Baden, 2012, 1002.

²⁹ Cfr. E. Levits, *ibidem*, 516.

³⁰ Soprattutto nella lingua inglese, i termini «*values*» e «*principles*» vengono indistintamente utilizzati e ritenuti intercambiabili. Il Trattato sull'Unione, all'art. 2 *TEU*, riporta il sostantivo «*values*»; tuttavia, sui diversi siti *web* riconducibili al Parlamento europeo, e, in generale, all'Unione europea, nonché nei lavori di autorevoli studiosi, è più volte riscontrabile il termine «*principles*» (*ex multis*, v. A. von Bogdandy, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in 16 *European Law Journal*, 2010, 95).

³¹ Tra gli obiettivi dell'Unione, la promozione della pace costituisce sicuramente uno dei principali (art. 3, par. 1 TUE). A conferma di ciò, nel 2012 l'Unione europea ha ricevuto il premio Nobel per aver contribuito alla pace, alla riconciliazione, alla democrazia e ai diritti umani in Europa. Il comitato norvegese per il premio ha motivato la sua decisione sottolineando la funzione di stabilizzazione svolta dall'UE nel trasformare la maggior parte dell'Europa da un continente di guerra in un continente di pace. Per approfondimento, v. *L'Unione europea riceve il premio Nobel per la pace 2012*, in *europa.eu*.

dall'«unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa»³².

2. La vicenda polacca e ungherese.

I valori fondanti dell'Unione sono stati messi seriamente a rischio dai recenti avvicendamenti che hanno coinvolto e continuano a coinvolgere due Stati membri dell'Unione, la Polonia³³ e l'Ungheria³⁴.

³² Art. 1, par. 2 TUE; così, G. Tesauro, *ibidem*, 21.

³³ Il Parlamento polacco ha approvato un pacchetto di quattro leggi di riforma del sistema giudiziario. Il primo provvedimento è un emendamento alla legge sul Consiglio nazionale della magistratura (*Krs*), organo costituzionale che ha il compito di salvaguardare l'indipendenza dei magistrati e dei giudici e (dei quali decreta nomine e promozioni). La nuova legge prevede lo scioglimento del Consiglio e assegna al Parlamento, e non ai giudici stessi, il potere di nomina di 15 dei suoi 25 membri. La seconda legge comporta diverse modifiche alle regole per la nomina dei giudici della Corte suprema: i suoi membri potrebbero essere così prepensionati forzatamente, lasciando in questo modo al Ministro della Giustizia il potere di decidere quali possono invece restare. La terza misura riorganizza il lavoro delle Corti ordinarie. Cambiano così le modalità di nomina dei Presidenti dei Tribunali distrettuali e delle Corti d'appello, rendendo il Ministro della Giustizia il solo responsabile di tali decisioni; inoltre, la discriminazione di genere derivante dall'introduzione di una differente età pensionabile per i magistrati donna (60 anni) e uomo (65 anni), in violazione dell'articolo 157 TFUE e della direttiva 2006/54 sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. A tal proposito, v. European Commission, *European Commission launches infringement against Poland over measures affecting the judiciary*, Brussels, 29-07-2017; sulla questione è intervenuto anche un parere della Commissione di Venezia, organo consultivo del Consiglio d'Europa esperto di diritto costituzionale: v. Venice Commission, *Poland should settle its constitutional crisis by respecting judgements of its Constitutional Tribunal*, Ref. DC 041(2016), Venice, 11-03-2016; in dottrina, v. E. Cimiotta, *La prima volta per la procedura di controllo sul rispetto dei valori dell'Unione prevista dall'art. 7 TUE? Alcune implicazioni per l'integrazione europea*, in *European Papers*, 2016, 1253; S. Labayle, *Respect des valeurs de l'Union européenne en Pologne: première application du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit*, in *European Papers*, 2016, 1283.

³⁴ Gli sviluppi della vicenda ungherese descrivono un grave deterioramento, nel corso degli anni, dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti fondamentali: in particolare, appaiono compromessi la libertà di espressione e il pluralismo dei media (v. la chiusura del giornale *Népszabadság*); la libertà accademica (con la minaccia della chiusura dell'Università dell'Europa centrale di Budapest); i diritti umani dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati (nel 2016 il 91,54 % delle domande di asilo è stato respinto); la libertà di riunione e di associazione e le restrizioni e gli ostacoli alle attività delle organizzazioni della società civile; il diritto alla parità di trattamento, i diritti delle persone appartenenti a minoranze, compresi gli ebrei e le persone LGBTI; i diritti dei rom (v. lo sgombero dei rom a Miskolc e la segregazione dei bambini rom nell'istruzione); i diritti sociali; il funzionamento del sistema costituzionale (specie l'indipendenza della magistratura e delle altre istituzioni; si pensi inoltre alla possibilità di pronunciare una sentenza di condanna all'ergastolo ostativo e alla sorveglianza di massa). Per una ricostruzione dettagliata, cfr. A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2014; Z. Szente, *Challenging the Basic Values: Problems with the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle them*, in Jakab A., Kochenov D. (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, London, 2017, 456; A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in questa *Rivista online*, 17-09-2018; i numerosi articoli, fin dal 2014, di G. Halmai su *Verfassungsblog*. In questo senso, v. la pronuncia della Corte di giustizia nella causa *Commissione c. Ungheria* (sent. 8-04-2014, c-288/12): la grande sezione della Corte ha condannato l'Ungheria per aver posto anticipatamente fine al mandato dell'autorità di controllo per la protezione dei dati personali in maniera ingiustificata. Ancora, v. le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: nel ricorso *Baka c. Ungheria* (ric. 20261/2012, 23-06-2016) la Corte ha stabilito che l'Ungheria ha violato il diritto a un giusto processo e la libertà di espressione di András Baka, ex presidente

Più precisamente, la messa in pericolo di alcuni di essi - quali la libertà, l'uguaglianza, la democrazia, i diritti umani, lo Stato di diritto, la separazione dei poteri, l'indipendenza della magistratura e più in generale il libero funzionamento del sistema costituzionale - ha richiesto l'intervento delle istituzioni europee titolari dei poteri di controllo e supervisione sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione.

In relazione al caso polacco, è stata la Commissione a giungere alla conclusione che in Polonia esiste un chiaro rischio di grave violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE e ha proposto al Consiglio di adottare una decisione a norma dell'art. 7, par. 1 TUE³⁵. La decisione della Commissione si è inserita nell'ambito di una procedura di concertazione e di dialogo aperta con lo Stato polacco già nel 2016, che, però, non ha dato i suoi frutti³⁶.

Con riferimento alla situazione ungherese, invece, l'autore dell'attivazione dell'art. 7 TUE è stato il Parlamento europeo, che, con 448 voti favorevoli e 197 contrari, ha approvato la risoluzione che constata il rischio della messa in pericolo dei valori fondamentali dell'Unione e sollecita il Consiglio ad intervenire a difesa del funzionamento dell'ordinamento costituzionale e dell'integrità del sistema democratico in Ungheria³⁷.

della Corte suprema ungherese; nel caso *Szabó e Vissy c. Ungheria* (ric. 37138/14, 12-01-2016) la Corte EDU ha stabilito che la normativa ungherese in materia di sorveglianza segreta antiterrorismo, introdotta nel 2011, violava il diritto di rispettare la vita privata e familiare, il domicilio e la corrispondenza; infine, nella causa *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (ric. 47287/15, 14-03-2017) la Corte ha riscontrato la violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza, del diritto di disporre di mezzi di ricorso efficaci per quanto concerne le condizioni nella zona di transito di Röszke e del diritto di essere tutelati da trattamenti disumani e degradanti in relazione all'espulsione dei richiedenti asilo verso la Serbia.

³⁵ V. European Commission, *Rule of Law: European Commission acts to defend judicial independence in Poland*, (COM (2017) 835), in *europa.eu*, Brussels, 20-12-2017.

³⁶ Dal giugno 2016 la Commissione ha adottato tre raccomandazioni, nell'ottica dell'apertura di un dialogo che potesse porre fine a tali violazioni in maniera informale, prima di avviare un procedimento d'infrazione nei confronti della Polonia ai sensi dell'art. 258 TFUE, notificando una lettera di messa in mora: per approfondimento, v. European Commission, *Commission adopts Rule of Law Opinion on the situation in Poland*, in *europa.eu*, Brussels, 01-06-2016; *Rule of Law: Commission discusses latest developments and issues complementary Recommendation to Poland*, 2017/146, in *europa.eu*, Brussels, 21-12-2016; *European Commission acts to preserve the rule of law in Poland*, C(2017) 5320 final, in *europa.eu*, Brussels, 26-07-2017; *European Commission launches infringement against Poland over measures affecting the judiciary*, in *europa.eu*, Brussels, 29-07-2017. A tal proposito, v. F. Di Dario, *La tutela dei valori dell'UE dopo la prima attivazione del "nuovo quadro per rafforzare lo stato di diritto"*, in *Comun. Internaz.*, 2016, 203; N. Lazzerini, *Less is more? Qualche rilievo sulla legittimità e sul merito delle recenti iniziative delle istituzioni europee in materia di salvaguardia dei valori fondanti dell'Unione*, in *Riv. dir. internaz.*, 2, 2016, 514.

³⁷ Parlamento europeo, risoluzione *su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione* (2017/2131(INL)), Strasburgo, 12-09-2018 (conosciuto anche come "Rapporto Sargentini", A8-2018-0250). In precedenza, v. European Parliament, *European Parliament resolution on the situation in Hungary* (2017/2656(RSP)), Strasbourg, 17-05-2017: nella suddetta risoluzione, dopo aver sollecitato il governo di Budapest ad adottare immediatamente tutte le misure idonee a far rientrare la minaccia ai valori fondamentali dell'UE, il Parlamento europeo concludeva affermando di essere del parere che «l'attuale situazione in Ungheria rappresenti un evidente rischio di violazione grave dei valori di cui all'art. 2 TUE e, perciò, giustifichi l'avvio della procedura descritta all'art. 7, par. 1 TUE, incaricando, pertanto, la commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni di avviare la procedura e di elaborare, a norma dell'art. 83 del

I due casi appena riportati costituiscono le prime ipotesi di attivazione formale, nella storia dell'Unione, della procedura, monitoria prima, sanzionatoria poi, di cui all'art. 7 TUE, meccanismo destinato dai Trattati a protezione dei valori sui cui si fonda l'Unione, elencati all'art. 2 TUE³⁸. La scarsa prassi in materia induce pertanto ad analizzare “lo stato di salute” dell'istituto, alla luce delle sue prime applicazioni e sulla base della criticità manifestate.

3. L'art. 7 TUE: il percorso storico.

28

Se è vero che i valori passati in rassegna, sanciti dall'art. 2 TUE, risultano essere i valori ispiratori dell'intero disegno europeista fin dal principio, è altrettanto vero che la normativizzazione di una procedura *ad hoc* che permettesse ai Paesi membri di sanzionare lo Stato reo di aver violato “le regole basilari del gioco” ha dovuto attendere l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1999). Il ritardo legislativo è da imputare, però, alle resistenze opposte dagli stessi Stati membri. Infatti, la *lacuna legis* è fuor di dubbio ideologica, e non tecnica, giacché la motivazione principale si intreccia con quella dell'assenza di una norma sull'espulsione di un Paese membro dall'Unione³⁹, e, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2009), sul recesso dalla stessa⁴⁰. D'altronde, regolare la

regolamento del Parlamento europeo, una relazione specifica nell'ottica di votare in Aula una proposta motivata in cui si inviti il Consiglio ad agire ai sensi dell'articolo 7, par. 1, TUE». Sulla legalità del voto del 12 settembre, v. C. Curti Gialdino, *Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo “Stato di diritto”, si viola la regola di diritto*, in *federalismi.it*, 19-09-2018: secondo l'autore, l'Ungheria potrebbe adire la Corte di giustizia per l'annullamento della risoluzione approvata dal Parlamento a seguito della violazione delle regole circa la modalità di votazione della plenaria e il calcolo dei voti espressi.

³⁸ Sui tentativi più risalenti di attivare l'art. 7 TUE, tuttavia non ultimati, v. R. Mastroianni, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 605: nel caso dell'espulsione dei Rom dalla Francia (risoluzione del Parlamento europeo del 06-09-2010 (2010/2842(RSP)); nel caso delle dichiarazioni espresse dal primo ministro ungherese sulla pena di morte (risoluzione del Parlamento europeo del 10-06-2015 *sulla situazione in Ungheria* (2015/2700(RSP)); ancora, nei confronti dell'Ungheria, con riferimento alle controverse riforme costituzionali promosse dal governo (risoluzione del Parlamento europeo del 03-07-2013 *sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria* (in applicazione della risoluzione del Parlamento europeo del 16-02-2012) (2012/2130(INI))). V. anche la risoluzione del Parlamento europeo *sullo Stato di diritto a Malta* del 15-11-2017, (2017/2935(RSP)), con la quale gli europarlamentari hanno richiesto alla Commissione di avviare con Malta un “dialogo sul funzionamento dello Stato di diritto” con particolare riferimento alle azioni insufficienti contro il riciclaggio di denaro e la corruzione e al programma di concessione della cittadinanza dell'Unione a terzi (“Cittadinanza tramite investimento”).

³⁹ Basti pensare alle dichiarazioni, nel settembre 2016, dell'allora Presidente del Parlamento europeo, Martin Schulz, che, pur ritenendo comprensibili le apprensioni del Ministro degli Esteri lussemburghese Jean Asselborn, definì «un'enorme sciocchezza» la sua richiesta di espulsione dell'Ungheria dall'Unione per la questione del trattamento dei migranti alle frontiere ungheresi.

⁴⁰ In relazione alla *membership* nelle organizzazioni internazionali, pur essendo tutti e tre riconducibili nel novero delle cause di perdita della qualità di membro di un'organizzazione, il fenomeno della sospensione va distinto nettamente da quelli dell'espulsione e del recesso (la cui ulteriore differenza rispetto ad entrambe è da rinvenire nel soggetto dal quale viene emanato l'atto della decisione): la definitività degli effetti appartiene infatti solo a quest'ultime due.

possibilità di condannare uno Stato membro inottemperante, seppur col metodo intergovernativo (che lascia ancora notevole margine di manovra alle singole sovranità), appariva contraria allo “spirito dei Trattati” e foriera di rallentamenti circa il processo di allargamento comunitario.

Il Trattato di Amsterdam, intervenendo sia sul TUE (art. 7) che sul TCE (art. 309)⁴¹, ha predisposto per la prima volta la c.d. clausola di sospensione. La versione risalente⁴² della disposizione non ha conosciuto grosse correzioni sostanziali nelle successive revisioni dei Trattati, se non per pura chiarezza lessicale o nella numerazione degli articoli interessati (la quale ha vissuto una continua risistemazione anche dopo Nizza e Lisbona); la modifica più considerevole rispetto alla versione di Amsterdam consiste certamente nell’inserimento di una fase interlocutoria, tra la violazione e il sanzionamento, previo accertamento definitivo, della stessa, nella quale il Consiglio, dopo aver ascoltato le ragioni dello Stato membro in questione e avergli rivolto delle raccomandazioni, constata, per il momento, l’esistenza del solo rischio che tali violazioni siano effettive⁴³.

3.1. La procedura.

Attualmente, l’art. 7 TUE stabilisce che il Consiglio possa sospendere alcuni diritti (compreso quello di voto in seno al Consiglio stesso) che i Trattati riconoscono a favore dello Stato membro in questione, senza che questo smetta di essere vincolato dagli obblighi che derivano dai medesimi Trattati, dopo che le istituzioni europee incaricate abbiano accertato, a più riprese, la violazione dei valori fondamentali di cui all’art. 2 TUE⁴⁴.

⁴¹ Si veda l’attuale art. 354 TFUE.

⁴² La norma veniva predisposta inserendo, alla fine del Titolo I, l’articolo F.I.

⁴³ Cfr. G. Strozzi, R. Mastroianni, *Diritto dell’Unione europea*, VII ed., Torino, 2016, 52. Gli autori ricordano che la procedura nasce nel 2003 ma prende le mosse dalla contestazione rivolta informalmente all’Austria nel 2000, a causa della partecipazione alla compagine governativa di un partito di estrema destra (FPÖ), di ispirazione ultranazionalista e xenofoba (*Affaire Haider*); i governi degli (allora) altri quattordici Stati membri annunciarono di voler adottare misure contro l’Austria (misure poi revocate a seguito di un rapporto di un Comitato appositamente nominato che concluse per il sostanziale rispetto da parte di quel governo degli impegni comunitari).

⁴⁴ Si riporta integralmente il testo dell’art. 7 TUE: «1) Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all’articolo 2. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura. Il Consiglio verifica regolarmente se i motivi che hanno condotto a tale constatazione permangono validi; 2) Il Consiglio europeo, deliberando all’unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l’esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all’articolo 2, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni; 3) Qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall’applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell’agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui

La gravità e la complessità della procedura spingono a puntualizzare da subito che essa è operante solamente per comportamenti sistemici in violazione dei valori fondanti dell'Unione e non per incidenti *una tantum*⁴⁵. A tale riguardo, autorevole dottrina ha messo in luce che l'art. 7 TUE costituisce la “nemesi” della dottrina *Solange* e della teoria dei controlimiti; infatti, in questo caso è l'Unione ad ergersi a protezione dei valori che considera basilari e irrinunciabili⁴⁶.

Come detto, la disposizione è rimasta pressoché inalterata in virtù della prassi del tutto assente, almeno fino ai tempi più recenti, segnale anche della mancata volontà politica, da parte degli Stati membri, di attivare un meccanismo sanzionatorio in prima persona⁴⁷ in ragione della «sensibilità alla sovranità»⁴⁸.

Gli ostacoli maggiori all'utilizzo effettivo ed efficace di quella che è stata definita, dall'*ex* Presidente della Commissione Juan Manuel Barroso, «l'opzione nucleare»⁴⁹ sembrano doversi individuare «tanto nella soglia di attivazione richiesta quanto nelle complessità procedurali e nelle soglie di voto che ne hanno reso impervia l'utilizzazione»⁵⁰. Invero, l'art. 7, par. 1 TUE richiede che vi sia la maggioranza dei quattro quinti dei membri del Consiglio, su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, per il solo accertamento di un «evidente rischio di violazione grave»; mentre, nella seconda fase, quella della constatazione «[del]l'esistenza di una violazione grave e persistente», che può successivamente condurre all'adozione di sanzioni nei confronti dello Stato censurato, è previsto

diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche. Lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dai trattati; 4) Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare o revocare le misure adottate a norma del paragrafo 3, per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione; 5) Le modalità di voto che, ai fini del presente articolo, si applicano al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sono stabilite nell'articolo 354 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

⁴⁵ Così, H. Labayle, *Winter is coming: la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'état de droit (première partie)*, in *gdr-elsj.eu*, 16-09-2018: «L'état des lieux opéré à l'occasion du déclenchement de la procédure de l'article 7 permet d'opérer un double jugement: celui du caractère “systémique” ou non de la violation qui est alléguée et d'écarter la thèse de “l'accident”»; E. Cannizzaro, *ibidem*, 162: «Nel caso dei diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento dell'Unione, lo standard di protezione attiene a singole violazioni dei diritti; di converso, nel caso dei valori tutelati dall'art. 2 TUE tale standard non viene applicato in un caso singolo; ché altrimenti si giungerebbe alla paradossale conclusione che una violazione singola di uno dei diritti della Carta valga ad accertare il mancato rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione. Esso ha invece la funzione di accertare deviazioni massicce e reiterate dei diritti fondamentali».

⁴⁶ A. von Bogdandy, *Reverse Solange - protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in 49 *C. Mkt. L. Rev.*, 2012, 489.

⁴⁷ Del resto, è ciò che accade anche per la procedura di infrazione, dove la prassi applicativa dell'art. 259 TFUE è davvero povera: Corte giust., sent. 4-10-1979, c-141/78, *Francia c. Regno Unito*; sent. 16-05-2000, c-388/95, *Belgio c. Spagna*; sent. 12-09-2006, c-145/04, *Spagna c. Regno Unito*.

⁴⁸ «Sensitivity about sovereignty»: Mattias Kumm in J.-W. Müller, *Safeguarding Democracy inside the EU Brussels and the Future of Liberal Order*, in *Transatlantic Academy Paper Series*, Washington, 2013, 16.

⁴⁹ J. M. Barroso, *Discorso annuale sullo stato dell'Unione pronunciato al Parlamento europeo*, Strasburgo, 12-09-2012.

⁵⁰ P. Mori, *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma, stato e prospettive dell'Unione europea*, in A. Tizzano (a cura di), *Quaderni della rivista, Dir. Un. eur.*, Torino, 2016, 207.

che il Consiglio europeo deliberi all'unanimità, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo. È infine il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, a stabilire quali diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei Trattati debbano essere sospesi qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al par. 2 dell'art. 7 TUE.

Dalla lettura della disposizione appare, *ictu oculi*, una differenza rilevante tra le prime due fasi. La constatazione dell'esistenza della violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE necessita, infatti, di un consenso ben diverso da quello utile ai fini della constatazione del solo rischio della violazione stessa. L'unanimità richiesta dall'art. 7 TUE all'interno del Consiglio europeo per certificare l'effettiva sussistenza della violazione e far sì che il Consiglio possa comminare un'eventuale sospensione dei diritti ai danni di uno Stato membro potrebbe non essere raggiunta in virtù di un'alleanza di comodo tra quest'ultimo ed altri Stati accondiscendenti. Si pensi proprio alla situazione della Polonia e dell'Ungheria, entrambe sotto la lente d'ingrandimento della Commissione, le quali hanno rispolverato antiche forme di collaborazione e di reciproco interesse tra i due Paesi, parti del "Gruppo di Visegrád"⁵¹. Sicché la regola dell'unanimità, nell'Europa a 28, costituisce un intralcio apparentemente insuperabile.

Prima ancora che si manifestasse la crisi democratica in Polonia e in Ungheria, la Commissione, per far fronte alle criticità sopra riscontrate, aveva già varato una nuova procedura di concertazione⁵². Precisamente, l'obiettivo principale della comunicazione denominata "nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto"⁵³ è quello di adottare «il potere leggero della persuasione politica»⁵⁴. Così, utilizzando strumenti più informali, come un dialogo costruttivo tra lo Stato ritenuto reo e la Commissione, si cercherebbe di far rientrare la minaccia ai valori di cui all'art. 2 TUE prima ancora che si verificino le condizioni per attivare i meccanismi previsti dall'art. 7 TUE (da qui l'etichetta di "procedura pre-art. 7"). Solo nell'ipotesi in cui la procedura non andasse a buon fine, tenuto comunque conto della sua natura non vincolante, verrebbe ufficialmente

⁵¹ Il Gruppo di Visegrád, noto anche come Visegrád 4 o V4, è un'alleanza di quattro paesi dell'Europa centrale: Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria. Questo si è costituito a seguito di un vertice dei capi di Stato e di governo di [Cecoslovacchia](#), Ungheria e Polonia tenutosi nella città ungherese di [Visegrád](#) il 15 febbraio 1991. L'incontro si era svolto per stabilire e rafforzare la [cooperazione](#) fra questi tre Stati (divenuti quattro il 1° gennaio del 1993 con la divisione consensuale della Cecoslovacchia), allo scopo di promuovere l'integrazione unitaria del gruppo nell'[Unione europea](#). L'alleanza potrebbe nuovamente rafforzarsi, anche per mezzo della procedura di infrazione, attivata dalla Commissione proprio ai danni di Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria, per i mancati ricollocamenti dei migranti da Italia e Grecia. Per approfondimenti sulla questione, v. European Commission, *Relocation: Commission launches infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland*, in [europa.eu](#), Brussels, 14-06-2017.

⁵² La nuova procedura è stata applicata per la prima volta nel 2016 proprio nei confronti dello Stato polacco, colpevole, secondo la Commissione, di aver violato i principi dello Stato di diritto attraverso la nuova normativa sulla Corte costituzionale.

⁵³ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 final, Strasburgo, 11-04-2014.

⁵⁴ Perifrasi fortunata di J. M. Barroso in P. Mori, *ibidem*, 207.

formalizzata l'attivazione degli strumenti di cui all'art. 7 TUE o, se del caso, all'art. 258 TFUE. Ad ogni modo, il dialogo innestato tra le parti potrebbe rivelarsi utile per circostanziare la potenziale violazione, orientando in tal modo la scelta verso la clausola di sospensione piuttosto che verso il ricorso per infrazione.

Peraltro, come già è stato evidenziato con riferimento alle prescrizioni materiali a protezione dei diritti umani, anche le relative norme procedurali hanno diversi ambiti di applicazione. Invero, la portata dell'art. 7 TUE è più estesa di quella del ricorso per inadempimento, non essendo il primo limitato all'area del diritto dell'Unione. Difatti, alla luce di tale disposizione, l'Unione ha la facoltà di attivare la clausola di sospensione in caso di violazione dei suoi valori fondanti anche in un settore di autonoma competenza di un Paese membro, purché questi siano a serio rischio.

La procedura di concertazione è stata, tuttavia, fortemente criticata per l'assenza di una base giuridica all'interno dei Trattati, dal momento che trae origine da un atto atipico quale una comunicazione della Commissione. Malgrado ciò, una fase di concertazione, aperta prima della formale contestazione, può essere in grado di favorire un contraddittorio costruttivo tra le parti ed evitare l'attivazione di uno strumento innegabilmente complesso come quello dell'art. 7 TUE. Pertanto, la soluzione più convincente sembrerebbe l'inserimento nei Trattati della suddetta procedura, come espediente diplomatico d'azione che, attraverso il confronto, tenti di evitare un'*escalation* della situazione e allo stesso tempo ne chiarisca i contorni.

Sulla stessa scia si è posta l'approvazione, da parte del Parlamento europeo, di una risoluzione *recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali*⁵⁵. La risoluzione contiene un progetto di accordo inter-istituzionale, da concludersi ai sensi dell'art. 295 TFUE, per il varo di procedure di monitoraggio a difesa della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali negli Stati membri (da qui l'acronimo DSD), tra le quali la pubblicazione di un rapporto annuale sullo stato dell'arte del rispetto di tali diritti.

Se, dunque, l'accordo è diretto a favorire lo sviluppo di un fattore positivo quale il dialogo interistituzionale, parte della dottrina ha giustamente osservato come esso non sembra introdurre strumenti decisivi «per risolvere il difficile problema delle garanzie del rispetto dei valori dell'Unione da parte degli Stati membri»⁵⁶. Il rischio è quello di moltiplicare gli strumenti a tutela dei valori, il che non sempre conduce ad una moltiplicazione del grado di tutela stessa, ma anzi causa una sovrapposizione che produce unicamente incertezza.

3.2. Le sanzioni: quali diritti sospendibili.

Va pure rilevato che l'art. 7 TUE non prevede un'elencazione, né descrittiva, né tassativa, dei diritti potenzialmente sospesi, bensì utilizza una formula onnicomprensiva che non lascia margine di apprezzamento, facendo riferimento a

⁵⁵ Parlamento europeo, 10-10-2016, (2015/2254(INL)).

⁵⁶ E. Cannizzaro, *ibidem*, 166.

tutti quelli derivanti dall'applicazione dei Trattati. L'assenza di indicazioni specifiche circa le sanzioni da infliggere è chiaramente preordinata a calibrare la punizione alla violazione commessa.

Un'eccezione importante, però, è stata fatta in sede di stesura dell'articolo per «i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio». Usando il termine «compresi», la norma intende evidenziare che la sospensione è in grado di essere così gravosa per il Paese condannato da relegarlo ad una situazione di *regulation without representation*. Continuando «in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dai Trattati» (*in primis*, la partecipazione al bilancio dell'Unione, art. 7, par. 3 TUE), infatti, lo Stato interessato, pur impossibilitato ad esprimere la propria volontà all'interno del Consiglio, organo di co-decisione legislativa (e non solo), si troverebbe sottoposto a normative approvate e a politiche implementate nel corso della sospensione senza il suo consenso. La norma non fa riferimento alla sospensione del diritto di voto in capo ai membri dell'altro organo dotato di potere decisionale, il Parlamento europeo, giacché i parlamentari europei, evidentemente, rappresentano gli interessi di tutti i cittadini dell'Unione. Tra l'altro, i membri del Parlamento europeo eletti nello Stato membro accusato potrebbero non far parte tutti dello stesso orientamento politico responsabile delle sistematiche violazioni all'art. 2 TUE. Sebbene il par. 4 dell'art. 7 TUE, in applicazione della clausola generale *rebus sic stantibus*, metta in evidenza che «il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare o revocare le misure adottate [...] per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione», la natura della sanzione, ancorché temporanea, appare indubbiamente gravosa per il Paese soggetto ad essa.

È possibile poi immaginare che allo Stato colpevole della violazione sia inflitta una sanzione, ovvero il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità, così come previsto all'esito finale di un ricorso per inadempimento (art. 260 TFUE)⁵⁷. Inoltre, potrebbe essere sospeso, ad esempio, il diritto a ricevere (parte dei) contributi dei fondi strutturali o la possibilità di ottenere finanziamenti per progetti pubblici dalla BEI (Banca europea per gli investimenti)⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. K. L. Scheppele, *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions*, in *ec.europa.eu*, 2013; K. L. Scheppele, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through the Systemic Infringement Procedure*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, 105.

⁵⁸ A tal proposito, si veda il *Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'UE* (Commissione europea, 28-06-2017, COM(2017) 358); più recentemente, v. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri* (COM (2018) 324): «Come sancisce la comunicazione della Commissione del febbraio 2018 “Un quadro finanziario pluriennale nuovo e moderno per un'Unione europea in grado di realizzare efficientemente le sue priorità *post-2020*”, l'Unione è una comunità di diritto e i suoi valori costituiscono la base stessa della sua esistenza, permeandone l'intera struttura giuridica e istituzionale e tutte le politiche e i programmi. Il rispetto di tali valori dev'essere pertanto garantito in tutte le politiche dell'Unione, compreso il bilancio dell'UE, nell'ambito del quale il rispetto dei valori fondamentali è un requisito essenziale per una gestione finanziaria sana e per finanziamenti europei efficaci. Il rispetto dello Stato di diritto è importante per i cittadini europei, nonché per le iniziative imprenditoriali, l'innovazione e gli investimenti. L'economia europea prospera

Potrebbero profilarsi altresì sanzioni che colpiscano in maniera ancora più diretta i cittadini: si pensi, sempre a titolo esemplificativo, ai diritti conferiti ad ogni cittadino dell'Unione dagli artt. 20-24 TFUE, cioè il diritto alla libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; il diritto di essere tutelato, da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, nel territorio di un Paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato; il diritto di elettorato attivo e passivo in uno Stato membro di cui non è cittadino, ma in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato, nelle elezioni amministrative e parlamentari europee.

Ulteriormente, la constatazione dell'esistenza di violazioni gravi e persistenti ai valori fondanti potrebbe determinare la sospensione del meccanismo del mandato d'arresto europeo. L'applicazione del MAE è subordinata, infatti, alla sussistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri, fiducia che verrebbe meno alla luce di tali comportamenti⁵⁹.

34

Infine, va precisato che, poiché i Trattati disciplinano un ordinamento giuridico autonomo che ha stabilito procedure proprie per far constatare e reprimere le eventuali violazioni⁶⁰, non è possibile ricorrere all'autotutela⁶¹, né, tantomeno, gli Stati membri possono adottare contromisure implicanti la violazione di norme o principi fondamentali dell'Unione per indurre gli altri Stati al rispetto degli obblighi loro derivanti dai Trattati stessi, ivi compresi i valori fondanti dell'Unione, poiché tale rispetto non può essere soggetto ad una condizione di reciprocità. Nondimeno, nulla vieta ai singoli Paesi membri di intervenire attraverso pressioni politiche o semplici contromisure economiche; sul punto, resta dubbia l'eventualità che possa rientrare, tra le ritorsioni consentite, a dispetto di quanto accade nel diritto internazionale nei confronti degli Stati terzi, la chiusura di un'ambasciata.

Invero, come si è già avuto modo di constatare, nulla è previsto per l'eventualità in cui le violazioni si protraggano, nonostante siano già state

al massimo laddove il quadro giuridico e istituzionale rispecchia appieno i valori comuni dell'Unione».

⁵⁹ I principi della fiducia reciproca e del reciproco riconoscimento sono postulati essenziali sia del titolo V della parte terza del TFUE *relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, sia della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 (come modificata dalla 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009) *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri* (v. considerando 6). Si rammenta che il principio del «reciproco» o «mutuo riconoscimento» nasce nel contesto del mercato unico europeo con la storica sentenza *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979, 120/78, punto 14; a tal proposito, v. anche Corte giust. 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, punto 28, sentenza pilota in tema di MAE; l'avis della Corte del 18-12-2014, 2/13, *relativo all'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, punto 191; recentemente, Corte giust. 10 agosto 2017, C-270/17 PPU, *Tupikas*, punto 49; in dottrina, v. H. Labayle, *Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle?*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 472; K. Lenaerts, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *54 C. Mkt. L. Rev.*, 2017, 805.

⁶⁰ Per questo motivo, non persuade l'ipotesi di un'espulsione di uno Stato membro senza l'espressa previsione normativa all'interno dei Trattati: v. *infra*.

⁶¹ Diversamente dal diritto internazionale, nel quale l'autotutela costituisce una causa di esclusione dell'illiceità: sul punto, v. B. Conforti, *Diritto internazionale*, X ed., Napoli, 2014, 397.

applicate le sanzioni di cui all'art. 7 TUE. L'assenza di qualsiasi strumento normativo, come la procedura di espulsione, dovuta anche alla complessità tecnica dell'operazione, rischia concretamente di rimettere all'infinito la risoluzione della controversia, rimessa al compromesso diplomatico e ai rapporti di forza.

4. Considerazioni conclusive sul futuro dei meccanismi a protezione dei valori fondanti dell'Unione.

Alla luce di quanto osservato, è manifesto il sostanziale disallineamento tra i recenti comportamenti in violazione dei valori in questione e le norme di diritto dell'Unione volte a tutelarli. Sul punto, autorevole dottrina ha giustamente rilevato come l'attuale situazione di “*non compliance*” sia riconducibile a fattori diversi ma congiunti. Il “passato autoritario” delle nuove democrazie dell’*est*, quali Polonia e Ungheria, è sorretto infatti dalla debolezza dei criteri di Copenaghen e dalla mancanza della loro applicazione anche dopo l'adesione, il che ha causato una discrepanza tra le condizioni di adesione all'Unione e gli obblighi derivanti dalla partecipazione⁶².

Per far fronte alle criticità insite nel sistema predisposto dall'art. 7 TUE, una prima soluzione sembra essere quella di modificare il *quorum* deliberativo. La votazione all'unanimità, necessaria per la constatazione definitiva, da parte del Consiglio europeo, dell'esistenza della violazione, momento giuridico che antecede necessariamente la sospensione dei diritti da parte del Consiglio, potrebbe essere sostituita con quella a maggioranza qualificata (come per l'adozione, la modifica o la revoca delle sanzioni, ai sensi degli artt. 238, par. 3, lett. b) e 354 TFUE) o da una votazione a maggioranza molto rafforzata (ad esempio, i quattro quinti, come già richiesto per la constatazione del solo rischio di violazione), così da evitare che pochi Paesi membri possano tenere sotto scacco l'intero progetto europeista e l'applicazione dei valori su cui esso si fonda.

Inoltre, non appare avventata la possibilità che la nuova procedura di concertazione prevista dalla comunicazione della Commissione (“braccio preventivo”) venga inserita nei Trattati, dandole così valore di normativa primaria. Tale inserimento potrebbe fare il pari con l'eliminazione del passaggio del solo accertamento del rischio della violazione dei valori fondamentali. Infatti, tale procedura di avvertimento, che il par. 1 dell'art. 7 TUE affida al Consiglio, è stata introdotta prima che fosse formalmente inaugurata la fase dialogico-informale e costituisce un ultimo tentativo di raggiungere un compromesso intergovernativo, qualora l'azione della Commissione fosse fallita. Tuttavia, sembra difficile immaginare che il Consiglio possa convincere, attraverso le sue raccomandazioni, lo Stato membro in questione ad astenersi da comportamenti che hanno catturato l'attenzione delle istituzioni europee. Pertanto, sarebbe auspicabile che tale fase fosse soppressa, dal momento che aggrava una procedura già farraginoso. Utilizzando la regola della maggioranza (qualificata o rafforzata) direttamente per la constatazione della violazione da parte del Consiglio europeo (“braccio

⁶² G. Halmai, *Second-grade constitutionalism? The cases of Hungary and Poland*, in *CSF - SSSUP Working paper series*, Pisa, 2017, 2.

correttivo”), andrebbe così a snellirsi una procedura che attualmente si prospetta diabolica. La disposizione, per la parte *de qua*, tornerebbe ad essere così quella della versione di Amsterdam.

Tale modifica potrebbe non essere l’unica ad essere ponderata in sede di revisione dei Trattati, dal momento che gli Stati potrebbero considerare l’eventualità di inserire all’interno degli stessi una disposizione che regoli la procedura di espulsione di uno Stato membro. Il giudizio circa il rispetto delle condizioni per l’applicazione della disposizione, che troverebbe spazio nel TUE immediatamente dopo quelle relativa all’adesione (art. 49 TUE) e al recesso (art. 50 TUE), potrebbe essere affidato alla Corte di giustizia, in seduta plenaria; qualora, invece, dovesse prevalere ancora una volta il metodo intergovernativo, la decisione sarebbe certamente affidata al Consiglio europeo, organo espressione delle singole sovranità nazionali. Ma, se è vero che gli Stati restano pur sempre «i padroni dei Trattati»⁶³, è altrettanto vero che la circostanza dell’espulsione di uno Stato membro risulterebbe contraria allo spirito degli stessi («un’unione sempre più stretta fra i popoli dell’Europa»⁶⁴). Quest’ultimo costituisce un limite invalicabile non solo morale e politico, bensì anche giuridico, giacché insito nei principi fondamentali dell’Unione e imprescindibile per l’esistenza stessa della costruzione europeista. L’espulsione appare così contrastare con il “nucleo duro” dei Trattati, ritenuto imm modificabile persino in sede di revisione.

Autorevole dottrina ha poi proposto la creazione di un autonomo organo indipendente deputato alla sola supervisione del rispetto dei valori di cui all’art. 2 TUE⁶⁵. Si tratterebbe di una sorta di piccola Commissione (definita «*Copenhagen Commission*»), formata da eminenti personalità politiche, come *ex* Capi di Stato, *ex* Presidenti di camere parlamentari, *etc.*, e dotata di variegati poteri sanzionatori. La scelta della composizione, che esclude personalità provenienti dal potere giudiziario, rimanda, ancora una volta, la risoluzione della controversia ad un meccanismo politico, con tutte le difficoltà già evidenziate. In questo senso, già il Trattato di Lisbona aveva abolito quella parte del primo paragrafo dell’art. 7 «che consentiva al Consiglio di chiedere a personalità indipendenti di presentare un rapporto sulla situazione degli Stati membri “entro un termine ragionevole”, nulla più specificando, tra l’altro, sulle modalità di tale consultazione»⁶⁶.

Va puntualizzato che le modifiche suggerite richiederebbero la ratifica di ogni Paese membro conformemente alle rispettive norme costituzionali, *ex* art. 48 TFUE; ma l’unanimità dei consensi sembra costituire, allo stato, un ostacolo insormontabile all’apertura di una nuova stagione di revisione dei Trattati. Per questo motivo, alcuni autori, correggendo il tiro della proposta *Copenhagen Commission*, hanno suggerito l’istituzione di un comitato speciale, immaginato

⁶³ La celebre espressione è rinvenibile nei verdetti *Maastricht* (12-10-1993, 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92) e *Lissabon* (30-06-2009, 2 BvE 2/08) del Tribunale costituzionale tedesco.

⁶⁴ Preambolo ai Trattati.

⁶⁵ J.-W. Müller, *Protecting the rule of law (and democracy!) in the European Union: the idea of a Copenhagen Commission*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, 206; già in *Verfassungsblog: Protecting Democracy and the Rule of Law inside the EU, or: Why Europe Needs a Copenhagen Commission*, 12-03-2013.

⁶⁶ C. Sanna, *ibidem*, 73.

come una costola della Commissione (ma indipendente dal punto di vista amministrativo ed economico, sulla scia dell'OLAF) e definito «*Systemic Deficiency Committees*»⁶⁷. La tesi si prefigura affascinante, poiché supera l'impedimento della procedura di revisione attraverso l'utilizzo della clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE, ritenendo che la protezione dei valori di cui all'art. 2 TUE rientri nel campo di applicazione delle competenze dell'Unione. Ciononostante, la proposta non è condivisibile, in quanto si tratterebbe di istituire non un semplice comitato, bensì un organo di vigilanza con ampi poteri sullo *status* di un Paese, modifica operabile solamente in sede di revisione.

Infine, è stata prospettata la possibilità di esternalizzare l'affidamento della risoluzione di tali controversie ad un organo terzo ed imparziale al di fuori dell'organizzazione istituzionale dell'Unione (ad es., la Commissione di Venezia). Se questo scenario mette a tacere il rischio di strumentali persecuzioni politiche a danno di alcuni Stati membri, in violazione del principio dell'uguaglianza degli Stati (art. 4, par. 2 TUE), non si comprende come un'autorità esterna all'Unione possa imporre alle parti in causa le proprie conclusioni in maniera vincolante⁶⁸.

Preso atto delle criticità delle soluzioni riportate, l'ipotesi attualmente più praticabile sembra essere quella di continuare a promuovere un dialogo costruttivo tra le parti, ricorrendo alla sospensione della partecipazione dello Stato membro in questione al processo decisionale dell'Unione solo in *extrema ratio*. E sembra utile ricorrere, quale misura intermedia, all'imposizione di sanzioni economiche ai danni dello Stato violatore. In tale prospettiva, giacché il Consiglio è in possesso di un potere del tutto discrezionale nella scelta delle sanzioni da applicare, esso potrebbe prendere a modello, *mutatis mutandis*, quanto prescritto dall'art. 260 TFUE. Sul punto, parte della dottrina ha giustamente precisato che la somma forfettaria e la penalità (di mora) possono essere inflitte anche congiuntamente, qualora la violazione sia considerata di una certa gravità⁶⁹. Anche perché la seconda risulta più incisiva, in quanto determina una somma da pagare per ogni giorno di inadempimento, in questo caso fino al rientro della situazione di emergenza.

Nondimeno, l'auspicio resta quello dell'abbandono del metodo intergovernativo a favore della comunitarizzazione della procedura sanzionatoria di cui all'art. 7 TUE. A tal proposito, è possibile prospettare "due velocità" di comunitarizzazione.

La prima prevede che la clausola di sospensione resti qual è, con l'aggiunta del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia anche sull'opportunità di attivare la procedura e sulla proporzionalità delle eventuali sanzioni. Come

⁶⁷ A. von Bogdandy, C. Antpöhler, M. Ioannidis, *Protecting EU Values: Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2016, 218.

⁶⁸ Con riferimento a ciò e ad un possibile ruolo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), v. O. Porchia, *ibidem*, 2018, 779.

⁶⁹ U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, V ed., Bari, 2017, pp. 352-354. Mentre la somma forfettaria consiste nel pagamento di una somma di denaro fissa e *una tantum*, legata all'insecuzione della prima sentenza dichiarativa, la penalità di mora stabilisce una somma da pagare per ogni giorno di inadempimento della seconda sentenza, quella "sulla violazione della violazione".

osservato, la procedura di cui all'art. 7 TUE è di natura esclusivamente politica e gli atti emanati nel suo ambito sono suscettibili di sindacato giurisdizionale⁷⁰ «per quanto concerne il rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dal suddetto articolo» (art. 269 TFUE). Allo stato la Corte, ad esempio, può sindacare la violazione del diritto alla difesa di uno Stato non invitato a presentare osservazioni prima della definitiva constatazione dell'esistenza della violazione grave e persistente dei valori fondanti ai sensi del par. 2 dell'art. 7 TUE⁷¹; ma non può essere adita, qualora il principio di proporzionalità fosse calpestato dalla decisione sanzionatoria del Consiglio, per far sì che lo Stato destinatario della stessa ne richieda l'annullamento *ex art. 263 TFUE*. D'altronde, già il par. 3 dell'art. 7 TUE stabilisce che il Consiglio, nel sospendere i diritti riconosciuti dai Trattati agli Stati membri, debba tener conto «delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche». Ma la formula «tener conto» fa trasparire il carattere imperfetto, o quantomeno programmatico, della norma in questione⁷². Riconoscendo la giurisdizione della Corte, eventuali sanzioni spropositate sarebbero così sottoposte al sindacato dei giudici di Lussemburgo, che potrebbero valutarne la conformità a principi come quello di leale collaborazione (art. 4, par. 3 TUE) e quello di proporzionalità (art. 5, parr. 1, 4 e 5 TUE). Proprio con riferimento a quest'ultimo, ad esempio, la Corte potrebbe assicurarne il rispetto in rapporto a sanzioni che interessano direttamente anche i cittadini, quali la limitazione delle libertà concesse dal mercato unico agli Stati membri, vale a dire la libera circolazione dei lavoratori (art. 45 ss. TFUE); la libertà di stabilimento (art. 49 ss. TFUE); la libera prestazione di servizi (art. 56 ss. TFUE); la libera circolazione di capitali e pagamenti (art. 63 ss. TFUE).

Tuttavia, quand'anche alla Corte fosse riconosciuta la possibilità di entrare nel merito delle sanzioni, il suo giudizio dovrebbe comunque bilanciarsi con il margine di discrezionalità riconosciuta in capo al Consiglio e al Consiglio europeo nell'assunzione di tali decisioni. Queste coinvolgono valutazione di tipo politico che la Corte può difficilmente sindacare⁷³.

Per questo motivo, un passo più lungo (e convincente) nell'ottica della comunitarizzazione della procedura di sospensione sarebbe fatto qualora l'art. 7 TUE confluisca nel meccanismo che i Trattati già destinano regolarmente a protezione degli obblighi da esso derivanti, ovvero nella procedura di infrazione di cui all'art. 258 e seguenti TFUE.

⁷⁰ Cfr. D. Kochenov, *Busting the myths nuclear: a commentary on Article 7 TEU*, *EUI Working Paper*, Florence, 2017, 6 e 7; S. Carrera, P. Bárd, *The European Parliament vote on Article 7 TEU against the Hungarian government. Too late, too little, too political?*, in *ceps.eu*, 14-09-2018.

⁷¹ Ancora, l'art. 7 TUE stabilisce che la proposta che dà inizio alla procedura di sospensione debba essere motivata. L'assenza o l'insufficienza della motivazione può certamente costituire una violazione censurabile dalla Corte *ex art. 269 TFUE*.

⁷² Al momento, la Corte può sindacare solamente la totale assenza di valutazioni, da parte del Consiglio, circa le ricadute delle sanzioni sui cittadini interessati: ciò corrisponderebbe, infatti, ad un'assenza di motivazione sull'adozione delle misure contestate, censurabile ai sensi dell'art. 269 TFUE.

⁷³ *Contra*, E. Cannizzaro, *ibidem*, 168.

La proposta ha radici lontane e ben salde: già il “Progetto Spinelli”⁷⁴, nel 1984, riconosceva, all’art. 44, la competenza della Corte a conoscere delle violazioni gravi e persistenti alle disposizioni dei Trattati⁷⁵.

In questa ipotesi la verifica del rispetto dei valori fondanti sarebbe sottratta alla “giurisdizione politica” degli Stati membri per essere affidata, nella fase precontenziosa, all’azione di vigilanza della Commissione, e, nella fase contenziosa, alla Corte di giustizia. La fase “amministrativa” sarebbe preordinata a circostanziare la violazione attraverso il dialogo tra le parti, mentre quella giurisdizionale volta a convincere lo Stato in questione a porre fine alla stessa, soprattutto attraverso l’utilizzo delle sanzioni economiche, come detto, già prescritte dall’art. 260 TFUE. Nell’ottica di un secondo binario, attivabile solo per gravi, specifiche e sistemiche violazioni ai valori fondamentali, tale procedura speciale dovrebbe mantenere il campo di applicazione più ampio attualmente proprio dell’art. 2 TUE, così da poter interferire, seppur solo in tali casi limitati ed eccezionali, anche nelle situazioni puramente interne.

È sì vero che, con specifico riferimento al rispetto dell’art. 2 TUE, un meccanismo di questo tipo rischia di generare conflitti di competenza tra la giurisdizione dell’Unione e quelle nazionali, «*traditionnellement jalouses de leur rôle de gardien des valeurs fondamentales dans les systèmes internes*»⁷⁶. È pertanto auspicabile, anche in tale ottica, un dialogo costruttivo diretto a assicurare la salvaguardia dei valori fondanti dell’Unione e, più in generale, dello Stato di diritto.

⁷⁴ Cfr. R. Mastroianni, *ibidem*, 2017, 597; B. Nascimbene, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 678. Il “Progetto di Trattato sull’Unione europea”, elaborato da Altiero Spinelli in seno al “Club del coccodrillo” e approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984, si poneva l’obiettivo ambizioso della creazione di uno Stato federale europeo. Il tentativo fallì a causa dell’opposizione del Regno Unito, disponibile solamente alla realizzazione del mercato interno: corsi e ricorsi storici.

⁷⁵ L’art. 44 disponeva la sospensione del diritto di voto anche in seno al Consiglio europeo, a dispetto dell’art. 7 TUE che si limita al solo Consiglio dei ministri dell’Unione.

⁷⁶ O. Porchia, *ibidem*, 2018, 785-786. L’autrice, inoltre, auspica per una complementarità d’azione, politica e giurisdizionale, a tutela di valori come lo Stato di diritto. Su tutte, v. la saga *Taricco* (Corte giust., sent. 08-09-2015, c-105/14; sent. 05-12-2017, c-42/17). Tali conflitti di competenza rischiano di proporsi anche nell’eventualità in cui, aggirando l’attivazione della procedura cui all’art. 7 TUE, la Commissione decida di attivare una procedura di infrazione per contrastare le misure in questione, considerate causanti la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale ai sensi degli artt. 19 TUE e 47 CDFUE (sulla “costituzionalizzazione” di questa “prassi” e sulle ricadute sul meccanismo del rinvio pregiudiziale, cfr. E. Cannizzaro, *ibidem*, 167 e 168: «In tale prospettiva evolutiva, l’art. 2 TUE, in combinazione con le regole sulla competenza della Corte di giustizia, realizzerebbe [...] il più perfetto disegno del costituzionalismo contemporaneo, che assegna alla Corte suprema la competenza ad arbitrare, sulla base del diritto, i conflitti politici fra gli attori costituzionali dell’ordinamento»; *Schrems*, sopra citata, punto 95: «[...] A tal riguardo, l’esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell’Unione, è inerente all’esistenza di uno Stato di diritto»).

Relazioni *ad extra* e procedimento amministrativo comune nell'esperienza spagnola. Un'affinità che non convince

di Vincenzo De Falco

Abstract: The relationships *ad extra* and the common procedure Act. A destabilizing connection in Spanish administrative law – According to the reform approved in 2015, administrative law is organized on the distinction among the relationships *ad extra* and *ad intra* of the administrative power. In this approach, the first category concerns the juridical relationship between public bodies and citizens, independently from the typology of public power, even to legislative level. The work analyzes the main problems deriving from the new idea of a common administrative procedure in Spain, a regional country with federalist tendencies. The author faces the aspects related to the legislative competences between State and Autonomous Community and the connections between the contents of the common administrative procedure and the sectorial rules.

Keywords: Spanish administrative procedure Act, Constitution, legislative competences of Autonomous Community, Rulemaking, Administrative rules.

41

1. La rilevanza costituzionale delle relazioni *ad extra*

La riforma amministrativa del 2015, delineata attraverso l'approvazione delle leggi nn. 39 e 40, è finalizzata ad incrementare la certezza giuridica, migliorare la qualità delle norme, adattare il procedimento amministrativo alla nuova digitalizzazione informatica, sviluppare l'economia del Paese, e dotare il sistema giuridico interno di un diritto amministrativo sistematico, coerente ed ordinato. La legge n. 39 contiene disposizioni che vanno al di là della struttura del procedimento e comprende i procedimenti sanzionatori, la responsabilità delle amministrazioni pubbliche, oltre alla tradizionale normativa sui requisiti di validità ed efficacia degli atti amministrativi. Si spinge finanche a disciplinare l'esercizio dell'iniziativa legislativa e del potere regolamentare. Le maggiori innovazioni concernono il funzionamento elettronico della pubblica amministrazione ed una nuova sistemazione della materia, attraverso la riconduzione in un unico contesto normativo di disposizioni che nel passato erano racchiuse in diverse fonti, tra cui i procedimenti esecutivi, la disciplina sull'accesso elettronico nei servizi pubblici e la legge sui procedimenti normativi¹. La diversa legge n. 40 regola la composizione ed il funzionamento degli organi

¹ La legge 39/2015 integra e modifica molti aspetti della legge 30/1992, sul regime giuridico delle amministrazioni pubbliche e sul procedimento comune, della legge 11/2007 sull'accesso elettronico dei cittadini ai servizi pubblici e della legge 2/2011 in tema di economia sostenibile.

amministrativi, alcuni aspetti relativi alla potestà sanzionatoria, alla responsabilità patrimoniale, alla disciplina della firma elettronica dei pubblici ufficiali, alle relazioni tra amministrazioni pubbliche.

Si tratta di due impianti normativi che si fondano su un'idea di base: il diritto amministrativo spagnolo va riorganizzato attraverso la distinzione tra relazioni *ad extra* e relazioni *ad intra*. La prima categoria è caratterizzata dal rapporto giuridico che intercorre tra pubblica amministrazione e cittadini e prescinde totalmente dalla tipologia del potere esercitato. Il legislatore spagnolo vi fa rientrare la disciplina della validità ed efficacia degli atti amministrativi, del procedimento amministrativo comune, del procedimento sanzionatorio, della responsabilità amministrativa, della partecipazione pubblica all'iniziativa legislativa ed dell'esercizio della funzione normativa. La seconda tipologia dovrebbe invece riguardare soltanto il funzionamento interno degli organi e le relazioni tra amministrazioni pubbliche. L'azione amministrativa viene così disciplinata in funzione della rilevanza interna od esterna degli effetti determinati². Il procedimento amministrativo comune si amplia, rispetto all'impostazione fornita dalla legge 30/1992, regola in modo differente il binomio uniformità-specialità della materia, impone un modello di relazione tra potere pubblico e società che apre alla partecipazione finanche nel momento fondante dell'azione amministrativa, quando cioè è definito il contenuto direttivo del principio di legalità, attraverso leggi e regolamenti.

Tra le due tipologie, è la disciplina delle relazioni *ad extra* a suscitare maggiore interesse. Le innovazioni in tema di amministrazione digitale, sulla durata dei procedimenti, sulla figura del responsabile del procedimento, sulla certificazione del silenzio assenso introducono meccanismi di semplificazione che consentono di adattare i termini procedurali alle specifiche esigenze istruttorie. Il pensiero giuridico spagnolo tuttavia ha fortemente criticato molti aspetti delle nuove disposizioni, alcune per la scarsa efficacia delle soluzioni adottate, altre in considerazione che la sistemazione annunciata è apparsa piuttosto carente, o per quanto concerne la contraddittorietà tra alcune disposizioni, o per l'eccessiva rilevanza conferita alla dimensione economica del procedimento³.

² E. Gamero Casado, *La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y criterios de aplicación*, in E. Gamero Casado (dir.) *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Valencia, Tomo I, 2017, 192 ss. J. Barnés, *La Ley 39/2015, de procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica y comparada*, in C.I. Velasco Ruiz (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Madrid, 2017, 77 ss.

³ G. Fernández Farreres, *El procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas*, in *Cuadernos de Derecho Local*, n. 41/2016, 14 ss.; J.L. Martínez López-Muñiz, *El Contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40 /2015*, in C.L. Velasco Rico (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015.*, cit., 18 ss., che parla di una disciplina inappropriata e contraddittoria. Cierco Seira critica la disciplina sul certificato di avvenuta maturazione del silenzio assenso poiché il documento va emesso d'ufficio e si tratta di un'ipotesi che ritiene difficilmente verificabile. C. Cierco Seira, *El "nuevo" procedimiento administrativo común*, in C.I. Velasco Ruiz (dir.), *Reflexiones sobre la Reforma Administrativa de 2015*, cit., 114.

L'osservatore esterno resta però particolarmente attratto dall'idea di procedimento comune che l'intero impianto normativo tenta di affermare nell'ordinamento giuridico spagnolo, regionale, differenziato ed a tendenze federaliste. Nel panorama comparatistico la disciplina unitaria dei procedimenti relativi alle funzioni di *rulemaking* ed *adjudication* trova un importante precedente nell'*Administrative procedure Act* americano del 1946. La legge statunitense si radica però in un'organizzazione amministrativa centrata sul ruolo delle agenzie ed in un contesto teorico totalmente differente, che si fonda sulla tipologia del potere esercitato e non sulla rilevanza esterna dell'azione amministrativa. Basti pensare che anche il procedimento per la formazione delle regole sul funzionamento interno delle agenzie americane è trasparente e sottoposto ad un'istruttoria aperta.

La distinzione tra relazioni *ad extra* e relazioni *ad intra* richiama anche l'idea della differenziazione italiana tra norme di azione e norme di relazione, affermata per lo più sul piano puramente teorico. Di norma infatti le disposizioni che regolano l'esercizio di un potere determinano le condizioni di legittimità della funzione e riguardano necessariamente anche le relazioni giuridiche intersoggettive. Allo stesso modo le regole che concernono un rapporto intersoggettivo interessano anche i poteri attribuiti alle parti della relazione giuridica. Si tratta di profili spesso indiscindibili.

L'innovazione nell'ordinamento spagnolo procede oltre, e giunge ad unificare il procedimento amministrativo con quello legislativo sotto l'egida di identici principi. L'impostazione suscita numerose perplessità, sia a livello teorico che applicativo, con evidenti ricadute sulle questioni relative al riparto di competenze tra Stato centrale e Comunità autonome, in particolare quando il potere esercitato non è propriamente amministrativo ma è riconducibile all'esercizio della funzione normativa⁴, o quando occorra modulare i contenuti del procedimento amministrativo comune con le discipline speciali, molte delle quali restano attratte alla competenza regionale per effetto della materia trattata⁵. Si ha la sensazione quindi che la distinzione tra le due tipologie di relazioni abbia per lo più fuorviato il legislatore spagnolo, ed indotto ad affermare l'idea di un procedimento amministrativo comune che in molte parti condiziona l'esercizio del potere legislativo delle Comunità autonome, senza fornire quell'equilibrio che la Costituzione richiede tra l'unitarietà della disciplina statale e la specialità delle materie riservate alla competenza regionale.

⁴ J.L. Martínez López-Muñiz, X., *La elaboración de los reglamentos*, in F. López Menudo (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, 2016, 320. L. Casado Casado, *La incidencia de la ley del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local*, in *R.V.A.P.* n. 107, 2017, 87 ss.; M. Corretja, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas en clave competencial*, in M. Joaquín Tornos (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Barcelona, 2017, 61 ss.

⁵ C. Prieto Romero, *El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria*, in *Revista de Administración Pública*, n. 201/2016, 343. F. López Menudo, *Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma*, in F. López Menudo (dir.) *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, cit., 13 ss.

2. L'incerta tradizione giuridica

Sebbene nel preambolo della legge 39/2015 si rilevi che la distinzione tra relazioni *ad extra* e relazioni *ad intra* appaia collegata alla tradizione giuridica spagnola, e ad una consolidata idea di procedimento amministrativo comune, ci sembra che le cose non stiano proprio così. L'attenta osservazione dell'evoluzione normativa avvenuta in Spagna non mostra una consolidata tradizione giuridica, quanto piuttosto un alternarsi di impostazioni differenti⁶.

L'assenza delle condizioni che avevano indotto in Francia il *Conseil d'Etat* ad assumere un ruolo principale nell'elaborazione dei principali istituti di diritto amministrativo, in Spagna ha notevolmente ritardato l'affermazione della giurisdizione amministrativa⁷ e la contestuale sottoposizione dell'azione amministrativa al controllo giurisdizionale. Nello stesso tempo una consistente componente ideologica della dottrina spagnola si era per molto tempo opposta all'istituzione di un controllo giurisdizionale che fosse libero da condizionamenti da parte delle strutture amministrative⁸. La prima legge sul procedimento amministrativo del 19 ottobre 1889 s'inserisce in un contesto organizzativo caratterizzato da un'amministrazione forte, a struttura piramidale e fortemente gerarchica⁹, ma dove mancavano consolidati principi giurisprudenziali. L'impianto normativo viene pensato in termini di composizione coordinata tra le disposizioni della legge generale ed i regolamenti ministeriali che avrebbero adattato le previsioni legislative alle esigenze espresse dalle specifiche competenze. Ci sarebbero stati in tal modo procedimenti differenziati per ciascun ramo dell'amministrazione statale o in relazione a specifiche funzioni svolte all'interno dei ministeri, nel tentativo di coniugare l'unità delle fasi procedurali con la diversità che caratterizzava i compiti delle singole amministrazioni statali.

Quest'esperimento fallì proprio per effetto dell'errato equilibrio tra uniformità e diversità impostato nella legge del 1889, che aveva demandato lo sviluppo organico della disciplina ai regolamenti attuativi che ogni struttura ministeriale avrebbe dovuto adottare, e senza le quali l'intera disciplina non avrebbe potuto trovare alcuna applicazione¹⁰. L'esecutivo avrebbe cioè dovuto, in sostanza condividere con il Parlamento l'idea di limitazione dell'esercizio del proprio potere amministrativo, il principio di legalità avrebbe dovuto trovare attuazione ad opera delle stesse amministrazioni che sarebbero state le dirette destinatarie della limitazione dell'esercizio del proprio potere, che è insita nel concetto stesso di procedimento amministrativo¹¹.

⁶ Così J. Barnés, *La Ley 39/2015, de procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica y comparada*, cit. 65. L'autore segnala che le leggi del 2015 partono da una premessa falsa sia dal punto di vista storico-comparato che dal punto di vista dottrinale e pratico: cioè la distinzione tra sfera interna e sfera esterna, tra organizzazione e procedimento in cui la sfera interna si identifica con l'organizzazione e quella esterna con il procedimento.

⁷ F. Garrido Farra, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid 1985, 408 ss.

⁸ J.A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Madrid 2009, 31.

⁹ J. González Pérez, *La justicia administrativa en España*, in *RAP*, n. 6, 1951, 163-176; A. Nieto García, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, in *RAP*, n. 50, 1966, 27-50.

¹⁰ J. González Pérez, *El procedimiento administrativo*, Madrid 1964, 85 ss.

¹¹ Ogni amministrazione statale si è poi munita del regolamento attuativo a distanza di decenni, l'una dall'altra, e la circostanza aveva determinato una situazione estremamente

Il fallimento della legge del 1889 non aveva però messo in discussione molte delle scelte procedurali effettuate, che saranno riprese nella legge del 1958 con cui si tentò di superare le difficoltà applicative sorte in seguito alla frammentazione dell'azione amministrativa che si era generata per effetto della precedente normativa.

A partire dagli anni 50 del secolo scorso si verifica uno straordinario sviluppo verso la costruzione dello Stato di diritto amministrativo. Viene approvata la legge sul regime locale del 1950 e i relativi regolamenti attuativi, la legge sull'espropriazione del 1954, la legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa del 1956, la legge sul regime giuridico dell'amministrazione pubblica del 1957 e le leggi sul procedimento amministrativo e del regime giuridico degli enti statali autonomi del 1958, oltre alla rilevante legge sul suolo del 1956. È in questo momento che si registra in Spagna l'impostazione normativa che tiene scissa e distinta la disciplina del procedimento amministrativo comune da quella relativa al funzionamento istituzionale delle pubbliche amministrazioni.

Vengono ridotti gli spazi applicativi demandati ai regolamenti, la loro adozione viene sottratta ai singoli Ministeri ed attribuita alla Presidenza del Governo. La legge inserisce alcuni procedimenti speciali, amplia la tipologia del procedimento generale, regola il regime giuridico dell'atto amministrativo, i termini di adozione dei provvedimenti, il concetto di interessati al procedimento, le cause di astensione e ricusazione e stabilisce l'obbligo di applicazione diretta delle regole in assenza della disciplina regolamentare. Le nuove disposizioni delineano nuovi principi dell'azione amministrativa, tra cui l'indipendenza e la neutralità, i criteri per l'attuazione della funzione esecutiva e regolano gli effetti del silenzio. La legge del 1958 tenta così di codificare il regime giuridico dei procedimenti amministrativi relativi ai vari ministeri ed incorpora le discipline speciali dei procedimenti per l'approvazione degli atti generali, sanzionatori, combinando unità e diversità. Viene dedicato uno specifico titolo ai diritti degli interessati al procedimento, ed un successivo che concerne l'attuazione amministrativa, all'interno della quale vengono distinte le fasi dell'approvazione delle norme generali dagli atti amministrativi. Il procedimento amministrativo è inteso come un percorso logico per la formazione della decisione amministrativa che va dalla fase iniziale fino alla sua esecuzione, e dall'impianto generale vengono separati i procedimenti per la revisione degli atti adottati ed i procedimenti speciali.

Il carattere di unitarietà tuttavia non è ancora ben definito, in conseguenza della permanenza di regimi speciali connessi alla particolarità della materia e rispetto ai procedimenti amministrativi di competenza degli organismi autonomi. Restano infatti circa 27 procedimenti speciali, tra cui quello espropriativo, quello relativo ai contratti pubblici, i procedimenti disciplinari e sanzionatori.

frammentaria, con procedimenti esistenti in alcuni settori e assenti in altri: era venuta a mancare in altri termini la stessa ragione d'essere della legge del 1889, che al contrario intendeva proprio fissare una disciplina comune e generale del procedimento amministrativo da applicarsi in tutte le amministrazioni statali. Sul punto N. Amorós Rica, *El procedimiento administrativo español*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 4, 1949, 733 ss.

La Costituzione del 1978 confermò l'esistenza di almeno due tipologie di procedimenti, uno relativo all'approvazione delle disposizioni di carattere generale, l'altro relativo agli atti amministrativi. Aprì però la strada al controllo della discrezionalità amministrativa, fino ad allora considerata un limite invalicabile, e consentì di abbandonare l'idea della stretta concezione processuale del procedimento, distinguendo quindi le fasi procedurali da quelle processuali ed i relativi principi applicativi.

La legge 30 del 1992 racchiuse invece in un unico contesto le regole relative al funzionamento del potere esecutivo e quelle procedurali, determinando un unico regime giuridico per le amministrazioni pubbliche e per il procedimento amministrativo comune. Negli anni sopraggiunsero poi interventi normativi relativi ad entrambi i profili. La legge 67/1997 del 14 aprile stabilì nuove regole sull'organizzazione e sul funzionamento dell'amministrazione generale dello Stato, la legge n. 50/1997 del 27 novembre si occupò del Governo, e la legge 28/2006 del 18 luglio fu dedicata alle agenzie statali per l'erogazione dei servizi pubblici. La legge 11/2007 del 22 giugno, come successo per la legge 30/1992, riguardò sia i profili organici che procedurali relativi all'accesso elettronico alle informazioni pubbliche.

La scelta effettuata nel 2015 non corrisponde dunque alla tradizione giuridica spagnola ma è un ritorno all'impostazione conferita allo Stato amministrativo negli anni 50, ma che era stata poi superata dal 1992 in poi.

L'impianto costituzionale che consente la partecipazione pubblica anche nell'ambito dell'esercizio della funzione normativa aveva introdotto l'idea che il principio partecipativo valido per i procedimenti amministrativi destinati a produrre effetti diretti su specifici destinatari dovesse valere anche per l'approvazione delle fonti normative secondarie. Si delineava così l'esistenza di due modelli dell'azione amministrativa, la cui distinzione non si basava sulla rilevanza esterna degli effetti prodotti, quando piuttosto in relazione al potere esercitato, all'estensione della fase istruttoria, al contenuto degli atti adottati, alla tipologia della motivazione da fornire ed all'espansione del controllo giurisdizionale.

3. Le ricadute sul riparto di competenze

Nell'esperienza spagnola l'idea della partecipazione dei cittadini al processo formativo delle norme giuridiche trova infatti un'esplicita previsione già a partire dal testo costituzionale¹², che tuttavia negli anni antecedenti alla riforma del 2015 non aveva registrato una sua piena affermazione. Il pensiero giuridico spagnolo aveva certo esaltato il ruolo della partecipazione previsto nel sistema costituzionale, ma soprattutto con la finalità di contrastare la crisi di legittimazione democratica delle amministrazioni pubbliche in cui versava la Spagna nel precedente regime¹³. L'interpretazione fornita dal giudice costituzionale vedeva nella norma fondamentale null'altro che un principio

¹² Art. 105 a), Cost. 1978.

¹³ S. Muñoz Machado, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, in *Revista de Administración pública*, n. 84, 1977, 519 ss.

programmatico e demandava la genesi stessa del diritto alla partecipazione a successive leggi di attuazione¹⁴. L'assetto autonomistico rendeva poi estremamente complessa l'imposizione centrale di un'unica disciplina per la formazione dei regolamenti che potesse applicarsi alle Comunità autonome, alcune delle quali avevano già predisposto proprie discipline interne. In questo contesto, alquanto prudente, s'inserisce l'art. 24 della legge n. 50 del 27 novembre 1997 che consente la partecipazione alla produzione delle fonti regolamentari direttamente ai cittadini che sarebbero stati lesi nei propri diritti ed interessi dai progetti in approvazione, oppure, in una forma indiretta, per il tramite delle associazioni ed organizzazioni riconosciute per legge. La partecipazione sarebbe stata consentita soltanto nelle ipotesi in cui i diritti dei cittadini fossero direttamente e seriamente compromessi dal progetto di regolamento e l'amministrazione, per poter evitare l'istruttoria aperta, avrebbe dovuto indicare le ragioni per i quali riteneva che il progetto non potesse danneggiare gli interessi dei singoli. Non erano prescritte procedure per l'esercizio del diritto di partecipazione, e le amministrazioni erano così dotate di un ampio potere discrezionale sia per quanto concerneva il modello istruttorio da scegliere che il procedimento da seguire.

Nel 1997, dunque, nei primi interventi normativi sul tema della democrazia partecipativa la relativa disciplina resta attratta nell'ambito della regolazione della funzione normativa e permane la distinzione tra la partecipazione agli atti normativi e quella relativa ai procedimenti più propriamente amministrativi. Tuttavia gli anni successivi registrano la tendenza a recepire gli indirizzi europei sulla *better regulation*, già indicati nelle leggi 23 novembre 2009, n. 17 e 4 marzo 2011 n. 2, con specifico riferimento alle attività economiche¹⁵. La legge 9 dicembre 2013 n. 20 garantisce l'accesso alle informazioni pubbliche anche per quanto riguarda i procedimenti di elaborazione delle norme giuridiche.

Progressivamente, dunque, inizia ad affermarsi la dimensione partecipativa nel processo di formazione degli atti normativi all'interno della sfera di operatività del principio di buona regolazione. Questa impostazione viene teoricamente rafforzata dall'interpretazione estensiva della disposizione costituzionale dell'art. 103, nella parte in cui incrementa la tutela dei diritti individuali rispetto all'azione amministrativa, che deve restare sottomessa al principio di legalità, e sposta l'attenzione sul procedimento piuttosto che sui rimedi processuali. Il procedimento amministrativo è così visto come il momento in cui si realizza il principio costituzionale dell'art. 103; una serie di fasi che tendono a fornire un adeguato equilibrio tra l'indispensabile esigenza di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa e l'imprescindibile salvaguardia dei diritti dei cittadini e delle imprese. In questa impostazione, sembrerebbe dunque che il sistema costituzionale stesso induca la Spagna a disciplinare in un unico contesto i diritti dei cittadini e

¹⁴ *Tribunal constitucional*, 119 del 17 luglio 1995.

¹⁵ A.I. Fortes González, *De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejoría regulatoria*, in R. Rivero Ortega ed altri (dir.), *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la ley 39/2015*, Lisboa, 2016, 346 ss.

le garanzie procedurali rispetto all'attività amministrativa, anche e per quanto concerne la potestà normativa secondaria e primaria¹⁶.

La nuova legge sul procedimento amministrativo comune introduce alcune rilevanti innovazioni, tra cui l'esigenza di pianificazione delle nuove iniziative normative, incrementa l'obbligo di valutazione successiva della disciplina approvata, ed amplia notevolmente la fase partecipativa nel processo di approvazione delle norme¹⁷. Se però dal piano della predisposizione dei principi che regolano l'azione amministrativa si sposta l'attenzione sulle problematiche relative al riparto di competenze tra Stato e Comunità autonome, la questione assume un profilo differente. In questo caso rileva infatti la tipologia del potere esercitato in relazione alle specifiche materie conferite, piuttosto che l'osservazione della rilevanza esterna o interna delle funzioni.

48

Prima dell'approvazione delle nuove disposizioni l'apertura alla democrazia partecipativa nella formazione degli atti normativi aveva riguardato soltanto i progetti di leggi o di regolamenti predisposti dal Governo centrale o dai ministri. Le Comunità autonome avevano pertanto disciplinato i procedimenti interni per la formazione delle norme giuridiche senza un parametro normativo centrale, ad eccezione del precetto dell'art. 105, a) Cost.¹⁸. In quel contesto, l'interpretazione costituzionale aveva indotto l'idea che si trattasse di una competenza esclusiva delle Comunità autonome, con la motivazione che i procedimenti per la elaborazione di disposizioni a carattere generale fossero in effetti procedimenti speciali, e come tali potessero non rientrare nella sfera di competenza statale¹⁹. Le disposizioni della legge 39/2015 disciplinano invece anche alcune fasi del

¹⁶ Nel giugno 2013 la commissione per la Riforma dell'amministrazione pubblica aveva poi indotto l'idea che per sviluppare un'economia competitiva occorresse innanzitutto rafforzare l'efficacia, l'efficienza e la trasparenza dell'azione amministrativa.

¹⁷ L'istituto maggiormente innovativo è fornito dalla consulta pubblica, che va svolta prima dell'elaborazione della norma giuridica per raccogliere le opinioni dei cittadini e delle imprese sulle problematiche connesse all'iniziativa, la necessità e l'opportunità della sua approvazione, gli obiettivi che intende perseguire e la possibilità che possano esistere soluzioni alternative. I principi di buona organizzazione, di efficacia ed efficienza trovano così la loro più alta espressione, nella misura in cui il dibattito avviene prima dell'approvazione del progetto, e l'amministrazione deve dimostrare non solo gli obiettivi che intenda perseguire, ma anche le ragioni per le quali ritenga che l'iniziativa sia indispensabile ed opportuna. L'istituto non è applicabile quando la proposta normativa non presenti un impatto significativo sulle attività economiche, nell'ipotesi in cui non imponga rilevanti obblighi ai destinatari dell'azione amministrativa, o se regoli soltanto aspetti parziali della materia, o in casi di urgenza. Cfr. art. 133.1 e 4 legge 39/2015. Accanto a questa novità, riprendono poi vigore gli istituti dell'udienza e della informazione pubblica, regolati dall'art. 133.2 legge 39/2015, ed applicabili in tutte le ipotesi in cui la norma vada ad intaccare diritti ed interessi legittimi delle persone. In questo caso il modello tende soprattutto a fornire elementi di difesa preventivi quando la funzione normativa concerne fattispecie per lo più già regolate e che possano determinare una lesione di posizioni giuridiche rispetto alla disciplina esistente. Naturalmente il risultato della partecipazione, che avviene per lo più tramite i siti internet, non sarà vincolante per l'amministrazione, che tuttavia dovrà fornire le ragioni delle scelte finali. Cfr. C. Prieto Romero, *El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria*, cit., 357 ss.

¹⁸ A. Ramón Antelo Martínez, *Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015*, in *Real Nueva Época*, n. 6, novembre 2016, 105 ss.

¹⁹ *Tribunal Constitucional* 15/1989.

procedimento normativo e legislativo, nell'ambito delle relazioni *ad extra*, con l'idea di assicurare una garanzia minima di partecipazione ai procedimenti normativi, ex art. 105. a). Ma i margini concessi dalla legge per un'ulteriore e più dettagliata disciplina da parte delle Comunità autonome non appaiono sufficienti a rendere legittimo l'intervento statale²⁰. Sebbene negli anni antecedenti, la legge n. 7/1985 sul procedimento per l'approvazione delle ordinanze locali non sia stata mai considerata lesiva dell'autonomia regionale, le due circostanze non appaiono assimilabili. La questione introdotta dalla legge 39/2015 si presenta differente rispetto alla legge 7/1985 e riguarda l'idea di un procedimento amministrativo comune che concerne anche le ipotesi di approvazione degli atti normativi e legislativi; la sfera di competenza, in altri termini, dello Stato centrale nel dettare le garanzie minime di partecipazione alla produzione delle fonti normative nell'interpretazione congiunta degli art. 105, comma a, e 148.1.8 della Costituzione spagnola²¹.

Nel regionalismo differenziato spagnolo l'esercizio del potere normativo è disciplinato anche dagli Statuti delle singole Comunità ed i relativi procedimenti costituiscono le modalità con cui le autonomie territoriali esercitano le proprie funzioni pubbliche, nel rispetto delle materie loro conferite. La recente interpretazione fornita dal giudice costituzionale ritiene infatti del tutto inapplicabili alle Comunità autonome le disposizioni della legge sul procedimento comune che regolano la partecipazione nell'ambito della fase preliminare di approvazione dei progetti di legge²², nel cui ambito si è consolidata l'idea che le autonomie vadano lasciate libere di disciplinare i propri procedimenti legislativi²³. La riforma del 2015 si pone in contrasto con questa tendenza²⁴. Le relative

²⁰ Così M. Sánchez Marón, *Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 56, 2015, 23. Conformemente anche O. Mir Puigpelat, *¿Better Regulation o Marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley*, in C.I. Velasco Ruiz (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015.*, cit., 214-216.

²¹ E. Gamero Casado, Capítulo I, *La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación*, in E. Gamero Casado (dir.), S. Fernández Ramos e J. Valerio Torrijos (coord.), *Tratado de procedimiento administrativo común y regime jurídico básico del sector público*, Tomo I, Valencia, 2017, 165 – 167 dove l'autore sottolinea la differenza tra il termine *básico*, che si riferisce al riparto di competenze concorrenti, mentre il diverso concetto di *común* caratterizza la competenza esclusiva dello Stato, con la finalità di fissare un minimo comune denominatore dei requisiti e garanzie da parte di tutte le amministrazioni pubbliche per garantire un trattamento uniforme nei confronti dell'intera popolazione spagnola.

²² La dottrina più attenta segnala inoltre l'eventuale inefficacia della previsione statale, se non ripresa negli ordinamenti giuridici interni, dal momento che una legge approvata dalla Comunità autonoma che non rispettasse il procedimento delineato a livello centrale comunque non potrebbe essere annullata dai giudici amministrativi, a differenza di quanto potrebbe accadere rispetto alle fonti sottordinate. Significa quindi che la disposizione statale relativa ai procedimenti per l'approvazione di progetti di legge potrà funzionare tutt'al più come una guida per le autonomie regionali. O. Mir Puigpelat, *¿Better Regulation o Marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley*, cit., 213 ss.

²³ L. Casado Casado, *La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local*, in *R.V.A.P.* n. 107-I, Enero-Abril 2017, 87 – 141.

²⁴ *Tribunal Constitucional*, 50/1999, FFJJ 7 e 8 e di recente n. 55 /2018.

disposizioni sono quindi inefficaci nei confronti delle Comunità autonome, se non espressamente riportate negli ordinamenti interni.

La questione di costituzionalità si presenta soltanto parzialmente diversa per quanto riguarda il procedimento di formazione delle fonti secondarie. La legge 39/2015 prevede l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di elaborare e pubblicare ogni anno un piano di norme che intendano approvare nell'anno successivo, e di effettuare analisi preventive e successive dell'impatto normativo, sulla falsa riga del modello che si è affermato relativamente alla produzione normativa della Commissione europea. Un precedente è fornito dalla legge 2/2011 che invitava le amministrazioni pubbliche a predisporre procedimenti idonei a stimolare la partecipazione attiva nelle fasi di produzione delle norme giuridiche²⁵, e che non era stata considerata invasiva delle competenze regionali. Le attuali disposizioni della legge 39/2015, in particolare all'art. 133, contengono invece una disciplina eccessivamente dettagliata che lascia margini troppi esigui all'attività legislativa regionale, e condizionano le modalità con le quali le autonomie possano assicurare la partecipazione interna alla redazione ed approvazione dei progetti di fonti normative secondarie.

4. Il procedimento comune tra unitarietà e specialità

Sebbene dunque, la Costituzione riservi alla legislazione statale la competenza sul procedimento amministrativo comune, non è tuttavia possibile intaccare le specificità che possano derivare dall'organizzazione interna delle Comunità autonome. Nel tentativo di delineare un corretto equilibrio, la legge 30/1992 aveva ristretto l'idea di procedimenti amministrativi speciali, che era restata per lo più imprecisa in seguito alla legge 1958, e fissato il principio in base al quale potessero definirsi speciali soltanto quelli espressamente identificati come tali per effetto della peculiarità della materia, tra cui vi rientravano i contratti del settore pubblico, i procedimenti tributari, quelli disciplinari e sanzionatori.

Il procedimento amministrativo comune delineato dalla normativa costituzionale non è pertanto un procedimento unico o tipico, quanto piuttosto una disciplina comune del procedimento, inteso come insieme di principi che possono essere integrati in relazione alle materie. Può comprendere principi e norme per l'iter procedimentale, la forma dell'elaborazione degli atti, stabilire i requisiti di validità ed efficacia, i modi di revisione e di esecuzione degli atti e le garanzie dei destinatari dei provvedimenti²⁶; un nucleo essenziale di principi e regole, quindi, che definiscono un trattamento comune dei destinatari dell'azione amministrativa pubblica, ma accanto al quale coesistono numerose regole speciali in considerazione della specificità della materia disciplinata²⁷. La disciplina dei procedimenti amministrativi speciali non è pertanto riservata allo Stato, che potrebbe così condizionarne l'esercizio dell'azione amministrativa delle autonomie

²⁵ *Tribunal Constitucional*, 91/2017, FJ 6, in relazione agli artt. 4.6 e 5.2 della legge 2/2011

²⁶ *Tribunal Constitucional*, 50/1999, FJ 3, 45/2015, FJ 6 e 130/2013.

²⁷ *Tribunal Constitucional*, 45/2015, FJ 6 .

regionali²⁸. Se una materia è conferita alla competenza legislativa di una Comunità autonoma a tale istituzione spetterà l'approvazione delle relative norme procedurali, che dovranno tuttavia rispettare le regole fissate dallo Stato nell'esercizio della propria competenza. L'art. 149.1.18 esplicita chiaramente, e si tratta di un caso alquanto raro, quale sia la finalità della competenza statale sul procedimento amministrativo comune, e cioè quella di garantire a tutti i cittadini un trattamento comune da parte di tutte le amministrazioni pubbliche. La disciplina costituzionale consente allo Stato di stabilire norme comuni su procedimenti speciali soltanto nell'ambito di finalità prevalentemente garantista²⁹, che concerne sia l'efficacia dell'azione amministrativa sia i diritti degli amministrati³⁰.

Accanto alla disciplina del procedimento amministrativo comune coesistono quindi regole speciali che si applicano in ragione della specificità della materia³¹. Ma tuttavia vanno rispettate le regole predeterminate dallo Stato nell'ambito delle sue competenze. Lo Stato quindi deve considerare l'esistenza di procedimenti amministrativi speciali in relazione alla materia in cui potrà incontrare la competenza legislativa delle Comunità autonome³². Esiste quindi una competenza concorrente tra quella statale per la regolazione del procedimento amministrativo comune e quella regionale per la disciplina dei procedimenti amministrativi speciali connessi a determinate materie.

5. Forme aggiuntive e meccanismi di flessibilità

Un ulteriore profilo concerne il rapporto tra uniformità della disciplina e le forme aggiuntive. La questione è particolarmente rilevante per quanto concerne le possibili innovazioni in termini di flessibilità del procedimento. Si è notato come l'assenza di principi giurisprudenziali fortemente consolidati abbia spinto l'ordinamento giuridico spagnolo alla disciplina minuziosa delle varie fasi procedurali. Questa circostanza, come accade diffusamente nel panorama comparatistico, determina l'assenza di quella flessibilità indispensabile ad affrontare le diverse situazioni che riguardano ogni diversa tipologia di procedimento. In questi casi la ricerca dell'elasticità nell'applicazione delle regole

²⁸ *Tribunal Constitucional*, 130/2013.

²⁹ Il Tribunale costituzionale ha pertanto affermato che nell'ambito del potere di disegnare una disciplina generale del procedimento che vada seguita da parte di tutte le amministrazioni spagnole, lo Stato può disciplinare il procedimento amministrativo sanzionatorio soprattutto per quanto concerne le garanzie dei destinatari dei procedimenti e l'efficacia dell'azione amministrativa. *Tribunal Constitucional* 166/2014. Ciò comporta che nella disciplina del procedimento sanzionatorio lo Stato deve limitarsi a definire quegli elementi che possano effettivamente considerarsi comuni, in modo da conservare uno spazio sufficiente ed adeguato alle Comunità autonome di predisporre regole connesse alla specialità della materia nei procedimenti amministrativi.

³⁰ Sul tema del procedimento amministrativo il Tribunale costituzionale spagnolo ha ricondotto la potestà legislativa esclusiva statale al disposto dell'art. 149.1.18, lasciando sempre alle Comunità autonome la regolazione delle specificità che possano derivare dalle proprie organizzazioni. Cfr. sentenze nn. 130/2013 e 166/2014.

³¹ *Tribunal Constitucional* 227/1988, FJ 32 e 33/2018, FJ 5 b.

³² *Tribunal Constitucional* 45/2015, FJ 6 b).

procedimentali avviene soprattutto attraverso il meccanismo delle deroghe, per di più di origine giurisprudenziale, che riguardano o l'analisi della tipologia del potere esercitato, a seconda che possa considerarsi vincolato o discrezionale, o mediante l'eliminazione degli effetti invalidanti delle violazioni delle regole procedimentali, se l'amministrazione riesca a dimostrare che il provvedimento finale comunque non avrebbe potuto avere un diverso contenuto, qualora la violazione del procedimento non vi fosse stata. L'ordinamento spagnolo ha seguito per anni questa impostazione, ma ha successivamente avvertito la necessità di inserire dei correttivi, ed ulteriori istituti di semplificazione.

Le nuove disposizioni prevedono la possibilità di optare per un procedimento semplificato che può essere seguito su decisione dell'amministrazione precedente quando lo richiedano ragioni di interesse pubblico o quando il procedimento non sia particolarmente complesso, o su richiesta dell'interessato³³. Si tratta di un istituto che apre ad un modello di maggiore flessibilità, in cui l'azione amministrativa potrà ricercare un equilibrio tra le esigenze di tutela dell'interesse pubblico e le garanzie di difesa degli interessati³⁴. La forte impostazione verso il modello flessibile trova conferma nel divieto di aggiungere fasi procedimentali addizionali con una fonte regolamentare³⁵. Con disposizioni regolamentari potranno essere previste modalità procedimentali specifiche soltanto in relazione alle funzioni degli organi competenti, o termini differenti in ragione di alcune materie, o forme di avvio e conclusione dei procedimenti. Si tratta di una previsione che desta numerose perplessità sia in termini di efficacia, che in relazione alle competenze delle Comunità autonome³⁶.

La riserva di legge prevista potrà essere esercitata soltanto quando le misure addizionali che si intendano inserire siano efficaci, proporzionate e necessarie per

³³ Nel I caso pare occorra comunque il consenso tacito dell'interessato che non deve opporsi, ex art. 96 l. 39/2015. L'istituto è di applicazione generale e potrà essere utilizzato in diversi casi, anche nell'ambito dei procedimenti sanzionatori che comportino sanzioni lievi. Il procedimento semplificato comunque non potrà portare con sé una limitazione delle garanzie di difesa dei destinatari dei provvedimenti.

³⁴ Il responsabile del procedimento ha quindi la possibilità di alterare e modulare come meglio ritiene i contenuti delle varie fasi procedimentali, tra cui rientrano i poteri di sospendere il termine per l'adozione del provvedimento finale, sebbene nell'ambito delle ipotesi tassativamente previste dall'art. 22, comma 1. La funzione del responsabile del procedimento termina con la proposta del provvedimento da adottarsi, poi, da parte dei vertici dell'organo competente. Seira sottolinea che sebbene questa distinzione tra funzione istruttoria e decisoria non sia espressamente rinvenibile in nessuna disposizione, sembra tuttavia un conseguenza sostanziale dell'impostazione fornita al procedimento amministrativo comune. In realtà sia il Consiglio di Stato che la dottrina mostrano diffuse perplessità in merito all'utilizzo di questo meccanismo di semplificazione che lascia ampia discrezionalità in merito alle fasi procedurali da seguire e rende difficile che questa scelta possa essere effettuata dalla pubblica amministrazione. In sostanza è opinione diffusa che sarebbe stato meglio conferire un potere al funzionario istruttore di omettere alcune fasi procedimentali oppure fornirgli strumenti istruttori più snelli quando l'indagine da effettuare si rilevi piuttosto semplice. Così Cierco Seira, *El "nuevo" procedimiento administrativo común*, cit., 119.

³⁵ J.A. Santamaría Pastor, *Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175, 2016, 35.

³⁶ L. Casado Casado, *La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local*, cit., 106.

il conseguimento dei fini previsti, che dovranno essere specificamente motivati³⁷. La recente interpretazione costituzionale ritiene che le disposizioni relative all'aggiunta di forme addizionali non si pongano in contrasto con le competenze riservate alle Comunità autonome, perché non riguarderebbero l'esercizio di un potere normativo ma soltanto la fonte con cui vada esercitato³⁸. L'opinione dissenziente tuttavia pone in luce che, in realtà, la disposizione andrebbe comunque considerata in contrasto con l'impianto costituzionale poiché interferisce nell'organizzazione interna del potere normativo delle autonomie regionali, nella misura in cui non consente alle Comunità di scegliere a quale organismo istituzionale interno possa essere demandato il relativo potere. Attraverso l'imposizione della riserva di legge si vincola l'autonomia regionale ad adottare disposizioni soltanto attraverso gli organi che esercitano la funzione legislativa.

6. Aspetti relativi al procedimento sanzionatorio ed all'amministrazione digitale

La riforma cerca di delineare un procedimento amministrativo sanzionatorio applicabile a tutte le amministrazioni pubbliche. Le nuove regole vengono in parte tratte dal regolamento sul procedimento per l'esercizio della potestà sanzionatoria³⁹, le cui disposizioni pertanto sono elevate al rango legislativo, con alcune innovazioni rispetto alla legge 30/1992, come la separazione tra fase istruttoria e decisoria, le esigenze di motivazione in caso di adozione di misure provvisorie, e la soggezione ai principi di proporzionalità, effettività, minore onerosità. Ulteriori novità riguardano la possibilità di applicazione di misure provvisorie anche prima dell'inizio del procedimento, il dovere di comunicare al denunciante la decisione di attivare o meno il procedimento, quando la denuncia concerne un pregiudizio al patrimonio delle amministrazioni pubbliche, l'obbligo di motivare la mancata attivazione del procedimento, la circostanza che non basti presentare la denuncia per assumere la qualifica di interessato nel procedimento, la clemenza nei confronti di coloro che denunciano un determinato tipo di infrazione, la chiusura del procedimento immediata o la possibilità generalizzata di riduzione della sanzione pecuniaria nelle ipotesi di riconoscimento della

³⁷ Tuttavia un primo aspetto rilevante è fornito dalla circostanza che nella 39/2015 non viene differenziato il concetto di formalità addizionali. Barnes sostiene che le forme addizionali al procedimento previsto nella legge possono ricondursi a profili economici o all'analisi costi – benefici, mentre le forme differenti sarebbero giustificate dalla particolarità di specifiche materie. L'autore accusa di ingenuità queste previsioni che tendono a cristallizzare alcune formalità procedurali, mentre le disposizioni della legge 30/1992 fissavano alcuni strumenti utilizzabili a seconda delle necessità. Nell'esperienza giuridica spagnola non si era registrata pertanto una legge di puri formalismi ma piuttosto un modello ideale adattabile alle specificità espresse dalle singole materie. Barnes evidenzia ancora come la previsione sia in realtà alquanto inefficace dal momento che una nuova legge successiva potrebbe introdurre formalità nuove o addizionali senza fornire alcuna motivazione. J. Barnes, *La ley 39/2015 de procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica y comparada*, cit., 57 ss.

³⁸ *Tribunal constitucional*, 55/2018

³⁹ *Real Decreto* n.1398/1994.

responsabilità e versamento della sanzione, o in caso di rinuncia a proporre azione giudiziaria o ricorso in via amministrativa⁴⁰. La regolazione è completa e dettagliata e lascia poco spazio alle Comunità autonome, mentre l'impostazione fornita dalla legge del 1958, e ripresa nella legge 30/1992 era stata quella di fissare soltanto alcuni principi comuni, e riconoscere diritti a favore dei destinatari dei procedimenti, favorendo maggiormente l'esercizio del potere normativo delle autonomie regionali⁴¹.

Un ulteriore aspetto problematico concerne l'utilizzo delle tecnologie elettroniche, che ha costituito senza dubbio uno tra i principali aspetti che hanno indotto all'adozione delle nuove disposizioni sul procedimento. L'idea è stata quella di stimolare il funzionamento prevalentemente elettronico del procedimento amministrativo⁴². Tuttavia l'impianto normativo mantiene parallelamente due tipologie di procedimenti, che possono essere condotti sia in forma cartacea che elettronica.

Tra gli aspetti maggiormente criticati dalla dottrina spagnola vi è l'obbligo di seguire il procedimento nelle modalità digitali, che inevitabilmente creerà uno squilibrio sia tra amministrazioni che possiedono una differente strumentazione informativa, alcune dotate di tecnologie più avanzate ed altre no, sia tra gli stessi destinatari dell'azione amministrativa, che non hanno certamente la stessa capacità di utilizzo degli strumenti elettronici⁴³.

⁴⁰ Il diverso istituto della rinuncia a la difesa in via amministrativa costituisce l'effetto di una transazione avvenuta tra l'amministrazione ed il destinatario della sanzione che in effetti riconosce le contestazioni che vengono effettuate, rinuncia a proporre qualsiasi ricorso nei confronti del provvedimento in adozione e otterrà in cambio la riduzione degli importi sanzionati almeno del 20 %. Queste tipologie di istituti di semplificazione potrebbero indurre a ridurre il valore che principi come il contraddittorio e la difesa hanno assunto negli anni come elementi fondamentali nei procedimenti amministrativi. Così C. Cierco Seira, *El "nuevo" procedimiento administrativo común*, cit., 100, che sottolinea come lo stesso Consiglio di Stato aveva ritenuto che non potesse essere oggetto di legislazione sul procedimento una disciplina che cercasse di limitare il ricorso alla giustizia amministrativa.

⁴¹ M.J. Gallardo Castillo, *El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 179/2016, 111 ss.

⁴² Con la legge n. 11/2007 l'ordinamento spagnolo aveva già regolamentato in dettaglio i diritti dei cittadini in relazione al trattamento elettronico dei procedimenti, il regime delle comunicazioni elettroniche, il funzionamento dei registri e delle notifiche in forma elettronica, l'utilizzo della sottoscrizione digitale, così come le condizioni per la produzione, validità ed efficacia dei documenti e fascicoli in forma elettronica. A causa della carenza di personale qualificato, adeguata strumentazione e formazione le disposizioni hanno trovato scarsissima applicazione. La nuova disciplina mantiene separate le regolazioni del procedimento amministrativo elettronico da quello condotto attraverso i tradizionali strumenti cartacei; circostanza che ha impedito una lettura unitaria delle regole sul procedimento amministrativo. Non sembra inoltre che le nuove disposizioni aggiungano rilevanti innovazioni rispetto alla precedente disciplina.

⁴³ I. Martín Delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública*, in F. López Menudo (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, cit., 65. I meccanismi di assistenza all'uso dei mezzi elettronici identificati nell'art. 14, commi 1 e 2, legge 39/2015 lasciano fuori un'ampia categoria di soggetti interessati.

Anche in questo caso è alquanto dubbio la riconducibilità delle disposizioni all'idea costituzionale di procedimento amministrativo comune⁴⁴. Sembrano infatti eccedere la competenza statale le disposizioni che obbligano tutte le amministrazioni pubbliche a mantenere un archivio elettronico, ivi comprese quelle delle Comunità autonome, mentre la precedente legge 11/2007 ne sanciva soltanto la possibilità e non l'obbligo. Altro profilo problematico concerne le disposizioni sulle notifiche in forma elettronica che sembrano inefficaci, poco garantiste e non adeguate alle tecnologie moderne, poiché possono verificarsi casi in cui si dà per notificato un atto senza la prova adeguata che il destinatario ne abbia avuto effettiva conoscenza⁴⁵. La forte svolta verso l'utilizzo di strumenti elettronici nel procedimento può così trasformarsi in una riduzione delle garanzie procedurali ed in una restrizione dei diritti dei cittadini, se non vengono adottate le dovute cautele quando le amministrazioni decidano di ampliare l'obbligatorietà dell'uso delle tecnologie informatiche⁴⁶.

7. La debolezza del modello procedimentale

È opinione di diversi giuristi spagnoli che nella riforma del 2015 l'impulso economista prevalga eccessivamente sulla dimensione giuridica⁴⁷. L'impianto normativo non raggiunge l'obiettivo di sistematizzare le disposizioni vigenti, non fornisce un contesto unitario a cui ricondurre tutti i procedimenti esistenti, né contiene un'idea comune di azione amministrativa da applicarsi in via generale alle relazioni tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Se si passa poi dal piano organizzativo a quello della tutela dei diritti, emergono ulteriori perplessità. Per quanto concerne il diritto di accesso le nuove disposizioni tendono ad ampliare il concetto di trasparenza amministrativa verso il modello dell'*open government*, ma che tuttavia non può dirsi pienamente affermato nell'ordinamento spagnolo a causa delle ampie ipotesi che ancora consentono alle amministrazioni di negare l'accessibilità alle informazioni pubbliche. Questo fenomeno si verifica soprattutto per quando concerne alcune informazioni ritenute ausiliarie al procedimento in itinere, tra cui note, bozze, opinioni, comunicazioni interne a carattere informale, o giudizi valutativi che non siano stati richiesti prima dell'adozione della decisione finale.

Un ulteriore sguardo alla riforma volto nell'ottica della salvaguardia dei diritti mostra che permangono notevoli incertezze in merito agli effetti delle

⁴⁴ I. Martín Delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública*, cit., 41 ss.

⁴⁵ C.I. Velasco Rico, *Novedades en materia de administración electrónica*, in C.I. Velasco Ruiz (dir.), *Reflexiones sobre la Reforma Administrativa de 2015*, cit. 148.

⁴⁶ Ivi, 154.

⁴⁷ L'attenzione verso il profilo economico emerge da diversi dati. Negli artt. 129.4 e 5 della legge 39, sia la certezza del diritto che la quantità di iniziative normative vengono collegate ad esigenze extragiuridiche con la finalità di razionalizzare la gestione delle risorse pubbliche. Cfr. O. Mir Puigpelat, *Veinte años no es nada: la oportunidad perdida con la nueva Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común*, in J. Tornos Mas (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Barcelona, 2017, 49-60.

violazioni delle norme sul procedimento. L'attuale formulazione sancisce con la nullità gli atti che sono stati adottati prescindendo totalmente dal procedimento prestabilito⁴⁸. Poi vi sono le ipotesi di annullabilità che si verificano quando l'atto amministrativo manchi di un requisito formale indispensabile per il raggiungimento del fine o vi sia stata l'impossibilità dell'interessato di difendersi⁴⁹. Si tratta tuttavia di fattispecie non precisate e che lasciano la valutazione caso per caso sia all'amministrazione procedente che al sindacato giurisdizionale. Circostanza che rende viepiù incerta l'individuazione dei profili sostanziali del procedimento amministrativo, quando sarebbe stato maggiormente efficace individuare dettagliatamente le violazioni da cui possa derivare l'immediata invalidità del provvedimento adottato⁵⁰.

Anche le previsioni che riguardano la funzione normativa sembrano eccessivamente proiettate verso l'aspetto economico e vengono tralasciate le questioni sociali, del lavoro, dell'ambiente, e la rilevanza assunta dai diritti e dagli interessi dei cittadini. La semplificazione cioè assume una dimensione macroeconomica, piuttosto che funzionare da criterio per migliorare l'azione amministrativa all'interno della complessità delle strutture organizzative⁵¹. Altra critica costante riguarda la tendenza ad integrare tra loro i procedimenti sanzionatori e quelli relativi alla responsabilità patrimoniale, che vengono considerati speciali rispetto al procedimento amministrativo comune⁵², mentre la legge del 1992 li manteneva distinti. Si tratta di uno tra i principali strumenti utilizzati nella riforma per affermare la nuova idea di semplificazione, ma che finisce per determinare una consistente confusione sul piano applicativo tra la legislazione meramente settoriale, a cui è consentito l'integrazione dei principi determinati dalla normativa comune, e quella speciale che consente possibili deroghe. Vi sono infatti materie che tassativamente vengono indicate come speciali, rispetto alle quali la disciplina generale si presenta come suppletiva, ma nello stesso tempo è possibile emanare leggi speciali in considerazione della specificità della materia e dei fini perseguiti, il che consente di distaccarsi dal regime comune che viene così pericolosamente deviato dalla sua funzione costituzionale⁵³. Questa specialità in conseguenza della materia fa ritornare all'impostazione della legge del 1889 che aveva invece determinato un'eccessiva frammentazione dei principi procedurali.

La drastica scissione poi tra relazioni *ad extra* ed *ad intra* appare problematica anche sotto aspetti differenti, e riconducibili a due macroaree.

⁴⁸ Art. 47, comma 1, lett. e) legge 39/2015.

⁴⁹ Art. 48, comma, 2, legge 39/2015.

⁵⁰ In senso conforme C. Seira, *El "nuevo" procedimiento administrativo común*, cit., 121.

⁵¹ J. Barnes, *La ley 39/2015 de procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica y comparada*, cit., 58.

⁵² Barnes sottolinea la differenza che esiste tra un procedimento autorizzatorio attivato d'ufficio ed un procedimento sanzionatorio, ciascuno dei quali richiede un proprio schema e risponde a differenti logiche dell'azione amministrativa, a distinte funzioni amministrative, rispetto alle quali sono differenti le posizioni giuridiche dei cittadini. Ivi, 69

⁵³ M. Vaquer Caballeria, *La codificación del procedimiento administrativo en España*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 42/2016, passim.

La prima è relativa a quell'impostazione ancora eccessivamente processualistica delle regole procedurali. La legge 30/1992 non aveva superato lo schema bipolare amministrazione-interessato che si fonda sulla contrapposizione tra gli interessi di entrambi e che produce la conseguenza di trascurare tante altre possibili configurazioni del rapporto giuridico, che vanno dalle ipotesi collaborative ai casi in cui l'amministrazione presti attività di prestazione o di gestione di beni e servizi⁵⁴ o svolga funzioni di regolazione o di esercizio di impresa pubblica. Si tratta di funzioni che in vari momenti fuoriescono dalla logica della contrapposizione tra interessi e dal regime di esecutorietà dell'atto amministrativo. Al contrario, gran parte dell'impostazione delle nuove disposizioni si fonda sul carattere favorevole o non favorevole degli atti amministrativi che condiziona aspetti rilevanti del regime giuridico, soprattutto per quanto concerne gli effetti dell'inerzia amministrativa ed il procedimento di revisione d'ufficio⁵⁵. La disciplina non tiene conto dei vari interessi che possono caratterizzare un procedimento amministrativo, che non di rado sono contrapposti tra loro, quando tali soggetti non partecipino al procedimento o quando la partecipazione non richieda la formale posizione di interessati, come capita nei casi di consulta o udienza pubblica. È ciò che succede anche in quei procedimenti dove si assegnano diritti e risorse limitate e relativamente ai quali vi sono numerosi interessati ed il riferimento al carattere favorevole o non favorevole del provvedimento non è agevolmente applicabile⁵⁶. Manca una disciplina dettagliata relativa ai casi di attività consensuale, per la quale la legge si limita a definire la sola ipotesi di conclusione convenzionale del procedimento amministrativo⁵⁷.

L'altro aspetto che ci appare rilevante è costituito dalla assenza di uniformità in relazione ai procedimenti che, sebbene producano effetti su singole posizioni giuridiche, coinvolgono sia relazioni *ad intra* che relazioni *ad extra*. Non di rado è spesso impossibile scindere gli aspetti sostanziali collegati a quelli procedurali⁵⁸. È ciò che avviene anche in tutti i casi in cui l'azione amministrativa è di competenza di una singola amministrazione che deve però agire in concerto, o in collaborazione con altre amministrazioni pubbliche che sono tenute a definire i sub procedimenti connessi al procedimento principale⁵⁹. Questa scissione comporta duplicazioni delle disposizioni e difficoltà interpretative, e determina un'incrinatura nel trattamento sistematico che nel passato avevano

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Nella legge n. 40/2015 (art. 47 – 53) si riscontra un nuovo regime relativo alle convenzioni amministrative, sia tra amministrazioni che tra privati, che colma in parte la lacuna ma che risulta priva di alcune garanzie procedurali, per quanto concerne le forme di pubblicità e partecipazione ai procedimenti, che si riscontrano invece in alcune discipline settoriali, tra cui in materia di sovvenzioni.

⁵⁸ Questa circostanza emerge evidente dall'analisi dei profili connessi alla responsabilità amministrativa e della potestà sanzionatoria, già rilevati dal *Consejo de Estado* nel *Dictamen* n. 275/2015, del 29 aprile.

⁵⁹ La questione relativa ai procedimenti che coinvolgono contestualmente più amministrazioni viene affrontata soltanto incidentalmente, nella parte relativa alla sospensione del procedimento, se un'amministrazione richieda ad un'altra di revisionare o annullare un atto amministrativo.

ricevuto il regime dell'organizzazione, il funzionamento delle amministrazioni pubbliche e la disciplina del procedimento amministrativo⁶⁰.

⁶⁰ *Consejo de Estado, Dictamen n. 275/2015*, del 29 aprile. Sul tema anche G. Crepaldi, M. Ricciardo Calderaro, *La riforma del procedimento amministrativo in Spagna e Francia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunitario*, n. 2017, 708.

All that Glitters is not Gold: The Regulation of Virtual Currencies in the New EU V Anti-Money Laundering Directive

di Sara De Vido

Abstract: Non tutto quello che luccica è oro: la regolazione delle montete virtuali nella V direttiva contro il riciclaggio – The purpose of this article is to provide a first comment to the new provisions on virtual currencies included in the European Union Directive 2018/843, amending Directive 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, known as Fifth Anti-Money Laundering Directive. The Directive requires States to include, among the obliged entities to respect anti-money laundering and counter-terrorism financing requirements, such as ‘know-your-customer’, the ‘providers engaged in exchange services between virtual currencies and fiat currencies.’ To the big dilemma: ‘to regulate or not to regulate’ virtual currencies, including Bitcoins, the EU answered that yes, we must regulate. However, what is the meaning of regulating Bitcoins? After presenting what VC are and which challenges they pose to international law, I will argue that regulation is fundamental in order to avoid the exploitation of these currencies for the purposes of money laundering and terrorism financing, but that, at the same time, regulation as it was conceived at EU level might pose numerous challenges because it only concerns the moment in which the ‘real’ world meets the ‘virtual’ one, and is applicable only to the obliged entities that fall under the scope of the EU legal instrument.

59

Keywords: Cryptocurrencies; Anti-Money Laundering; Bitcoin; EU law.

1. Introduzione

The purpose of this article is to provide a first comment to the new provisions on virtual currencies included in the European Union (EU) Directive 2018/843, amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, known as Fifth Anti-Money Laundering Directive (V AML Directive), approved by the European Parliament on 19 April 2018, and published in the Official Journal of the EU on 21 June 2018.¹ The Directive requires States to include, among the obliged entities to respect anti-money laundering (AML) and counter-terrorism financing (CFT) requirements, such as ‘know-your-customer’, the ‘providers engaged in exchange services between virtual currencies and fiat currencies.’ To the big dilemma: ‘to regulate or not to regulate’ virtual currencies (VC), including

¹ Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering and terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, *GUL*-156/43, 19.06.2018.

Bitcoins, probably the most famous one currently existing in the world, the EU answered that yes, we must regulate. However, what is the meaning of regulating Bitcoins? I will argue that regulation is fundamental in order to avoid the exploitation of these currencies for the purposes of money laundering and terrorism financing, but that, at the same time, regulation might pose numerous challenges because it only concerns the moment in which the ‘real’ world meets the ‘virtual’ one, and is applicable only to the obliged entities that fall under the scope of the EU legal instrument.

The article will first present the world of virtual currencies, stressing the challenges they pose to international law, and will explore risks and vulnerabilities of these currencies to money laundering and terrorism financing. I will then delve into the new V AML Directive, explaining why an amendment to the previous IV AML Directive was long-awaited to include virtual currencies within the scope of application of the Directive. I will eventually reflect on the legal implications of the regulation, and its related and unresolved issues.

2. Virtual currencies

60
‘What is needed is an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party.’² The idea of Nakamoto, name that surely identifies a/several pseudonymous software developer(s), was to create a system based on cryptography to replace the traditional banking system, which, after the outburst of the financial crisis back in 2008, was considered not as reliable as it was in the past, if ever was. To put it simply, maths and trust among peers, instead of trust to the traditional centralised financial system. After ten years, Bitcoins still exist, and have recently gained much more attention. At the beginning of 2018, economists and financial experts warned against the Bitcoins’ ‘bubble,’ which was compared to, and considered more severe than, the tulips’ bubble in 1630s. In a study reported by Bloomberg in April 2018, a team of the Bank of America Corporation defined Bitcoins as ‘the greatest bubble in history.’³ Coindesk later replied to the study saying that, due to the trend of Bitcoins over the years, the analysis was not fair.⁴ It should be acknowledged indeed, as two authors said, that ‘the death of Bitcoin’ has been announced more than one hundred times since its creation, but it has never happened, and ‘Bitcoin increasingly is being integrated into the governance of mainstream monetary systems.’⁵

Since the purpose of our analysis is purely legal, we will not delve further into economic considerations, which would be however interesting, because stability and reliability are key factors in convincing people to buy, use, invest with one currency rather than with another. We will see however that in the case of

² S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, 1, www.bitcoin.org (last access to all websites 1. March 2019).

³ www.bloomberg.com/news/articles/2018-04-09/bitcoin-seen-popping-like-the-greatest-bubbles-by-bofa

⁴ www.coindesk.com/bank-of-america-bitcoin-bubble-is-already-popping/ (last accessed on 21 June 2018).

⁵ M. Hütten, M. Thiemann, *Moneys at the margins. From political experiment to cashless societies*, in M. Campbell-Verduyn, *Bitcoin and Beyond Cryptocurrencies, Blockchains, and Global Governance*, Abingdon, 2018, 25.

Bitcoins, what is appealing is its (although partial) anonymity, which might be exploited by criminals to hide illicit activities.

We will first start from a definition of VC, and of Bitcoins more specifically, trying to trace the origins and the evolution of these currencies.

2.1. Definitions and characteristics of VC, with specific regard to Bitcoins

According to the Financial Action Task Force on Money Laundering, an international body established in 1989 by the then G7 to tackle the problem of money laundering, in its report of 2014:

Virtual currency is a digital representation of value that can be digitally traded and functions as (1) a medium of exchange; and/or (2) a unit of account; and/or (3) a store of value, but does not have legal tender status (i.e., when tendered to a creditor, is a valid and legal offer of payment) in any jurisdiction. It is not issued nor guaranteed by any jurisdiction, and fulfils the above functions only by agreement within the community of users of the virtual currency.⁶

VC must be distinguished from fiat currency, meaning coins and paper money of a country that is designated as its legal tender, and from e-money, which consists of a digital transfer mechanism for fiat currency. VC can be either convertible or non-convertible. The former can be exchanged for fiat currency at any time; the latter are created and exploited in the virtual world only.⁷ Scholars have extensively discussed on the nature of VC as money.⁸ This debate will not be covered in this contribution, which will only take into account the position adopted by the EU in that respect.

VC can also be centralised, meaning that there is a third party that controls the system, and establishes rules at the same time. To the contrary, decentralised virtual currencies, also called crypto-currencies, are ‘open-source, math-based peer-to-peer virtual currencies that have no central administrating authority, and no central monitoring or oversight.’⁹

The origin of virtual currencies dates back to the 1980s. It was a researcher, David Chaum, who first used cryptographically signed tokens which represented a fixed amount of money.¹⁰ He first invented in 1984 an untraceable payment system based on blind signatures, and then in 1990 he refined his creation by putting it online: that is how e-cash started, promoting anonymity, which will

⁶ FATF, *Virtual Currencies. Key Definitions and Potential AML/CTF Risks*, June 2014, 4.

⁷ Ivi, 4.

⁸ See, for example, just to name a few, S.A. Wolla, *Bitcoin: Money or financial investment?*, Federal Reserve Bank of St. Louis, March 2018, research.stlouisfed.org, who considers that Bitcoins lack some of the requirements to be considered as ‘currency’; S. Lo, J.C. Wang, *Bitcoin as money?*, 2014, www.bostonfed.org/publications/current-policy-perspectives/2014/bitcoin-as-money.aspx, on how Bitcoins fulfilled the functions of a fiat money; S. Capaccioli, *Criptovalute e bitcoin: un’analisi giuridica*, Milano, 2015, 114, who considers it as ‘a new form of currency’; O. Lakomski-Laguerre, L. Desmedt, *L’alternative monétaire Bitcoin: une perspective institutionnaliste*, in *Revue de la régulation*, 18, 2015, online.journals.openedition.org/regulation/11489, focusing on ‘la capacité du projet Bitcoin à construire un ordre monétaire, certes alternatif, mais stable.’

⁹ Ivi, p. 5.

¹⁰ J. Baron, A. O’Mahony, D. Manheim, C. Dion-Schwars, *National Security Implications of Virtual Currencies*, Santa Monica, 2015, 10.

become the pivotal feature for future currencies.¹¹ It was not the proper origin of VC as they are conceived today, though.

By the end of the century, computational systems allowed the creation of money. Hence, for example, in 1998, ‘b-money’ and ‘bit gold’ represented money created through the solution of computationally difficult problems, the amount of money being proportionate to the degree of difficulty of the problem.¹² The year after, two researchers introduced an anonymous electronic cash system which did not require a central server, where a coin was represented by the hash of its serial number.¹³

Compared to the first attempts of VC, Bitcoins was different because of its decentralisation. As reported in the website Coindesk, Bitcoin is the word that both identifies the token - ‘a snippet of code that represents ownership of a digital concept,’ - and the protocol, ‘a distributed network that maintains a ledger of balances of bitcoin-the-token.’¹⁴ Payments are allowed between the users without passing through a central authority, such as a bank, or another financial institution. No authorisation of any sort is required.¹⁵ Compared to other fiat currencies, Bitcoins are of limited supply. The maximum amount of Bitcoins was set since its inception at 21 million.¹⁶ Since the process of ‘mining’¹⁷ Bitcoins is at a slower pace year after year, and the costs in terms of software are higher and higher, the maximum is scheduled to be reached in more than one century. Anyone can download a free software from the website to send, receive and store Bitcoins. The procedure can be clearly explained as follows:

When the client is initially run, the application generates a set of cryptographic keys that are mathematically related to one another. One key is private and remains concealed on the user’s computer. The other key, often referred to as a Bitcoin address, is made public; it is used to accept Bitcoin payments from other users. Together, these keys serve as the user’s digital signature.¹⁸

Bitcoin addresses have the same function as an account. All transactions are gathered in a publicly available transaction register, which is identified by the Bitcoin address, a string of letters and numbers. Copies of transaction records (ledgers) are kept in multiple computers in the network and visible to anyone.¹⁹ A network of computing ‘nodes’ constitutes the ‘blockchain,’ which is the underlying technology behind Bitcoins. The blockchain ‘records the path of every Bitcoin as it changes hands through the network, thereby functioning as the definitive public

¹¹ P. Franco, *Understanding Bitcoins, Cryptography, Engineering and Economics*, John Wiley & Sons, Chichester, 2014, 162-163.

¹² Ivi, 164.

¹³ Ibid.

¹⁴ www.coindesk.com/information/what-is-bitcoin/.

¹⁵ R. Böhme, N. Christin, B. Edelman, T. Moore, *Bitcoin: Economics, Technology, and Governance*, in *Journal of Economic Perspectives*, 29, 2015, 214.

¹⁶ coinmarketcap.com/currencies/bitcoin/ 17.590.025 BTC have already been mined.

¹⁷ A miner can be both a natural or legal person that creates Bitcoins by using a software. A person can generate Bitcoins for his/her own purpose, or can participate in a virtual currency system as exchangers. It is a software that produces Bitcoins. The higher the number of Bitcoins, the more difficult the process to mine Bitcoins.

¹⁸ J. J. Doguet, *The Nature of the Form: Legal and Regulatory Issues Surrounding the Bitcoin Digital Currency System*, in *Louisiana Law Review*, 73, 2013, 1126.

¹⁹ IMF, *Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations*, www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf, 20.

ledger of every user's account balance.'²⁰ Blockchains are 'digital sequences of numbers coded into computer software that permit the secure exchange, recording, and broadcasting of transactions between individual users operating anywhere in the world with Internet access.'²¹ Transactions are confirmed and checked by the users themselves, creating a system that, at least in principle, is extremely reliable. In principle, indeed, more than in reality. The reason is that even though private keys are encrypted, and a password is needed to read them, it is also true that passwords are often too easy to identify, either being excessively weak (as the majority of people tend to do), or because they are cracked. Bitcoins are considered to be 'pseudo-anonymous,' which means that the user does not need to identify him/herself before sending Bitcoins, and the protocol will only be checked when the sender has the amount of Bitcoins necessary to conclude the transaction.

2.2. How they work

Even though the blockchain technology seems complex, everyone can buy Bitcoins and use them. The steps to obtain Bitcoins are indeed – not surprisingly – easy. Not surprisingly because the purpose of this currency has been, since the very beginning, to 'democratise' the financial system, through a mechanism of access which was conceived as being easy and devoid of costs. Every step is clearly explained on the web.²² You first set up a wallet, which necessary to store your Bitcoins, and this can be an online, desktop, mobile or offline wallet. Every wallet is identified through a string of characters and/or passwords. Then you need a cryptocurrency exchange to buy and sell Bitcoins. It is immediately clear that the absence of intermediaries that was at the basis of the system is not technically respected. It is respected when it comes to payments, but not at the moment in which the virtual world meets the real one. Two authors have not considered bitcoins as a means of exchange, but rather as 'a form of game played in a society,' which, though being innovative and born to be 'anti-statist' and 'anti-establishment', has been facing a phase of 'normalisation,' meaning of integration in the financial system.²³ As we will see in the forthcoming paragraphs, VC exchange providers are considered as all other financial institutions for the purposes of anti-money laundering and counter-terrorism financing, and hence they have become part of the financial system. In the website Coindesk, users are informed that '[w]ith the clampdown on know-your-client and anti-money-laundering regulation, many exchanges now require verified identification for account setup. This will usually include a photo of your official ID, and sometimes also a proof of address.'²⁴

Once the exchange receives the payment, it will purchase the corresponding amount of Bitcoins to be deposited in an automatically generated wallet. Then, Bitcoins can be transferred to an off-exchange wallet. Bitcoins can also be bought with cash using ATMs.²⁵

²⁰ J. Doguet, *The Nature of the Form, cit.*, 1126.

²¹ M. Campbell-Verduyn, *Introduction*, in M. Campbell-Verduyn, *op.cit.*, 1.

²² www.coindesk.com/information/how-can-i-buy-bitcoins/

²³ Hütten, Thiemann, *op. cit.*, 25.

²⁴ www.coindesk.com/information/how-can-i-buy-bitcoins/

²⁵ In Italy there are 31 ATMs that are able to convert cash into bitcoins according to the website coinatmradar.com/country/105/bitcoin-atm-italy/

2.3. *Pros and cons of virtual currencies: All that glitters is not gold*

Despite being highly criticised for the reasons we are going to explain in this paragraph, the potential of these currencies, or better, of the technology backing these currencies, is enormous, as confirmed by Christine Lagarde, the Managing Director of the International Monetary Fund, in a recent IMF blog:²⁶

The technology behind these assets - including blockchain - is an exciting advancement that could help revolutionize fields beyond finance. It could, for example, power financial inclusion by providing new, low-cost payment methods to those who lack bank accounts and in the process empower millions in low-income countries.

The technology that was developed for Bitcoins – blockchain – can be used for other purposes. Fintech, the financial technology, seems to be only at a first stage, indeed.²⁷ The system is based on a peer-to-peer control that avoids intermediaries, and guarantees freedom of exchanges. It has been argued that these ‘emergent technologies’ may ‘empower several actors,’ including small States, and categories that were previously excluded from the traditional financial system, such as migrants, and temporary guest workers who can use this system for remittances.²⁸ In other words, these technologies create a new ‘governance’, which is in principle open to everyone, including people who previously had a weak access to the financial system, but also to criminals.

We know that not *all that glitters is gold*. We also know not everything online is the truth, is real, is fact. Why should we assume Bitcoin is genuine when it exists in a world full of fraud and disinformation by design?

The potentially erratic valuation of virtual currencies is, for example, an element of risk. As explained in the 2016 IMF report on virtual currencies, they ‘are not likely to be adequate stores of value given the volatility in their exchange rates to fiat money.’²⁹ Websites of exchange providers might be also at risk of being hacked.³⁰ For our purposes, however, another kind of vulnerability is of interest: the fact that Bitcoins can be exploited by criminal organisations to launder money, support terrorist organisations, fuel drug trafficking. The Financial Action Task Force on anti-money laundering issued a pivotal report on virtual currencies just a year after the preceding one of 2014 containing a first assessment of the phenomenon, which we have already mentioned. The international body, which is not an international organisation but belongs to the new financial architecture established at the international level,³¹ explained risks

²⁶ blogs.imf.org/2018/03/13/addressing-the-dark-side-of-the-crypto-world/

²⁷ www.imf.org/en/News/Articles/2017/09/28/sp092917-central-banking-and-fintech-a-brave-new-world

²⁸ M. Campbell-Verduyn, *What are blockchains and how are they relevant to governance in the global political economy?*, in M. Campbell-Verduyn, *op. cit.*, 6 ff.

²⁹ IMF, *Fintech and Financial Services: Initial Considerations*, www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2017/06/16/Fintech-and-Financial-Services-Initial-Considerations-44985, 26.

³⁰ See, for example, the case of Mt. Gox, the world exchange provider based in Tokyo, suddenly in 2014 filed for bankruptcy in Japan as it had lost 850,000 BTC in a suspected hack. Thousands of Bitcoins suddenly disappeared, and evidence seem to show that it was an employee the author of the fraud. K. Jia, F. Zhang, *Between liberalization and prohibition. Prudent enthusiasm and the governance of Bitcoin/blockchain technology*, in Campbell-Verduyn, *op. cit.*, 95.

³¹ See S. De Vido, *The Financial Stability Board and New Forms of Governance*, in M. Waibel (ed.), forthcoming for the Hague Academy of International Law.

and vulnerabilities of VC to money laundering and terrorist financing, and how to apply the risk-based approach elaborated in the field of anti-money laundering and countering terrorist financing to the virtual currencies context.³² Transactions using Bitcoins can be used to ‘cash out’ cybercrime proceeds, even though the data available cannot either confirm or disprove this argument.³³

The reasons why VC can be exploited by criminals can be summarised in three words: anonymity, internet, and fragmentation. The Bitcoins protocol does not require or provide identification and verification of the participants, and no authority checks the identity of those mining and trading. Internet is now commonly used to make cross-border payments and funds transfers, but VC rely on complex infrastructures of several entities in more than one jurisdiction. In international law, the issue is of utmost interest. Jurisdiction is primarily territorial, but it is difficult to propose a straightforward answer when using internet, which relativises the concept of ‘territory.’³⁴ Furthermore, the historical transaction records that are generated on the blockchain by the underlying protocols ‘are not necessarily associated with real world identity.’³⁵

The Silk road case in the US is illustrative of the vulnerabilities of these currencies to money laundering and terrorism financing.³⁶ Silk Road was a famous illegal goods-trading website, situated in the Dark Web, a part of the Deep Web that refers to content that is not indexed by search engines like Google, which allowed people to buy illicit products, such as drugs and weapons, without revealing the identity of the persons involved in the transaction.³⁷ The most favourite means of payment was using Bitcoins. Founded in February 2011 by a young man, Ross Ulbricht, the original Silk Road website made him a multi-millionaire in few years. The problem is usually how to apprehend those responsible of the illegal activities using Bitcoins. As a matter of fact, US authorities were aware of the existence of the site, but they needed time to find the person behind it. In 2015, the authorities arrested Ross Ulbricht in a public library in San Francisco, after finding the connection between his alias and his real identity. At the time of the arrest, and this is essential for what we are saying further in this contribution, he was logged into Silk Road as administrator, and his laptop had millions of dollars in Bitcoins. The domain was then seized. US authorities were competent precisely because of the traditional ground of jurisdiction: they arrested Ulbricht on US soil, doing illicit activities under US law. He was indicted with several crimes, including money laundering, drug

³² FATF, *Guidance for a Risk-Based Approach - Virtual Currencies*, June 2015.

³³ Three authors tried to assess the possibility that the system is used for launder the proceeds of a crime. See in that respect, R. Van Wegberg, J.J. Oerlemans, O. Van Deventer, *Bitcoin money laundering: mixed results? An explorative study on money laundering of cybercrime proceeds using bitcoin*, in *Journal of financial crime*, 25, 2018, 419. Lack of data does not come as a surprise. The magnitude of money laundering is still uncertain.

³⁴ Ivi, 11.

³⁵ Ibid.

³⁶ See the entire story here blockonomi.com/history-of-silk-road/ Update November 2017. and here www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf (15).

³⁷ MC Van Hout, T. Bingham, *'Silk Road', the virtual drug marketplace: a single case study of user experiences*, in *Int J Drug Policy*, 24, 2013, 385 ff., explaining the ‘displacement’ from ‘traditional’ online and street sources of drug supply. See also K. Jia, F. Zhang, *op. cit.*, 96.

trafficking, and computer hacking. Two FBI agents were also charged with money laundering and sentenced.³⁸ Ross Ulbricht was sentenced to life imprisonment.

After dealing with a case of money laundering, one might ask whether terrorists can use this means of payment. As two authors argued, it is difficult to find concrete evidence of the use of Bitcoins by terrorist groups and their supporters, but there is evidence that cryptocurrencies were connected to terrorist attacks in Europe and Indonesia.³⁹ Almost anonymous transfers of money are appealing for terrorists, which over time have proved to be able to exploit the most recent technologies to finance their activity.⁴⁰ Interestingly enough, a website such as Coindesk explains that, since most exchanges are required by law to know their customers, ‘the network is transparent, the progress of a particular transaction is visible to all,’ and ‘this makes bitcoin not an ideal currency for criminals, terrorists or money-launderers.’⁴¹ In July 2017, however, an international operation led by the United States seized AlphaBay, an online criminal market on the web. It sold firearms, toxic chemicals, illegal drugs, and exchanged more than 1 billion dollars in crypto-currencies before being closed.⁴²

2.4. *To Regulate or not to Regulate?*

Since the very beginning, the key question was whether or not VC should be regulated, and if so, how. Considering the nature of VC, it is clear that they cannot be directly regulated, absent a centralised authority.⁴³ Countries have acted in different ways in response to these new means of payments. On the one hand of the spectrum, regulation has meant a total ban to the use of these currencies. Hence, for example, Ecuador, Bolivia and Russia banned Bitcoins.⁴⁴ Despite what can be found in some websites,⁴⁵ two authors argued that China, which counted for the 50 per cent of the computation power by 2016, has not been totally restrictive with regard to Bitcoins: whereas the government warned against the risks of Bitcoins, the Peoples’ Bank of China declared to be ready to issue digital currencies.⁴⁶ On the other hand of the spectrum, there is non-regulation, which better corresponds to the initial intentions of those who created these currencies, but cannot prevent these currencies to become means of exchange to be exploited by money launderers and terrorism financiers. Between total ban and (almost) total freedom, countries have adopted different approaches. To regulate VC might mean to subject the connected activities to tax law, which goes beyond the scope of this

³⁸ They stole Bitcoins during the Bitcoins probe. www.reuters.com/article/us-usa-cyber-silkroad/ex-agent-in-silk-road-probe-gets-more-prison-time-for-bitcoin-theft-idUSKBN1D804H

³⁹ A.S.M. Irwin, G. Milad, *The Use of Crypto-Currencies in Funding Violent Jihad*, in *Journal of Money Laundering Control*, 19, 2016, 407 ff.

⁴⁰ See S. De Vido, *Strumenti giuridici di controllo nel contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale*, Padova, 2012.

⁴¹ www.coindesk.com/information/what-is-bitcoin/

⁴² C. Lagarde, blogs.imf.org/2018/03/13/addressing-the-dark-side-of-the-crypto-world/

⁴³ *Virtual or virtueless? The evolution of money in the digital age*, Lecture by Yves Mersch, Member of the Executive Board of the ECB, Official Monetary and Financial Institutions Forum, London, 8 February 2018, www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp180208.en.html

⁴⁴ K. Jia, F. Zhang, *op. cit.*, 98.

⁴⁵ www.bloomberg.com/news/articles/2018-03-19/is-this-legal-making-sense-of-the-world-s-cryptocurrency-rules.

⁴⁶ K. Jia, F. Zhang, *op. cit.*, 99.

analysis and will not be dealt with further,⁴⁷ or to subject exchange providers to anti-money laundering requirements. It is the case of the United States, where there is a low level of regulation, mainly for the purposes of AML. Hence, the Department of the Treasury's Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) considers businesses transacting bitcoins as money services businesses, subject, among others, to AML regulation.⁴⁸ The State of New York developed a sort of 'license' for Bitcoins, which has been object of a precise regulation.⁴⁹ Another country that saw the development of Bitcoins, Japan, amended in 2017 the Payment Services Act of 2009 in order to include 'virtual currency exchange services' within its scope of application. In particular, these services, which include the purchase and sale of a virtual currency or exchange with another virtual currency; intermediary, brokerage or agency service; management of users' money or virtual currency, must be registered.⁵⁰ The translation provided into English of the original Japanese seems to support the argument that VC are now considered as legal tender in Japan; nonetheless, as confirmed by some scholars, payments using Bitcoins are not always allowed, hence it cannot be considered, strictly speaking, as a legal tender such as Yen. In Sweden, VC exchange providers have had an obligation to register since 2012.⁵¹ In Australia, the Anti-Money Laundering and Counter-Terrorism Financing amendment act 2017, known as 'Bitcoin bill', was approved by both Houses and got Royal Assent, and subjected digital currency exchange providers to anti-money laundering requirements.⁵²

The actions undertaken by States respond to the recommendations of the FATF, which, in its 2014 report, argued that FATF Recommendations should be applied to 'convertible VC exchanges and any other type of entities that act as nodes where convertible VC activities intersect with the regulated fiat currency financial system.'⁵³ As we argued elsewhere,⁵⁴ Bitcoins should be regulated as much as all the movements of money are regulated in the world for the purposes of anti-money laundering and counter-terrorism financing. We were, and still are convinced, that it is not conceivable to have anonymous accounts, although virtual,

⁴⁷ The European Court of Justice, in a judgment of 22 October 2015 (C-264/14), argued that transactions involving non-traditional currencies, which are not legal tender in one or more countries, in so far as those currencies have been accepted by the parties to a transaction as means of payment, are financial transactions and therefore exempt from the VAT system.

⁴⁸ D. Rodima-Taylor, W.W. Grimes, *Cryptocurrencies and digital payment rails in networked global governance. Perspectives on inclusion and innovation*, in M. Campbell-Verduyn, *op. cit.*, 120-121.

⁴⁹ www.dfs.ny.gov/

⁵⁰ Virtual currency is defined as: 'Property value (limited to that which is recorded on an electronic device or any other object by electronic means, and excluding the Japanese currency, foreign currencies, and Currency-Denominated Assets; the same applies in the following item) which can be used in relation to unspecified persons for the purpose of paying consideration for the purchase or leasing of goods or the receipt of provision of services and can also be purchased from and sold to unspecified persons acting as counterparties, and which can be transferred by means of an electronic data processing system.' [www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=2&dn=1&yo=&ia=03&al\[\]=P&al\[\]_x=8&al\[\]_y=19&ky=&page=10](http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=2&dn=1&yo=&ia=03&al[]=P&al[]_x=8&al[]_y=19&ky=&page=10)

⁵¹ archive.riksbank.se/Documents/Rapporter/Riksbanksstudie/2013/rap_riksbanksstudie_The_Swedish_retailpayment_market_130605_eng.pdf and www.bitcoin.se/2012/12/04/finansinspektionen-klassar-bitcoin-som-betalningsmedel/

⁵² www.austrac.gov.au/news/digital-currency-exchange-providers-register-online-austrac

⁵³ FATF, *Guidance for a Risk-Based Approach*, 12.

⁵⁴ S. De Vido, *Network Regulation of Cross-Border Economic Crime*, in *Kobe University Law Review*, 48, 2014, 97.

in the global financial market of today. This situation would allow unidentified and unregulated subjects to have a competitive advantage compared to traditional financial institutions. This is the approach adopted by the new EU AML Directive, which is the focus of the second part of this work.

3. The new V AML Directive and virtual currencies

The new V AML Directive is the outcome of a long process of negotiation to amend, and *not to* repeal, the IV AML directive. The IV AML Directive was negotiated and then adopted to transform the FATF recommendations of 2012, non-binding, into secondary EU law, which is binding for EU member States. The Directive was adopted in 2015, after three years FATF revised its recommendations. Basically, from the very moment of its adoption, the Directive needed to be amended as a reaction to the development of VC and to the numerous terrorist attacks on EU soil.⁵⁵ The reform of the IV AML Directive must be analysed in the context of the ongoing debate on virtual currencies, which has involved several EU institutions, along with national central banks.

3.1. The EU and virtual currencies: an ongoing debate

Several EU institutions have presented reports and opinions on VC. In a report of 2015, the European Central Bank (ECB) clarified that, despite the use of the word ‘currency’, VC do not belong ‘to the world of money or currency as used in economic literature, nor is virtual money currency money, currency or currency from a legal perspective.’⁵⁶ The ECB has adopted a quite restrictive approach on VC, and in its website it has highlighted risks and vulnerabilities for consumers, and defined these currencies as ‘speculative assets.’⁵⁷

In February 2018, the European Supervisory Authorities (ESAs) for securities (ESMA), banking (EBA), and insurance and pensions (EIOPA) issued a joint warning to consumers regarding the risks of buying VC. The statement dealt with the risks of buying and trading VC, emphasising the extreme volatility and bubble risks associated to these currencies.⁵⁸ Warnings against the use of VC have come from central banks and supervisory authorities in the EU, as well, such as the German Federal Financial Supervisory Authority, the Banque de France, the Dutch and Belgian central bank and supervisor.⁵⁹ The Italian central bank, both in 2015⁶⁰ and 2018,⁶¹ recommended customers and financial institutions to consider the risks of VC while dealing with them.

While financial bodies have mainly focused on the financial vulnerability of the currencies, especially their volatility, the European Parliament has stressed

⁵⁵ See the analysis in that respect by A. Minto, A. Urbani, *Recent trends in designing the EU anti-money laundering regulatory landscape: the Fourth AML Directive between lights, shadows and future perspectives*, in *Law and Economics Yearly Review*, 5, 2016, 151 ff.

⁵⁶ ECB, *Virtual currency schemes – a further analysis*, Frankfurt, 2015, 23.

⁵⁷ www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me/html/what-is-bitcoin.en.html

⁵⁸ ESMA, EBA and EIOPA warn consumers on the risks of Virtual Currencies, February 2018.

⁵⁹ ECB, *Virtual currency schemes*, *cit.*, 30.

⁶⁰ www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/avvertenza-valute-virtuali/AVVERTENZA_VALUTE_VIRTUALI.pdf

⁶¹ www.binck.it/docs/librariesprovider8/default-document-library/avvertenze-valute-virtuali-2018.pdf

the risks of money laundering and terrorism financing. In 2016, the European Parliament adopted a resolution in which it focused on the weaknesses of the VC system, including ‘the absence of a flexible, but resilient and reliable, governance structures or indeed a definition of such structures,’ the high volatility of VC and potential for speculative bubbles, and, in particular, ‘the potential for ‘black market’ transactions, money laundering, terrorist financing, tax fraud and evasion and other criminal activities based on the ‘pseudonymity’ and ‘mixing services’ that some such services offer and the decentralised nature of some VC, bearing in mind that the traceability of cash transactions tends to be much lower still.’⁶² A recent report, commissioned by the European Parliament’s Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, explored the terrorism financing risks of virtual currencies, including cryptocurrencies such as Bitcoins.⁶³ As we anticipated, it is difficult to measure the extent of the exploitation by terrorists of these means. Nonetheless, the case of Kosovo national *Ardit Ferizi* which tried to install malware to obtain information of US government workers later published by the Islamic State, is an example of how cybercrime, terrorism and use of VC can interact.⁶⁴

3.2. The European Commission’s proposal for the V AML Directive

Given the inputs coming from the ECB, and the European Parliament, the European Commission started the process to amend the IV AML Directive more than one year before the deadline for the transposition of the same Directive into the national legal systems. In its 2016 Communication, the European Commission acknowledged, on the one hand, the important steps forward undertaken through the reform of the EU anti-money laundering system, and, on the other hand, it stressed how the terrorist threat had ‘grown and evolved recently:’⁶⁵

[...] by advances in technology and communications, the globally interconnected financial system makes it simple to hide and move funds around the world, by quickly and easily setting up layer upon layer of paper companies, crossing borders and jurisdictions and making it increasingly difficult to track down the money. Money launderers, tax evaders, terrorists, fraudsters and other criminals are all able to cover their tracks in this way.

At the time of the Communication, transposition into national legal systems of the Directive was ongoing – deadline was indeed on 26 June 2017 – hence the Commission encouraged States to accelerate the process in order to achieve full transposition by 1 January 2017, and to take into consideration the proposed amendments which could have been included in the process of transposition itself. The Commission proposed amendments to the IV AML Directive, and to Directive 2009/101/EC on company rules as well.⁶⁶

⁶² European Parliament resolution of 26 May 2016 on virtual currencies (2016/2007(INI), 26 May 2016, para. 2.

⁶³ European Parliament, Virtual currencies and terrorist financing: assessing the risks and evaluating responses, May 2018.

⁶⁴ Ivi, 43.

⁶⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC, 5 July 2016, (2016) 450 final, para. 1.

⁶⁶ Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and

Legal bases of the proposed Directive were found in Articles 114 (approximation of laws) and 50 TFEU (freedom of establishment). Since they are the same legal bases used for the amended acts, they will not be discussed further in these pages.

For the purposes of this contribution, two elements of the proposal are relevant here. The first one is the inclusion of virtual currency exchange platforms, and of custodian wallet providers, as obliged entities for the purposes of anti-money laundering. The second interesting aspect is the proposal to enable financial intelligence units to request information that might be relevant for AML and CTF from all the obliged entities, with the purpose to reinforce cooperation among these entities within Europe. FIUs usually receive information on the basis of a report of suspicious transactions. The amendment aimed at allowing FIUs to ask additional information from obliged entities, and 'have access on a timely basis to the financial, administrative and law enforcement information they require to undertake their functions properly even without there having been a suspicious transaction report.'⁶⁷

3.3. *The adoption of the Directive*

Discussions within the Council lasted almost two years. In 2016, the European Central Bank, who had previously issued a statement concerning virtual currencies, supported the European Union action and recommended further improvements to some provisions of the proposal that were then incorporated in the final draft.⁶⁸ In particular, the ECB emphasised that virtually currencies cannot be considered as legally established currencies or money, and that they should be considered as means of exchange rather than as mere means of payment as initially conceived by the European Commission.

On 7 November 2016, the European Parliament co-rapporteurs presented their draft report on the Commission proposal.⁶⁹ The Council adopted compromise positions, and finally gave its negotiating mandate on 13 December 2016. A compromise text proposed by the Presidency was then presented to the delegations.⁷⁰ The Council rejected the article on the amendments to Directive 2009/101/EU concerning beneficial ownership, and added amendments to

third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent, *GU L 258/11*, 1.10.2009.

⁶⁷ (2016) 450 final, para. 5 c).

⁶⁸ Opinion of the European Central Bank of 12 October 2016 on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC (CON/2016/49) (2016/C 459/05).

⁶⁹ See the procedure in [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607260/EPRS_BRI\(2017\)607260_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607260/EPRS_BRI(2017)607260_EN.pdf)

⁷⁰ General Secretariat of the Council To: Delegations No. Cion doc.: COM(2016) 450 final Subject: Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC, Negotiating mandate.

Directive Solvency II 2009/138/EC,⁷¹ and on the Fourth Capital Requirement Directive 2013/36/EU.⁷²

On 28 February 2017, the Committee on economic and monetary affairs and Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs adopted their report together with a mandate for negotiations with the Council in trilogue, which was announced in plenary in March 2017. The European Parliament proposed several amendments to the Commission's proposal, which however did not significantly impact on the provisions related to VC. Several trilogue meetings were necessary before the institutions were able to come to an agreement which was achieved on 20 December 2017. The rejection of the amendments to the Directive 2009/101/EU was confirmed.

Among the amendments to the IV AML Directive that will significantly contribute to the protection of the financial system from risks of money laundering and terrorism financing, and which will not be object of analysis here, it is worth mentioning the beneficial ownership registers for legal entities within each Member State, which will be made public, and which will be directly interconnected to facilitate cooperation. Furthermore, the European Commission will keep the update of a list of third countries, which are considered as high risk because they have low transparency on beneficial ownership information, no appropriate sanctions or do not either cooperate or exchange information. The cooperation between financial intelligence units is also reinforced thanks to the new provisions.

3.4. Provisions on virtual currencies in the V AML Directive

The V AML Directive includes, among the obliged entities for the purposes of AML and CTF, virtual currency exchange platforms (VCEPS) and custodian wallet providers (CWPs). It means that these entities must apply customer due diligence requirements and adopt all the measures that have been conceived to prevent the misuse of the financial system for purposes of criminal activity. As acknowledged in the preamble:

Providers engaged in exchange services between virtual currencies and fiat currencies (that is to say coins and banknotes that are designated as legal tender and electronic money, of a country, accepted as a medium of exchange in the issuing country) as well as custodian wallet providers are under no Union obligation to identify suspicious activity. Therefore, terrorist groups may be able to transfer money into the Union financial system or within virtual currency networks by concealing transfers or by benefiting from a certain degree of anonymity on those platforms. It is therefore essential to extend the scope of Directive (EU) 2015/849 so as to include providers engaged in exchange services between virtual currencies and fiat currencies as well as custodian wallet providers.⁷³

⁷¹ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), *GUL* 335, 17.12.2009.

⁷² Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC Text with EEA relevance, *GUL* 176, 27.06.2013.

⁷³ Preamble, recital no. 8.

In response to the opinion of the ECB, the directive clarifies that virtual currencies cannot be confused with electronic money, and that, even though they are used as means of payment, they can also be used for other purposes, such as means of exchange, investment, store-of-value product, or use in online casinos.⁷⁴ This recital of the preamble is mirrored in the definition provided in article 1, d, letter 18, of the V AML Directive:

‘[V]irtual currencies’ means a digital representation of value that is not issued or guaranteed by a central bank or a public authority, is not necessarily attached to a legally established currency and does not possess a legal status of currency or money, but is accepted by natural or legal persons as a means of exchange and which can be transferred, stored and traded electronically.

It seems that what matters is the *de facto* acceptance of the currency as means of payment. VC might not have the legal status of a currency, but *de facto* it is considered as such by those who use it as a means of payment and / or exchange. The Directive also defines ‘custodian wallet providers,’ an expression which identifies those entities providing ‘services to safeguard private cryptographic keys on behalf of its customers, to hold, store and transfer virtual currencies.’⁷⁵

As a consequence of these provisions, exchange platforms and CWP’s must, among the numerous obligations that mirror the FATF recommendations, assess the identity of the customers, avoid anonymous accounts, and keep records of the information. One can object that, even though an account is anonymous, upon request of the authorities, the providers must communicate the IP that is necessary to identify the owner of a specific wallet. Nonetheless, even if it is the case, and the provider is willing to cooperate – which is not thus straightforward – it is also true that this is a *post facto* measure, not a preventive measure, which is on the contrary the purpose of the measures that have been adopted over the years to prevent money laundering and terrorism financing.

Furthermore, Article 47 (1) of the IV AML Directive is replaced, according to the V AML Directive, by the following:

Member States shall ensure that providers of exchange services between virtual currencies and fiat currencies, and custodian wallet providers, are registered.⁷⁶

As I explained before, it was precisely what some countries have decided to do with regard to VC.

Provisions on cooperation among FIUs and access to information might also be relevant for the purposes of controlling the activity of exchange platforms and custodian wallet providers. Furthermore, the Directive requires the elaboration of a report, scheduled by 11 January 2022, and every three years thereafter, containing, *inter alia*, the specific measures adopted and the mechanisms set up at EU and Member States’ level to prevent and address emerging problems and new developments presenting a threat to the Union Financial system, follow-up actions undertaken at EU and Member States’ level, and an evaluation of how fundamental rights have been respected.⁷⁷ This provision amends Article 65 of the IV AML

⁷⁴ Preamble, recital no. 10.

⁷⁵ Article 1, d, number 19.

⁷⁶ Article 1, para. 29

⁷⁷ Article 1, para. 41.

Directive. At the same time, the legal instrument allows a further development. The report shall be accompanied ‘if necessary,’ and the language is extremely vague here, by ‘appropriate legislative proposals, including, where appropriate, with respect to virtual currencies, empowerments to set-up and maintain a central database registering users’ identities and wallet addresses accessible to FIUs, as well as self-declaration forms for the use of virtual currency users, and to improve cooperation between Asset Recovery Offices of the Member States.’ This seems to mirror the decision of the State of New York, which opted for a registration of the businesses dealing with Bitcoins. On the one hand, these measures seem to contradict the spirit of VC, born to precisely escape the traditional financial system;⁷⁸ on the other hand, however, it seems to correspond to a process of ‘normalisation’ that we mentioned at the beginning, with even businesses trading in Bitcoins accepting forms of voluntary AML compliance.⁷⁹

Deadline for the transposition of the EU Directive into the national legal systems of EU Member States is 10 January 2020, although some countries have already complied with the new provisions, anticipating the outcome of the Directive, following the recommendations of the FATF. In Italy, for example, the Italian Parliament adopted in 2017 a legislative decree, No. 90 of 25 May 2017,⁸⁰ through which Italy transposed the previous IV AML Directive, adding, among the obliged entities, ‘service providers related to the use of virtual currencies,’ which can include both the exchangers and the CWP, although regulation is limited to their activity of ‘converting VC from or into fiat currencies.’⁸¹

4. Legal challenges deriving from the regulation of VC at EU level

VC service providers are now formally bound by AML requirements at European Union level. The EU Directive needs to be transposed into the national legal systems in order AML requirements to be effective, however the path has been clearly lit, as anticipated by the European Banking Authority and by the European Parliament. Let us turn to the legal challenges deriving from the regulation of VC at EU level. The obliged entities are both those who convert VC into fiat currencies and *viceversa*, and custodian wallet providers. It means that these entities must, among other obligations, know their clients, and keep records of the data associated with the operations they undertake. Obligated entities must also avoid anonymous accounts. What about pseudonyms? Provided that the data on the clients are stored by the providers, AML requirements are respected without

⁷⁸ This might encourage some of these activities to go underground.

⁷⁹ M. Campbell-Verduyn, M. Goguen, *The mutual constitution of technology and global governance. Bitcoin, blockchains, and the international anti-money-laundering regime*, in M. Campbell-Verduyn, *op. cit.*, 82.

⁸⁰ Decreto Legislativo 25 maggio 2017, n. 90, Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006, in G.U. no. 140, 19.06.2017, Suppl. Ord. No. 28, Article 1(5) letter i).

⁸¹ On the ‘minimalist’ although pragmatic approach of the Italian law, see A. Urbani, *La disciplina antiriciclaggio alla prova del processo di digitalizzazione dei pagamenti*, in *Rivista di diritto bancario*, 5, 2018, p. 13. See also P. Valente, *Bitcoin and virtual currencies are real: are regulators still virtual?*, in *Intertax*, 541 ff.

interfering with the character of partial anonymity of VC. Regulation is not devoid of criticism though.

The first legal challenge is related to jurisdiction. Where should the VC providers and custodian wallet providers be located in order to fall under the scope of the Directive? The answer is obvious in its simplicity: on EU soil; but it is complex when it comes to contextualise these currencies in the virtual world, which almost by definition does not have frontiers. The Directive does not contain indeed a provision similar to the one included in the General Data Protection Regulation of 2016, which would have been expanded the territorial reach of the V AML Directive.⁸² Article 3 of the aforementioned regulation reads as follows:

1. This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not [...]
3. This Regulation applies to the processing of personal data by a controller not established in the Union, but in a place where Member State law applies by virtue of public international law.

There is no similar provision in the V AML Directive. A provision that would have mirrored the one included in the regulation would have been a huge step forward, and would have been an important attempt to respond to the challenges posed by the virtual world.

74

The second legal challenge is related to the former, and concerns the place where operations are conducted. It was also pointed out by the European Central Bank in its opinion to the European Commission's proposal for the V AML Directive:

In this context, the ECB also mentions that digital currencies do not necessarily have to be exchanged into legally established currencies. They could also be used to purchase goods and services, without requiring an exchange into a legally established currency or the use of a custodial wallet provider. Such transactions would not be covered by any of the control measures provided for in the proposal and could provide a means of financing illegal activities.⁸³

In other words, the regulation of VC concerns the moment of transition from one world to the other: the virtual to the real one, and *viceversa*. If the exchange happened before the entry into force of the national legislation implementing the Directive, the transactions conducted using Bitcoins will be completely outside the scope of the Directive. Could the States broaden the scope of the Directive in their activity of transposition into the national legal systems? Possibly yes, although always in respect of international law. The example of the regulation on privacy at European level could guide the formulation of provisions at national level.⁸⁴

⁸² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

⁸³ Opinion ECB, para. 1.1.1.

⁸⁴ There is also a legal debate on the fact that blockchains might fall under the scope of the General Data Protection Regulation, since they store personal data. Regulation on privacy might restrict access to bitcoins websites. www.express.co.uk/finance/city/965116/Bitcoin-GDPR-price-ripple-cryptocurrency-ethereum-BTC-to-USD-XRP-news

The third legal challenge pertains to a specific instrument, the so-called initial token or coin offerings (ICO). Thanks to a ICO, ‘a venture offers a stock of specialized crypto tokens for sale with the promise that those tokens will operate as the medium of exchange when accessing the venture’s products,’ hence the sale of tokens constitutes the initial capital to fund the development of a business.⁸⁵ In the Bitcoins magazine, ICO is defined as ‘a fundraising mechanism in which new projects sell their underlying crypto tokens in exchange for bitcoin,’ and it is compared to ‘an Initial Public Offering (IPO) in which investors purchase shares of a company.’⁸⁶ ICOs are not covered by the V AML Directive, even though they might constitute fertile ground for setting up criminal business activities.⁸⁷

5. Concluding Remarks

The response of the EU to the risks of ML and TF posed by VC, in particular Bitcoins, was in favour of regulation. The adoption of the V AML Directive did not come as a surprise, given the declarations and the opinions of EU institutions and national central banks in the previous years. Regulation is surely fundamental, and can prevent VC from being exploited for criminal purposes. ‘Traditional’ financial institutions have not always been regulated for the purposes of AML, but they have started to be as soon as the connection existing between the use of the financial system and financial crimes became clear. It seems thus an obvious consequence that also VC exchange platforms and custodian wallet providers, whose characteristics of anonymity and volatility have proved to be enticing to criminals, needed regulation. Nonetheless, despite the interesting achievement, the new Directive has its own limits, because it only refers to AML requirements applicable in the moment in which the virtual world meets the real one, namely when fiat currencies are transformed into VC and viceversa. The Directive neither addresses operations using Bitcoins, nor new mechanisms such as ICOs.

VC, and the technology that backs them, are surely a new emergent technology which must not be in principle demonised. The ongoing process that we can see in many countries, and in the EU as well, is a form of ‘normalisation’ of VC, even though the main purpose of the creation of VC was the necessity to escape from the laces imposed by the traditional financial system, and to develop a system based on trust among peers. In the fight against money laundering, which can be conceived as a public interest in the Europe – Europe broadly speaking, including the Council of Europe’s member States – regulation seems not only fundamental but also unavoidable. The fact that, as reaction to the increasing regulation, VC go ‘darker,’ trying to escape any attempt of regulation, does not justify a loose system of control, which would be an inexplicable exception compared to the regulation to which financial institutions are normally subjected. The consequences of this process of ‘regulation’ of VC are still to be assessed.

⁸⁵ C. Catalini, J.S. Gans, *Initial Coin Offerings and the Value of Crypto Tokens*, NBER Working Paper No. 24418, March 2018.

⁸⁶ bitcoinmagazine.com/guides/what-ico/

⁸⁷ In the US, the Securities and Exchange Commission issued an investigative report in July 2017 ‘cautioning market participants that offers and sales of digital assets by “virtual” organizations are subject to the requirements of the federal securities laws.’ Such offers and sales, promoted by businesses that use distributed ledger or blockchain technology, have been referred to, among other things, as “Initial Coin Offerings” or “Token Sales.” See press release, 25 July 2017, www.sec.gov/news/press-release/2017-131

Whether this regulation will completely jeopardise the very existence of VC, leading to their disappearance, or whether normalisation will emphasise the potential of the technology behind VC, only time will tell.

Il ruolo del Parlamento nell'attuazione del regionalismo differenziato tra Italia e Spagna

di Francesco Gallarati

Abstract: The role of Parliament in the implementation of asymmetric regionalism in Italy and Spain – This article aims at making a comparative analysis of the procedures undertaken in Italy and Spain for the implementation of asymmetric regionalism. While on the one hand Italy has recently initiated the proceeding envisaged by art. 116, par. 3 of Italian Constitution, on the other Spain represents the most advanced example of asymmetric regionalism. Therefore a comparison between the two systems may help dealing with some unresolved issues of the Italian process, such as the one concerning the role of Parliament and its power to unilaterally amend the legal texts agreed between the Government and the Regions involved.

77

Keywords: Asymmetric regionalism; Loyal cooperation; Regional autonomy; Parliamentary power to amend; Parliamentarization.

1. Il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato: l'utilità di un esame comparato

Il presente contributo si propone di effettuare un esame comparato dei procedimenti di attuazione del regionalismo differenziato nell'ordinamento spagnolo ed in quello italiano al fine di attingere, ove possibile, dall'esperienza maturata nel primo alcune soluzioni per i problemi emersi in relazione all'*iter* di approvazione delle leggi di cui all'art. 116, comma 3 della Costituzione italiana¹.

¹ Sul procedimento di attuazione del regionalismo differenziato in Italia, con particolare riferimento alle questioni che questo solleva in relazione al rapporto tra legge e intesa, v. *ex multis* R. Bin, "Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2008, 9 ss.; A. Ruggeri, La "specializzazione" dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo, *ivi*, 21 ss.; A. Anzon Demmig, Quale "regionalismo differenziato"?, *ivi*, 51 ss.; E. Carloni, Teoria e pratica della differenziazione: federalismo asimmetrico ed attuazione del Titolo V, *ivi*, 75 ss.; A. Morrone, Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2007, 139 ss.; S. Mangiameli, Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione, in *Le Regioni*, n. 4/2017, 661 ss.; F. Palermo, Il regionalismo differenziato, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, 55 ss.; T.E. Frosini, La differenziazione regionale nel regionalismo differenziato, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2002, 599 ss.; N. Zanon, Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V, in *Aa.Vv., Problemi del federalismo*, Milano 2001, 51 ss.; M. Cecchetti, La differenziazione delle forme e delle condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti, in *Osservatorio sulle fonti*, 2002, 135 ss.; F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed*

In particolare, una prima questione che si è posta in entrambi gli ordinamenti riguarda la natura giuridica della legge statale a cui è demandata la definizione delle condizioni particolari di autonomia delle regioni sulla base di un accordo con queste ultime.

Alla risoluzione di tale questione è poi direttamente collegato l'ulteriore problema, molto delicato dal punto di vista politico-istituzionale, del ruolo da riservare al Parlamento nell'ambito del procedimento di riconoscimento dell'autonomia. In particolare, ci si interroga se e con quali modalità le Camere, a cui spetta approvare la legge a maggioranza assoluta, possano apportare degli emendamenti al testo concordato con la regione interessata.

In Italia, i primi commentatori che si sono occupati del tema, valorizzando le analogie esistenti tra il procedimento previsto dall'art. 116 e quello, consolidato in via di prassi, previsto per le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica di cui all'art. 8 Cost., hanno escluso tale facoltà, qualificando la legge *ex art. 116*, comma 3, come legge meramente formale². In altre parole, secondo la suddetta ricostruzione, la legge attributiva di condizioni particolari di autonomia sarebbe soltanto «l'involucro formale» attraverso il quale all'intesa è attribuita efficacia normativa nell'ordinamento³.

Più di recente siffatta impostazione è stata messa in discussione, oltretutto da una parte della dottrina, anche da esponenti di primo piano delle istituzioni, in base alla considerazione secondo cui la legge *ex art. 116*, incidendo sul riparto di competenze costituzionali tra Stato e regioni, necessiterebbe di un coinvolgimento pieno del Parlamento, la cui funzione non potrebbe essere limitata alla sola approvazione o non approvazione del testo concordato a livello esecutivo⁴.

eccezione, in *Le Regioni*, n. 4/2017, 689 ss.; E. Catelani, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018; A. Napolitano, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in *Federalismi.it*, n. 21/2018; D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019.

² In questo senso, tra gli altri, N. Zanon, *Per un regionalismo differenziato*, cit., 57; A. Anzon Demmig, *Quale "regionalismo differenziato"?*, cit., 59; F. Furlan, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018; P. Giangaspero, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, n. 2/2018, 167-168. V. altresì S. Mangiameli, *Appunti a margine dell'art. 116*, cit., 668, secondo il quale «l'approvazione della legge da parte delle Camere a maggioranza assoluta serve a rivestire di forma legislativa l'intesa raggiunta sull'iniziativa regionale. Sia che l'intesa venga considerata di spettanza del Governo e della Giunta, sia che sia ritenuta di competenza del Parlamento e del Consiglio, la legge di approvazione sembrerebbe essere una legge meramente formale, nel senso che le Camere possono approvare a maggioranza assoluta, o non approvare (o non raggiungere la maggioranza assoluta sul)l'accordo». In tale direzione si esprime peraltro anche il testo degli accordi preliminari che all'art. 2, sancisce che «L'approvazione da parte delle Camere dell'Intesa, che sarà sottoscritta ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, avverrà in conformità al procedimento, ormai consolidato in via di prassi, per l'approvazione delle intese tra lo Stato e le confessioni religiose, di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione».

³ N. Zanon, *Per un regionalismo differenziato*, cit., 57.

⁴ Si veda in particolare l'appello di trenta costituzionalisti su "Regionalismo differenziato,

Chiaramente si tratta di una questione che involge fondamentali profili di opportunità costituzionale e che dunque non può essere risolta assumendo una prospettiva di stretta legalità. La Costituzione, d'altra parte, volutamente non definisce una rigida scansione procedurale, lasciando agli attori istituzionali il compito di plasmare mediante il loro comportamento la reale fisionomia del procedimento. Compito, quest'ultimo, tanto più delicato in sede di prima attuazione, allorché si contribuisce a tracciare il solco all'interno del quale l'istituto è destinato a cristallizzarsi.

Va detto, peraltro, che tali questioni non rappresentano una novità assoluta nel panorama comparato. Problemi analoghi si erano in effetti già posti in Spagna, in occasione dell'adozione degli Statuti delle Comunità autonome avvenuta negli anni Ottanta e della prima revisione degli stessi all'inizio degli anni Novanta⁵.

In un primo momento, la dottrina spagnola si era divisa tra i sostenitori della natura pattizia della legge organica recante l'approvazione degli Statuti e coloro che invece ritenevano che le Cortes Generales avessero il potere di incidere unilateralmente sul contenuto dello Statuto, in sede di adozione della legge organica⁶.

Successivamente, la questione è stata risolta grazie alla previsione di apposite modalità di coinvolgimento delle Comunità autonome nel procedimento di approvazione parlamentare, che hanno consentito di contemperare l'esigenza di bilateralità sottesa all'adozione degli Statuti di autonomia con le prerogative costituzionali del Parlamento.

Sotto questo profilo, pertanto, l'ordinamento spagnolo, in quanto precursore nell'attuazione del regionalismo differenziato, costituisce il principale modello a cui fare riferimento per provare a sciogliere alcuni dei nodi rimasti irrisolti nel procedimento di attuazione dell'art. 116, comma 3 della Costituzione italiana.

In quest'ottica nel presente contributo si prenderanno in esame innanzitutto le problematiche emerse nell'attuazione del regionalismo differenziato in Italia,

ruolo del Parlamento e unità del Paese”, indirizzato al Presidente della Repubblica, ai Presidenti e ai componenti delle Camere. I firmatari in particolare sostengono che «l'approvazione parlamentare di cui all'art. 116 comma 3 nulla ha a che vedere con l'art. 8 della Costituzione sui culti acattolici», e che i parlamentari, in quanto rappresentanti della Nazione, devono «essere chiamati a intervenire, qualora lo riterranno, anche con emendamenti sostanziali che possano incidere sulle intese, in modo da trovare un nuovo accordo, prima della definitiva votazione sulla legge». In questo senso, v. le critiche avanzate da D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale*, cit., 276 ss., la quale richiama le argomentazioni di A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, cit., 161 ss.

⁵ Sulle fasi di attuazione del regionalismo differenziato in Spagna, v. G. Rolla, *La regionalizzazione dello Stato spagnolo. Alcune considerazioni in merito all'esperienza delle Comunità Autonome*, in G. Rolla, *Diritti, autonomie, giustizia costituzionale. Scritti di diritto pubblico comparato*, Napoli, 2015, 203 ss.; T. Groppi, *Il regionalismo spagnolo nella prima metà degli anni '90: il quadro normativo*, in G. Rolla (cur.), *La riforma delle autonomie regionali: Italia e Spagna a confronto*, Torino, 1995, 143 ss.

⁶ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali affermatesi nella dottrina spagnola tra gli anni Ottanta e Novanta, v. F. Domínguez García, *Los Estatutos de autonomía de las comunidades autónomas: una aproximación a los principales debates doctrinales*, in *Revista catalana de dret públic*, 31/2005; J.M. Castellà Andreu, *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona, 2004, 74 ss.; C. Aguado Renedo, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Madrid, 1996.

onde poi verificare se sia possibile trarre dall'esperienza spagnola alcuni insegnamenti estendibili all'ordinamento italiano.

2. Sulla natura dell'intesa ex art. 116, comma 3 della Costituzione italiana

L'art. 116, comma 3, della Costituzione italiana, come noto, prescrive che la legge attributiva di forme e condizioni particolari di autonomia sia approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti «sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata».

La formulazione letterale della norma non offre elementi sufficienti per stabilire in cosa consista l'intesa tra lo Stato e la Regione né quale procedimento debba essere seguito per addivenire alla stipula della stessa. Spetta dunque agli interpreti e alla prassi politico-istituzionale riempire di contenuti gli spazi lasciati vuoti dal legislatore costituzionale.

Dal punto di vista sistematico, si può osservare che l'espressione «intesa», utilizzata al comma 3 dell'art. 116, ricorre nella Costituzione anche in altri tre articoli⁷. Oltre all'art. 8, su cui si ritornerà in seguito, soffermandosi sul diritto regionale bisogna ricordare che l'art. 117 individua nell'intesa lo strumento mediante il quale le Regioni possono regolare i propri rapporti con le altre Regioni, nonché con gli enti territoriali di altri Stati⁸. Inoltre, l'art. 118, c. 3, prevede la possibilità di disciplinare con legge statale «forme di intesa e coordinamento» tra Stato e regioni nella materia della tutela dei beni culturali⁹.

Se poi si volge lo sguardo dal testo della Costituzione alla giurisprudenza costituzionale, si può rilevare come l'intesa sia lo strumento cui è demandata abitualmente la regolazione dei rapporti tra i diversi livelli territoriali che compongono la Repubblica¹⁰. Proprio nell'intesa la Corte costituzionale ha infatti

⁷ Per un'analisi sistematica dell'utilizzo del termine "intesa" nella Costituzione, con particolare riferimento al rapporto tra Stato e Regioni, v. A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, cit., 157-158.

⁸ Le intese disciplinate dall'art. 117 differiscono però da quelle qui in esame in quanto intervengono tra enti in posizione di reciproca terzietà. Esse cioè sono volte a regolare i rapporti tra ordinamenti tra loro indipendenti, in maniera non dissimile dai trattati internazionali. Ciò spiega perché l'art. 117, in relazione alle intese interregionali, richiede che queste siano ratificate dalle Regioni interessate con legge regionale, in modo da attribuire valore giuridico nei rispettivi ordinamenti regionali ad atti perfezionatisi al di fuori degli stessi.

⁹ L'intesa di cui all'art. 118, però, a differenza di quella contemplata dall'art. 116, non è il presupposto per l'adozione della legge statale, ma ne rappresenta l'oggetto. Mentre infatti ai sensi dell'art. 116 la legge statale deve essere adottata «sulla base» dell'intesa tra lo Stato e la Regione interessata, che quindi ne costituisce il presupposto logico-giuridico, l'art. 118 prevede invece che sia la legge statale a disciplinare «forme di intesa» tra lo Stato e le Regioni nella materia dei beni culturali.

¹⁰ Sulla nozione di intesa nei rapporti tra Stato e Regioni, v., *ex multis*, S. Agosta, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008; Id., *Dall'intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, in *Federalismi.it*, n. 6/2004, 10; A. D'atena, *Sulle pretese differenze tra intese «deboli» e pareri, nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 1991, 3908 ss.; G. Rizza, *Le intese costituzionali tra enti territoriali: tipologia, orientamenti della Corte e spunti ricostruttivi*, in Aa.Vv., *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, I, 705 ss.

individuato il modello procedimentale «che meglio incarna» il principio di leale collaborazione¹¹. Sicché, ogniqualvolta lo Stato, nell'esercizio delle proprie funzioni, invada un'attribuzione costituzionalmente riservata alle Regioni, è tenuto a prevedere il coinvolgimento delle stesse, nelle forme dell'intesa, al fine di assicurare un'adequata considerazione degli interessi di cui esse sono portatrici¹².

A quest'ultima categoria pare riconducibile anche l'intesa di cui all'art. 116, comma 3. Essa, infatti, assolve alla funzione di consentire alla Regione interessata di partecipare alla formazione di un provvedimento di spettanza statale, idoneo ad incidere unilateralmente sulle attribuzioni regionali. Esigenza tanto più pressante in questo caso, dal momento che la legge di cui si tratta è destinata a modificare il perimetro stesso dell'autonomia costituzionalmente attribuita alla Regione.

All'interno del *genus* delle intese-collaborazione, quella prevista dall'art. 116 si distingue però in quanto attiene al procedimento di formazione di una legge formale¹³, contraddicendo l'affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale secondo cui il principio di leale collaborazione non si impone nel procedimento legislativo, ma solo nell'esercizio di funzioni amministrative o di funzioni legislative delegate al Governo¹⁴. In questo caso tuttavia l'eccezione non contraddice la regola, ma anzi la conferma, poiché l'obbligo di acquisire l'intesa discende direttamente dalla Costituzione, ossia dall'unica fonte autorizzata ad imporre al legislatore un onere procedurale rafforzato, in deroga all'*iter* legislativo ordinario¹⁵.

Quanto all'efficacia giuridica dell'intesa *ex* art. 116, comma 3, questa va innanzitutto tenuta distinta dal parere – forma più debole di partecipazione delle Regioni all'assunzione delle decisioni statali che le riguardano – il quale, a

¹¹ Si vedano, tra le tante, le sentenze n. 1 e n. 21 del 2016 della Corte costituzionale. Sul principio di leale collaborazione in generale, v., *ex multis*, S. Mangiameli, *Lecture sul regionalismo italiano*, Torino, 2011, 21 ss.

¹² Sulle sentenze in cui la Corte ha richiesto al legislatore di prevedere, a pena d'invalidità, il coinvolgimento delle Regioni nell'esercizio delle funzioni amministrative disciplinate dalla legge statale, sia consentito il rinvio a F. Gallarati, *La leale collaborazione secondo la Corte costituzionale: le sentenze «additive di procedura»*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2016.

¹³ Cfr. A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, cit., 159. V. altresì A. Anzon Demmig, *Quale "regionalismo differenziato"?*, cit., 57-58, la quale rileva che «Rispetto alla diffusissima prassi della cooperazione tra Stato e Regioni – che, in assenza di una "Seconda Camera", o comunque di altre forme di collaborazione nel corso dell'*iter* legis si svolge di regola, com'è noto, nell'esercizio di funzioni amministrative o politico-amministrative – il caso della concertazione prevista per la legge di attuazione dell'art. 116 Cost. presenta – per quanto riguarda i rapporti tra Stato e Regioni – una spiccata particolarità da due punti di vista: innanzi tutto perché si tratta di una espressa previsione costituzionale, in secondo luogo perché, consistendo in una intesa, si distacca dalla collaborazione prevista dalle ipotesi previste da semplici leggi ordinarie, nelle quali il coinvolgimento delle Regioni nell'attività legislativa nazionale avviene, al più, mediante l'espressione di pareri tramite il sistema delle Conferenze (v. per es. art. 2, comma 5, e 5, comma 1, b), del d.lgs. n. 281 del 1997)». Si noti, però, che questo secondo profilo è stato in seguito superato dalla Corte costituzionale, che con la sentenza n. 251 del 2016 ha esteso il modello dell'intesa anche all'adozione dei decreti legislativi.

¹⁴ Su questo punto, v. la sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale.

¹⁵ Si veda a questo riguardo A. Anzon Demmig, *Quale "regionalismo differenziato"?*, cit., 58, dove l'A. afferma che «il ricorso all'intesa nel corso o quale presupposto del procedimento legislativo è eccezionale ed è, e deve comunque essere, espressamente contemplato da norme costituzionali, trattandosi di un requisito di legittimità della legge».

differenza dell'intesa, onera lo Stato, ove voglia discostarsene, unicamente a motivare la propria decisione¹⁶.

Non pare poi dubitabile che l'intesa di cui si tratta sia da qualificare come "intesa forte", se non addirittura "fortissima", nel senso che lo Stato non può superare il dissenso della Regione interessata per procedere ugualmente all'adozione della legge di sua competenza, neanche quando all'esito di reiterate trattative non sia possibile giungere ad un accordo su un testo condiviso¹⁷. Ciò in quanto, da un lato, è la stessa lettera dell'art. 116 a prescrivere che la legge sia approvata «sulla base» di un'intesa, configurando pertanto il raggiungimento di un accordo tra lo Stato e la Regione interessata come condizione di validità della legge attributiva dell'autonomia. Dall'altro lato, perché non sussiste in questo caso l'esigenza che normalmente giustifica l'attribuzione allo Stato del ruolo di decisore ultimo, ovvero la necessità di superare l'*impasse* conseguente al mancato raggiungimento di un accordo¹⁸. In assenza di un'intesa, infatti, semplicemente alla Regione interessata continuerebbe ad applicarsi la disciplina ordinaria, senza rischi di vuoti normativi e senza pregiudizio per il corretto funzionamento degli organi costituzionali.

Da quanto appena affermato emerge dunque la duplice natura delle intese *ex* art. 116, comma 3, Cost., le quali oltre a costituire un vincolo procedurale per il procedimento legislativo, che non può concludersi senza aver previamente raggiunto un accordo con la Regione interessata, rappresentano anche un vincolo di contenuto per il legislatore, dato che la legge approvata a conclusione del procedimento deve essere sostanzialmente conforme a quanto convenuto in sede di intesa¹⁹.

In definitiva, le intese disciplinate dal terzo comma dell'art. 116 Cost. sono riconducibili alla più ampia categoria dei moduli concertativi attraverso cui si avvera la leale collaborazione tra Stato e Regioni, da cui tuttavia si differenziano per la loro natura di presupposto condizionante l'adozione di una legge formale.

3. Il rapporto tra legge e intesa tra art. 8 e art. 116 Cost.

Appurata la collocazione sistematica delle intese, conviene ora soffermarsi più nel dettaglio sul rapporto che intercorre tra l'intesa e la legge attributiva di forme e condizioni particolari di autonomia.

Come detto, l'art. 116 Cost. stabilisce che tale legge sia approvata «sulla base» dell'intesa fra lo Stato e la Regione interessata, con una formula che richiama quella adoperata dalla Costituzione all'art. 8, comma 3, laddove sancisce che i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica siano «regolati

¹⁶ Cfr. A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, cit., 158-159.

¹⁷ Cfr. A. Anzon Demmig, *Quale "regionalismo differenziato"?*, cit., 58-59.

¹⁸ V. tra le tante, la sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale.

¹⁹ Cfr. P. Giangaspero, *Ancora sul processo di differenziazione*, cit., 168, il quale afferma che «non soltanto dunque la possibilità di approvazione della legge parlamentare è subordinata al raggiungimento dell'intesa, ma la legge deve altresì ritenersi vincolata nel proprio contenuto ai termini dell'intesa raggiunta».

per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze»²⁰.

Dato questo parallelismo, molti autori hanno ritenuto di poter ricostruire la teoria dei rapporti tra l'intesa e la legge di differenziazione assumendo come riferimento le riflessioni svolte dalla dottrina sulle intese con le confessioni religiose acattoliche.

Senonché, anche in relazione a queste ultime, gli orientamenti dottrinali non sono univoci e ancora oggi non consentono di trarre conclusioni definitive in merito alla natura delle intese di cui all'art. 8 Cost.²¹

In sintesi, in dottrina si confrontano due opinioni principali. Una prima tesi reputa che le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica siano atti di diritto interno, a differenza degli accordi con la Chiesa cattolica, che sono invece atti di diritto internazionale stipulati tra ordinamenti indipendenti e sovrani²². Siffatta opinione muove dal presupposto che le confessioni acattoliche siano ordinamenti subordinati a quello dello Stato e privi di quei caratteri di originarietà, di indipendenza e sovranità che invece caratterizzano i soggetti del diritto internazionale, con la conseguenza che le intese di cui all'art. 8 non costituiscono il frutto di rapporti tra ordinamenti primari, bensì di relazioni tra lo Stato e ordinamenti assoggettati alla sua sovranità²³.

In base ad una seconda teoria, invece, le intese di cui all'art. 8 Cost. sono negozi di diritto pubblico esterno, equiparabili a quelli che lo Stato stipula con la

²⁰ Per un'analisi dell'art. 8 Cost., con particolare riferimento al rapporto tra la legge e l'intesa, v. F. Finocchiaro, Art. 8, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 1975, 415; M. Ricca, *Legge e intesa con le confessioni religiose. Sul dualismo tipicità/atipicità nella dinamica delle fonti*, Torino, 1996.

²¹ Per un esame approfondito delle diverse opinioni dottrinali sulla natura dell'intesa ex art. 8 Cost. e sul relativo rapporto con la legge approvata sulla base di essa, v. B. Randazzo, *La legge «sulla base» di intese tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale. Legge di approvazione?*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001, 213 ss.; G.V. Patierno, *L'attuazione delle disposizioni costituzionali in tema di rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Amministrativamente*, n. 6/2009.

²² Questa tesi è sostenuta in particolare da S. Landolfi, *L'intesa tra Stato e culto acattolico: contributo alla teoria delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, Napoli, 1962, 89. In senso conforme v. P.A. D'avack, *La libertà religiosa nella normativa della costituzione repubblicana italiana*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, 176 ss.; C. Cardia, *Stato e confessioni religiose*, Bologna, 1990, 158; N. Colaianni, *Confessioni religiose e intese*, Bari, 1990, 185 ss. Cfr. altresì F. Bolognini, *I rapporti tra Stato e confessioni religiose nell'art. 8 della Costituzione*, Milano, 1981, 145; S. Lariccia, *Diritto ecclesiastico*, Padova, 1986, 372-373.

²³ In questo senso v. G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, p. 151, il quale sottolinea come «il principio pattizio, nell'art. 8, a differenza di ciò che avviene nell'art. 7, si svolge all'interno dello stesso ordinamento, tra soggetti – statali e non statali – che sono egualmente sottomessi alle regole del medesimo ordinamento giuridico». Cfr. altresì F. Bolognini, *I rapporti tra Stato e confessioni*, cit., il quale osserva che l'ordinamento delle «confessioni acattoliche, pur essendo originario, indipendente, autonomo, non è sovrano, perché incontra dei limiti in quello statale; cosa questa non prevista dall'art. 7 Cost. per l'ordinamento della Chiesa cattolica». Secondo l'A. pertanto le intese vanno considerate ciascuna come «accordo [...] di diritto interno, per sottolineare che lo Stato italiano, pur nell'osservanza di quanto la Costituzione stabilisce in ordine alla libertà di tutti, partecipa alle intese in posizione di sovranità, e che non entra in relazione con un soggetto di parti rilevanza internazionale».

Chiesa cattolica ai sensi dell'art. 7 Cost.²⁴ Secondo questa tesi, infatti, quando le confessioni esercitano la libertà di organizzarsi conformemente all'ordinamento giuridico italiano, danno vita ad altrettanti ordinamenti originari ed indipendenti, i cui rapporti con lo Stato italiano si svolgono in una sfera giuridica che, pur non appartenendo all'ordinamento internazionale, è comunque estranea all'ordinamento statale²⁵. In altri termini, in base a questa opinione, si tratterebbe di «atti di un ordinamento esterno, creato dalla volontà dello Stato con la volontà della confessione acattolica, disciplinati dalle regole che presiedono ai rapporti bilaterali tra ordinamenti indipendenti e da quei criteri che le parti riterranno di seguire»²⁶.

Riflessioni analoghe dividono anche gli autori che si sono occupati del rapporto tra intesa e legge nell'art. 116. Così, alcuni reputano che l'intesa con la Regione interessata abbia una natura meramente preparatoria, mentre altri al contrario la ritengono un presupposto esterno al procedimento di formazione della legge.

L'adesione all'una o all'altra delle suddette teorie non è irrilevante ai fini della ricostruzione della natura giuridica delle intese e dei relativi rapporti con le leggi approvate sulla base di esse²⁷.

Se infatti si accede alla teoria per la quale l'intesa è un presupposto estraneo al procedimento di formazione della legge, che si perfeziona all'interno di un ordinamento separato da quello dello Stato, si deve giungere alla conclusione che la legge approvata sulla base dell'intesa, in maniera analoga alle leggi di esecuzione, abbia la sola funzione di adattamento dell'ordinamento interno al testo pattizio ad essa allegato o in essa pedissequamente riprodotto²⁸. Sicché ogni

²⁴ In questo senso, v. A. Amorth, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Milano, 1948, 53; P. Barile, *Appunti sulla condizione dei culti acattolici*, in Id, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 145 ss.

²⁵ Cfr. F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico* Bologna, 1996, 105, per il quale «tutte le confessioni religiose organizzate [...] danno vita ad altrettanti ordinamenti giuridici originari e indipendenti da quello dello Stato».

²⁶ F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, cit., 112. In senso conforme G. Casuscelli, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, 1974, 240, il quale afferma che le intese «sono anch'esse accordi che superano l'ambito dell'ordinamento interno dello Stato con cui le confessioni acattoliche entrano in rapporto, e sono riferibili ad un ordinamento esterno che [...] non può identificarsi con l'ordinamento internazionale, malgrado alcune apparenti analogie, e che ha similmente a suo fondamento la regola *pacta sunt servanda*, che presiede e condiziona ogni rapporto tra soggetti nella sfera giuridica esterna agli ordinamenti delle parti contraenti».

²⁷ Sulle diverse conseguenze che derivano dall'adesione all'una o all'altra impostazione, v. G. Piccirilli, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti regionali*, n. 2/2018, 11-12.

²⁸ Quest'ultima sembra essere, d'altra parte, la prassi parlamentare affermatasi con riguardo al disegno di legge avente ad oggetto l'intesa con le confessioni religiose diverse dalla cattolica e che probabilmente sarà seguita per l'esame dei disegni di legge sul regionalismo differenziato. Sul punto, v. la ricostruzione di G. Piccirilli, *Gli "Accordi preliminari"*, cit., 13 ss., il quale peraltro osserva che «le ragioni di questa differenza non sono di facile individuazione. Si potrebbe forse supporre che il rinvio all'allegato per i disegni di legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali discenda dal loro far riferimento a una fonte del diritto di altro ordinamento (quello internazionale), sicché risulterebbe possibile la costruzione dell'atto interno come rinvio ad esso. Al contrario, ciò non accadrebbe per le intese con soggetti interni allo Stato (come appunto le confessioni religiose), per le quali la riproduzione in disposizioni

difformità tra la legge e l'intesa presupposta si tradurrebbe in un vizio formale della legge stessa, con conseguente illegittimità costituzionale per violazione del principio di bilateralità sotteso all'art. 116 (oltreché all'art. 8) Cost²⁹.

Questa teoria tuttavia non pare pienamente convincente. L'intesa tra Stato e Regione prevista dall'art. 116, comma 3, rappresenta infatti un accordo interno di diritto costituzionale³⁰, mediante il quale la Regione interessata è chiamata a partecipare alla determinazione del contenuto della legge di attribuzione dell'autonomia, in considerazione degli effetti che questa è destinata a produrre nei suoi confronti.

Ciò in quanto da una parte tra lo Stato e le Regioni non sussiste quel rapporto di reciproca separazione intercorrente tra ordinamenti indipendenti, che è condizione per configurare un accordo come atto esterno all'ordinamento dello Stato³¹. Dall'altra parte, si è visto come il fondamento costituzionale dell'intesa non sia da ricercare in un inesistente principio di bilateralità pattizia, bensì nel principio di leale collaborazione, che impone allo Stato di coinvolgere la Regione interessata, nelle forme dell'intesa, al fine di contemperare l'esigenza di esercizio unitario del potere, che comporta la sua attribuzione a livello statale, con la tutela degli ambiti di autonomia costituzionalmente riconosciuti alle Regioni.

Se si aderisce a questa ricostruzione, si deve quindi concludere che tali intese costituiscano atti preparatori che si innestano in un procedimento che ha avvio, si svolge e si conclude all'interno dell'ordinamento statale, e che, al di fuori di questo, sono prive di autonoma rilevanza giuridica. Con la conseguenza che la legge *ex* art. 116 Cost., pur essendo legata da un nesso di presupposizione con l'intesa che la precede, non ha una portata meramente confermativa, residuando in capo al legislatore la potestà di introdurre disposizioni diverse e ulteriori rispetto a quelle contenute nell'intesa³². In altri termini, l'esercizio del potere legislativo, pur

legislative del contenuto dell'intesa ha una valenza diversa e costitutiva degli impegni reciprocamente assunti. Più banalmente, dall'osservazione della prassi parlamentare non può nemmeno escludersi l'instaurazione di una reiterazione dello schema seguito in occasione della presentazione del primo disegno di legge in materia, che, senza alcuna ragione particolare (o almeno, senza che ciò fosse esplicitato in alcuna sede), fu presentato riportando il contenuto dell'intesa nell'articolato».

²⁹ Questa è la tesi sostenuta, tra gli altri, da M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., 27, il quale ritiene che sia «l'esigenza di rispettare il principio bilaterale nella determinazione del contenuto della differenziazione che spinge ad escludere una modificazione unilaterale di quanto disposto nell'intesa fra Stato e Regione mediante l'approvazione di un emendamento da parte del Parlamento statale. Del resto, qualora fosse ammessa l'emendabilità del disegno di legge di approvazione di una intesa *ex* art. 116, 3° co., si aprirebbero delicati problemi riguardo alle conseguenze derivanti dall'eventuale approvazione di un emendamento a un articolo di una intesa».

³⁰ V. A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, cit., 160.

³¹ Cfr. in questo senso A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, cit., 159-160, il quale afferma che «i trattati o gli accordi internazionali presuppongono l'eterogeneità dei soggetti parte del rapporto: a questo fine rilevano le relazioni tra stati sovrani o tra enti interni alla struttura statale ma sempre con altri soggetti della comunità internazionale». Su queste basi dunque egli conclude che l'intesa tra lo stato e la regione è un accordo interno di diritto costituzionale.

³² In senso parzialmente differente si esprime P. Giangaspero, *Ancora sul processo di differenziazione*, cit., 168, il quale ritiene che «i margini che qualche parte della dottrina individua in relazione all'art. 8 Cost. per contenuti della legge di recepimento in certa misura

essendo limitato dal vincolo di leale collaborazione con le Regioni interessate, non si esaurisce nell'accettazione o non accettazione di un atto concepito al di fuori dell'ordinamento giuridico statale, ma partecipa con l'intesa, e sulla base di essa, alla disciplina della materia³³.

4. Il ruolo del Parlamento, prima e dopo l'intesa

Alla luce della ricostruzione effettuata nei paragrafi precedenti, è ora possibile affrontare la questione del ruolo del Parlamento nel procedimento di attuazione del regionalismo differenziato.

Come accennato, il problema che si pone sotto questo profilo è come conciliare l'esigenza di attribuire al Parlamento, come organo di rappresentanza degli interessi generali, un potere deliberativo pieno con l'esigenza, di pari importanza, di assicurare un effettivo coinvolgimento delle Regioni interessate nella definizione del perimetro delle relative attribuzioni costituzionali.

A questo riguardo, non è mancato chi abbia proposto di incardinare le trattative volte alla stipula dell'intesa, anziché a livello esecutivo, presso il Parlamento ed i Consigli regionali, sulla falsariga di quanto accadeva con l'approvazione degli Statuti regionali prima della revisione costituzionale del 1999³⁴. Senonché tale opzione, se non è esclusa dalla lettera dell'art. 116 Cost., non può nemmeno ritenersi costituzionalmente obbligata. Si tratta, invero, di una delle possibili conformazioni del procedimento, che tuttavia non ha trovato finora riscontro nella prassi, dove invece hanno assunto un peso preponderante gli esecutivi regionali e nazionali³⁵.

estranei ed ulteriori ai termini dell'intesa con le confessioni religiose (giustificati con la genericità del richiamo, molto ampio ed indefinito, alla disciplina dei loro «rapporti con lo Stato») qui dovrebbero essere molto più stretti. Nell'art. 116, comma 3, Cost., infatti, il possibile contenuto dell'intesa, il suo «perimetro», risulta definito con la puntuale indicazione delle materie di cui all'art. 117 Cost. entro le quali le forme di maggiore autonomia possono essere conseguite».

Senonché, ad avviso di chi scrive, la delimitazione oggettiva della legge di differenziazione prevista dall'art. 116 incide allo stesso modo tanto sulla legge quanto sull'intesa, sicché i margini di intervento parlamentari rispetto al testo dell'intesa appaiono da un punto di vista qualitativo identici, se non maggiori, rispetto a quelli della legge approvata sulla base dell'intesa con le confessioni religiose acattoliche.

³³ Di «vera e propria compartecipazione decisionale» parla anche M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., 24, nel ricostruire il ruolo del Parlamento nel procedimento di approvazione della legge di differenziazione.

³⁴ Cfr. S. Mangiameli, *Appunti a margine dell'art. 116*, cit., 668. In questo senso v. O. Chessa, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid Rassegna*, n. 14/2017. Sul punto, cfr. anche E. Catelani, *Nuove richieste di autonomia*, cit., 11, la quale ipotizza anche «l'attivazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali dopo l'integrazione della sua composizione con i rappresentanti regionali, così come previsto nell'art. 11 legge cost. n. 3 /2001». *Contra* v. M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., 22-23.

Sulla legge di approvazione degli Statuti secondo il vecchio testo dell'art. 123 Cost. v. U. De Siervo, *voce Statuti regionali*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, 998 ss.; A. D'Atena, *voce Statuti regionali ordinari*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma 1993.

³⁵ Oltreché nella prassi, il ruolo primario del Governo nel procedimento per la concessione dell'autonomia differenziata risulta formalizzato altresì dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità per il 2014), la quale all'art. 1, comma 571, precisa che «anche ai fini di

Né, ad avviso di chi scrive, la prassi finora adottata, incentrata sulle trattative tra il Governo e le Giunte regionali, è di per sé lesiva delle prerogative costituzionali del Parlamento.

Nonostante il ruolo centrale ricoperto dagli esecutivi nelle negoziazioni precedenti la stipula dell'intesa, il Parlamento dispone di diversi strumenti attraverso cui incidere in maniera sostanziale sul contenuto della legge di differenziazione, sia in sede di esame parlamentare dell'intesa sia nella fase preparatoria.

Sotto un primo profilo, è appena il caso di ricordare che alle Camere spetta l'approvazione della legge e quindi, indirettamente, anche dell'intesa che ne è il presupposto. È vero che il margine di intervento del Parlamento rispetto ai contenuti dell'accordo è limitato, ma le Camere detengono pur sempre l'ultima parola sull'approvazione della legge. Pertanto, ove ritenessero inaccoglibile il testo concordato dal Governo, potrebbero respingere il disegno di legge e in questo modo impedire che l'intesa acquisti efficacia giuridica. Non solo, qualora il Parlamento reputasse necessario apportare delle modifiche sostanziali al testo dell'intesa, senza tuttavia rigettarla *tout court*, potrebbe sospendere l'esame della legge e contestualmente approvare una mozione rivolta al Governo affinché negozi un nuovo accordo con la Regione interessata³⁶.

Inoltre, il peso delle Camere è accresciuto dalla maggioranza assoluta dei componenti richiesta dall'art. 116 per l'approvazione della legge. Tale *quorum*, che la Costituzione prescrive a tutela delle minoranze parlamentari, è infatti potenzialmente idoneo a dare spazio ad una reale dialettica tra maggioranza e opposizione, nonché tra le forze politiche che compongono la maggioranza³⁷.

Ma anche nella fase antecedente l'esame parlamentare del disegno di legge, il Parlamento dispone di molteplici strumenti giuridici per incidere sul contenuto

coordinamento della finanza pubblica, il Governo si attiva sulle iniziative delle Regioni presentate al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali ai fini dell'intesa ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione nel termine di sessanta giorni dal ricevimento», assumendo quindi implicitamente che spetti al Governo ricercare l'accordo con la Regione interessata.

³⁶ Cfr. in questo senso F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato*, cit., 707. In senso parzialmente difforme A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, cit., 165, il quale afferma che il Parlamento è libero di «intervenire in positivo con emendamenti sostanziali sui contenuti dell'intesa, o con specifiche e motivate richieste di riesame dell'intesa stessa, che avrebbero come conseguenza non la paralisi del procedimento, ma riaprire i negoziati tra lo stato e la regione, sulla base di esplicite indicazioni programmatiche, in vista di una successiva, maggiormente possibile, approvazione parlamentare». L'Autore dunque sembra ammettere sia la possibilità di approvare unilateralmente degli emendamenti sostanziali al testo dell'intesa sia quella di riaprire i negoziati con la Regione, mentre ad avviso di chi scrive solo quest'ultima soluzione è compatibile con l'art. 116 Cost.

³⁷ Cfr. M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., 24, il quale osserva come la ragione del passaggio parlamentare previsto dall'art. 116, comma 3 Cost. sia quella di consentire una reale compartecipazione di tutti i territori di cui si compone il Paese. Ciò in quanto «il Parlamento è il luogo nel quale la pluralità – anche territoriale – del Paese si riflette più compiutamente rispetto a quanto non accada per gli altri organi costituzionali. Mentre il Governo è attore della differenziazione regionale come voce dell'interesse nazionale unitariamente inteso, il Parlamento è chiamato in causa in quanto portatore dell'interesse nazionale nelle sue diverse articolazioni, politiche e territoriali».

dell'accordo³⁸.

Innanzitutto, il controllo del Parlamento sull'operato del Governo nella conduzione delle trattative può avvenire con le modalità attraverso le quali la responsabilità politica dell'esecutivo è attivabile in una forma di governo parlamentare³⁹. Sicché, dall'apertura delle trattative fino alla conclusione delle stesse, il Governo risponde politicamente di fronte alle Camere per l'attività svolta.

Inoltre sarebbe stato possibile, e sicuramente anche auspicabile, un maggior attivismo preventivo da parte del Parlamento, che avrebbe potuto (e potrebbe ancora) chiamare il Governo a riferire in Aula ed orientarne l'azione mediante l'approvazione di atti di indirizzo⁴⁰, così come peraltro avvenuto a livello regionale dove si è avuto un confronto costante tra Consiglio e Giunta⁴¹.

Infine, ad avviso di chi scrive il Parlamento potrebbe introdurre – mediante l'adozione di una legge attuativa dell'art. 116, terzo comma, o di norme regolamentari interne – dei meccanismi volti a consentire un reale coinvolgimento dei rappresentanti della Regione interessata all'*iter* di approvazione della legge, al fine di concordare eventuali modifiche al testo dell'intesa resesi necessarie nel corso dell'esame parlamentare.

In questo senso si potrebbe trarre spunto dall'analisi dell'esperienza più matura di regionalismo differenziato, quella spagnola.

5. Il rapporto tra legge organica e Statuti di autonomia in Spagna

In Spagna, la questione della natura giuridica degli Statuti delle Comunità autonome e della relativa collocazione nel sistema delle fonti è stata a lungo dibattuta dalla dottrina costituzionalistica e rimane ancora oggi un problema per certi versi aperto.

La difficoltà di racchiudere gli Statuti di autonomia all'interno di una categoria giuridica unitaria deriva principalmente dalla pluralità di procedimenti previsti dall'ordinamento spagnolo per l'approvazione iniziale degli Statuti e per

³⁸ Si vedano in questo senso le proposte avanzate da M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato*, cit., 28 ss., il quale afferma che «Un esame, magari informale, delle bozze di intesa dovrebbe dunque essere avviato prima della conclusione delle intese stesse, parallelamente all'esame di esse da parte del Consiglio dei ministri, o subito dopo un primo esame da parte di tale organo», e cita a questo proposito la prassi relativa alle leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali.

³⁹ Cfr. in questo senso la sentenza n. 52 del 2016 della Corte costituzionale, sul rapporto tra Parlamento e Governo nella procedura di negoziazione dell'intesa *ex art. 8*, comma 3, Cost.

⁴⁰ V. F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato*, cit., 707.

⁴¹ Su quest'ultimo punto, v. P. Giangaspero, *Ancora sul processo di differenziazione*, cit., 170, il quale osserva che «il confronto con il Consiglio regionale e con gli enti locali in corso di trattative è effettivamente avvenuto in tutte le Regioni che hanno siglato pre-intese, non solo attraverso la deliberazione dell'avvio del procedimento con atti di indirizzo (o – nel caso del Veneto – con l'approvazione di una proposta di legge nazionale che ha formato la base per l'avvio di trattative), ma anche con successive deliberazioni con le quali si impegna la Giunta a proseguire le trattative mediante indirizzi rivolti all'esecutivo regionale attraverso mozioni o ordini del giorno consiliari a seguito di informazioni sugli avanzamenti delle negoziazioni con lo Stato».

la relativa riforma⁴².

Per quanto riguarda l'approvazione, in particolare, la Costituzione spagnola contempla tre diverse procedure attraverso cui le Comunità autonome possono addivenire all'autogoverno, a cui corrisponde una diversa estensione degli ambiti di competenza suscettibili di conferimento.

Nello specifico, soffermandosi sulle due procedure principali⁴³, occorre ricordare che la via di accesso ordinaria (*vía lenta*), disciplinata dagli artt. 143 e seguenti della Costituzione spagnola, prevede che il progetto di Statuto sia elaborato da una assemblea composta dai membri delle Deputazioni territoriali e dai deputati e senatori eletti nelle province interessate, e da questi trasmesso alle Cortes Generales per essere approvato come legge organica⁴⁴. Questo procedimento ordinario, seguito dalla maggior parte delle Comunità autonome, consentì tuttavia alle stesse di assumere per i primi cinque anni soltanto le competenze ridotte elencate dall'art. 148, con esclusione delle materie riservate allo Stato dall'art. 149.

Un canale di accesso preferenziale (*vía rápida*) fu invece riservato dalla seconda disposizione transitoria della Costituzione alle "comunità storiche", ovvero a quei territori che già in precedenza avevano approvato dei progetti di Statuto (Catalogna, Paesi Baschi e Galizia, oltreché l'Andalusia⁴⁵). A questi ultimi, infatti, la seconda disposizione transitoria della Costituzione permise di assumere direttamente anche le competenze elencate dall'art. 149, senza dover aspettare cinque anni⁴⁶.

Dal punto di vista procedurale, l'approvazione di questi ultimi Statuti è avvenuta in base al procedimento descritto dall'art. 151, comma 2. In primo luogo, pertanto, il progetto di Statuto è stato dall'organo collegiale preautonomico a maggioranza assoluta dei componenti. Il progetto è stato quindi trasmesso alla Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, integrata da una

⁴² Cfr. in questo senso M. González Pascual, *La posición de los Estatutos de autonomía en el sistema constitucional (comentario a la STC 31/2010 de 28 de junio de 2010)*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 27/2011, 505; J.L. Cascajo Castro, *Observaciones sobre la denominada función constitucional de los Estatutos de Autonomía*, in *TRC*, n. 23/2009, 136 ss.; G. Trujillo, *Escritos sobre la estructura territorial del Estado*, Madrid, 2006.

⁴³ Non si prenderà in esame dunque, ai fini di questo articolo, la c.d. *vía excepcional* disciplinata dall'art. 144 della Costituzione spagnola.

⁴⁴ Il procedimento disciplinato dall'art. 143 della Costituzione spagnola affida l'iniziativa alle Deputazioni di territori insulari o di province limitrofe con caratteristiche storiche, culturali, economiche comuni. In realtà la maggior parte delle Comunità autonome che accedettero alla *vía lenta* seguirono il procedimento semplificato previsto dalla prima disposizione transitoria della Costituzione.

⁴⁵ Si noti però che l'Andalusia non rientrava nell'ambito di applicazione della seconda disposizione transitoria, non essendosi dotata in precedenza di uno Statuto di autonomia, pertanto dovette seguire la procedura aggravata descritta dall'art. 151, comma 1.

⁴⁶ La seconda disposizione transitoria recita: «*Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuentan, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el artículo 151, número 2, a convocatoria del órgano colegiado preautonómico*».

delegazione dell'Assemblea proponente, con il compito ricercare un accordo sulla formulazione definitiva dello Statuto. Il testo così approvato, quindi, è stato sottoposto ad un referendum confermativo della popolazione del territorio interessato e, infine, trasmesso alle Cortes Generales per essere ratificato con legge organica⁴⁷.

Come emerge da questa breve ricostruzione, le due vie di accesso iniziali all'autonomia si differenziano, dal punto di vista procedurale, per il diverso grado di coinvolgimento delle comunità locali nella fissazione delle condizioni e dei limiti dell'autonomia regionale.

Se da una parte infatti, nella *vía lenta*, all'Assemblea territoriale spetta solamente la formulazione della proposta, mentre il testo della legge è il frutto di una decisione autonoma delle Cortes Generales, dall'altra parte invece, nel caso della *vía rápida*, il testo dello Statuto è il risultato di un accordo raggiunto tra i membri della Commissione costituzionale del Congresso e i delegati dell'Assemblea proponente.

Le differenze procedurali delle due vie di accesso sopra esaminate hanno influenzato anche la riflessione dottrinale circa la natura giuridica delle leggi organiche con cui sono stati approvati gli Statuti⁴⁸.

Da una parte, infatti, la peculiarità del procedimento speciale previsto dall'art. 151 ha portato la dottrina maggioritaria a qualificare la legge organica come atto di natura pattizia, derivante dal concorso di volontà dello Stato e della Comunità interessata. Secondo questa prospettiva, quindi, la legge organica sarebbe soltanto il «*revestimiento final*» dello Statuto, mentre il contenuto dello stesso sarebbe determinato dall'accordo che ne è il presupposto⁴⁹.

A diversi esiti ha condotto invece la riflessione sulla legge organica approvata all'esito della procedura ordinaria disciplinata dall'art. 143. A questo riguardo, infatti, è stato evidenziato come all'assemblea costituita dai rappresentanti della comunità locale spettasse unicamente l'iniziativa, mentre le Cortes Generales erano libere di incidere unilateralmente sul contenuto della legge. Pertanto, almeno in un primo momento, la dottrina maggioritaria ha escluso la natura pattizia degli Statuti approvati secondo la *vía lenta*⁵⁰.

6. La revisione degli Statuti di autonomia tra Cortes Generales e Comunità autonome

Il dibattito dottrinale sulla natura degli Statuti di autonomia si è riproposto nella seconda fase del regionalismo spagnolo, quando cioè, all'inizio degli anni Novanta, a conclusione del primo quinquennio di operatività delle Comunità autonome, è

⁴⁷ Sul procedimento seguito per l'approvazione dello Statuto della Catalogna, v. J.M. Castellà Andreu, *La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el estatuto de autonomía de cataluña y su significado para el futuro del estado autonómico*, in *Federalismi.it*, n. 18/2010.

⁴⁸ V. sul punto F. Domínguez García, *Los Estatutos de autonomía*, cit., 4 s.

⁴⁹ Cfr. M. Barceló i Serramalera, *La ley organica. Ambito material y posición en el sistema de fuentes*, Madrid, 2004; J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 2003, 1033

⁵⁰ Cfr. F. Domínguez García, *Los Estatutos de autonomía*, cit., 4 s.

stato avviato il processo di revisione degli Statuti⁵¹.

Va detto al riguardo che la Costituzione spagnola non disciplina nel dettaglio le modalità di revisione degli Statuti di autonomia, ma ne demanda la regolamentazione agli Statuti medesimi. L'art. 147, comma 3, Cost. richiede però che, in ogni caso, la riforma sia approvata dalle Cortes Generales mediante legge organica⁵².

Nel silenzio della Costituzione, ciascuno Statuto ha disciplinato le rispettive modalità di revisione in maniera diversa. Un elemento comune a tutti gli Statuti può essere tuttavia identificato nel rafforzamento del ruolo delle Assemblee legislative delle Comunità e nella conseguente limitazione del potere di incisione unilaterale delle Cortes Generales.

In questo senso, in particolare, tutti gli Statuti attribuiscono all'Assemblea della Comunità proponente il potere di ritirare la proposta finché questa non sia approvata in via definitiva dalle Cortes Generales⁵³, configurando così una sorta di "clausola di salvaguardia" a tutela della volontà della Comunità autonoma espressa nella proposta di Statuto⁵⁴.

Inoltre, è bene notare che molti Statuti di autonomia prevedono che, dopo l'adozione da parte delle Cortes Generales, la legge organica sia sottoposta ad un referendum confermativo a cui sono chiamati a partecipare gli elettori della Comunità autonoma, in tal modo riservando a questi ultimi l'approvazione definitiva del testo adottato a livello statale⁵⁵.

Dalla lettura combinata dell'art. 147, comma 3 della Costituzione spagnola e degli Statuti delle Comunità autonome emerge dunque che nell'ordinamento spagnolo, in maniera non difforme dall'art. 116 della Costituzione italiana, l'atto che definisce le condizioni di autonomia delle Comunità autonome è approvato con legge statale, approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna

⁵¹ Sul dibattito dottrinale in merito alla riforma degli Statuti di autonomia, v. R. Viciano Pastor, *Constitución y reforma de los Estatutos de Autonomía: Procedimientos constitucionales de modificación del Estado autonómico*, Valencia, 2005.

⁵² Ai sensi dell'art. 147, comma 3 della Costituzione spagnola, infatti, «*la reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica*».

⁵³ Ai sensi dell'art. 147, comma 3 della Costituzione spagnola, infatti, «*la reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica*».

⁵⁴ Tale facoltà è poi disciplinata nel dettaglio dai singoli Statuti delle Comunità autonome, i quali subordinano l'esercizio di tale facoltà al raggiungimento di maggioranze particolari, che possono variare dalla maggioranza assoluta richiesta dallo Statuto della Catalogna, ai due terzi dello Statuto dell'Aragona, ai tre quinti di quello dell'Andalusia.

⁵⁵ Cfr. ad esempio l'art. 222 dello Statuto della Catalogna: «*La aprobación de la reforma requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del Parlamento, la remisión y la consulta a las Cortes Generales, la ratificación de las Cortes mediante una ley orgánica y el referéndum positivo de los electores de Cataluña*». Analogamente, l'art. 81 dello Statuto della Comunidad Valenciana, il quale però considera non necessaria l'indizione del referendum laddove la revisione statutaria si limiti ad ampliare le competenze della Comunità. Tale disposizione infatti stabilisce che «*La aprobación de la reforma por las Cortes Generales, mediante Ley Orgánica, incluirá la autorización del Estado para que La Generalitat convoque un referéndum de ratificación de los electores en un plazo de seis meses desde la votación final en las Cortes Generales. El referéndum podrá no convocarse en aquellos casos en que la reforma sólo implique ampliación de competencias*».

Camera, sulla base di un testo concordato con la Comunità proponente.

La Costituzione spagnola, tuttavia, al pari di quella italiana, non chiarisce quale ruolo debba essere riconosciuto alle Camere nel procedimento di revisione degli Statuti e come l'approvazione parlamentare della legge organica debba essere raccordata con il carattere pattizio del testo della riforma.

7. L'iter parlamentare di approvazione della legge organica di riforma

Sul punto, la dottrina spagnola inizialmente si era divisa tra due posizioni estreme, in larga parte sovrapponibili a quelle sopra esposte in relazione all'Italia: da un lato alcuni sostenevano che il Parlamento non avesse alcun margine d'intervento rispetto al testo proposto dalla Comunità autonoma; dall'altro, una parte della dottrina riteneva al contrario che, perlomeno per la riforma degli Statuti approvati secondo *vía lenta*, le Cortes Generales detenessero un potere di emendamento pieno sul testo ad esse sottoposto, analogo a quello esercitato in sede di prima approvazione⁵⁶.

A dirimere la questione sono intervenute le Presidenze del Congreso de los Diputados⁵⁷ e del Senado⁵⁸ le quali, nel 1993, in vista dell'approdo parlamentare delle proposte di riforma, hanno adottato delle norme integrative dei rispettivi Regolamenti, volte a disciplinare il procedimento di esame parlamentare della revisione degli Statuti.

Nello specifico, questi atti regolamentari, modificati da ultimo nel 2018⁵⁹, hanno previsto da un lato la possibilità per le Cortes Generales di emendare, anche in maniera sostanziale, le proposte deliberate dalle Comunità autonome; al contempo, tuttavia, hanno introdotto dei meccanismi volti ad evitare che le Camere approvino in via definitiva dei testi non condivisi dalle Comunità autonome.

In fase introduttiva, segnatamente, la Risoluzione della Presidenza del Congreso prevede che la proposta di revisione dello Statuto sia presentata alla Commissione competente del Congreso da una delegazione di tre membri dell'Assemblea della Comunità proponente⁶⁰.

Durante l'esame del testo, poi, le norme integrative del Congreso e del Senado prevedono che, qualora le Camere approvino degli emendamenti o il Senado apponga il veto sulla proposta approvata dal Congreso, questi siano

⁵⁶ Per un'analisi approfondita del dibattito dottrinale sull'argomento, prima e dopo l'approvazione degli atti regolamentari delle Presidenze delle Camere, v. M. Aragón, *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, in *Documentación Administrativa*, n. 232-233, 1993, 210 ss.

⁵⁷ Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, "Procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía", del 16 marzo 1993.

⁵⁸ Norma Supletoria de la Presidencia del Senado, "Procedimiento a seguir para la tramitación de la Reforma de los Estatutos De Autonomía", del 30 settembre 1993.

⁵⁹ V. Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, del 25 settembre 2018.

⁶⁰ L'art. 3 della Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados stabilisce infatti che «*Dicho debate comenzará con una presentación de la propuesta por una delegación de la Asamblea de la Comunidad proponente, compuesta por un máximo de tres miembros, interviniendo a continuación los Grupos Parlamentarios para fijar su posición, por turnos que no excederán de diez minutos cada uno*».

comunicati all'Assemblea della Comunità proponente, che può ritirare la propria proposta in qualunque momento fino alla sua approvazione definitiva⁶¹.

Ulteriormente, per la riforma degli Statuti delle Comunità autonome approvati originariamente secondo la procedura speciale dell'art. 151 Cost. o della seconda disposizione transitoria, le norme integrative dei Regolamenti parlamentari prevedono che, in caso di presentazione di emendamenti durante l'esame parlamentare, sia costituita una commissione paritetica composta dai membri della commissione parlamentare competente e da una delegazione di membri dell'Assemblea della Comunità proponente, eletti in proporzione alle formazioni politiche in essa presenti. A questa commissione paritetica è attribuito il compito di esaminare gli emendamenti, entro due mesi dal termine per la presentazione degli stessi, al fine di addivenire ad un accordo su un testo condiviso. Se non si raggiunge un accordo entro tale termine, l'esame della proposta procede secondo le modalità ordinarie, ferma restando la facoltà dell'Assemblea della Comunità di ritirare la proposta prima che sia approvata in via definitiva⁶².

8. Dalla Spagna all'Italia: istruzioni per parlamentarizzare l'intesa

In conclusione, è possibile osservare come, nel silenzio della Costituzione, il Parlamento spagnolo abbia disciplinato con atti regolamentari interni il procedimento di approvazione delle leggi organiche di riforma degli Statuti di autonomia. Nel far ciò, le Camere si sono riservate un esteso margine di intervento sui contenuti della legge, che non è limitato alla sola approvazione o non approvazione della legge, ma comprende anche la possibilità di introdurre emendamenti sostanziali al testo proposto dalla Comunità autonoma interessata.

Al fine però di evitare che questo potere di intervento si traduca in un'imposizione unilaterale delle condizioni di autonomia, sono stati previsti dei moduli procedimentali attraverso cui le Comunità autonome possono esprimere, esplicitamente o tacitamente, il proprio consenso sulle modifiche eventualmente apportate durante l'esame parlamentare. In particolare, la costituzione di una commissione paritetica incaricata di esaminare le proposte di emendamento, il potere di ritiro della proposta, nonché la previsione di un referendum confermativo a livello regionale, hanno consentito di contemperare il principio dispositivo posto a fondamento dello Stato autonomo spagnolo con le prerogative costituzionali del Parlamento nazionale.

L'analisi delle soluzioni offerte dall'ordinamento spagnolo invita dunque ad

⁶¹ V. art. 4 della Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, il quale prevede che «*La Asamblea de la Comunidad Autónoma cuyo Estatuto sea objeto de reforma, podrá retirar la propuesta en cualquier momento de su tramitación ante la Cámara*». Analogamente, l'art. 5 della Norma Supletoria de la Presidencia del Senado stabilisce che «*La Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma cuyo Estatuto sea objeto de reforma, podrá retirar la propuesta en cualquier fase del procedimiento anterior a la aprobación definitiva de la propuesta por la Cámara o al último pronunciamiento del Senado sobre la misma, oponiendo su veto o aprobando la propuesta con enmiendas*».

⁶² Per la disciplina della commissione paritetica e della procedura di esame degli emendamenti, v. art. 7 della Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados e art. 7 della Norma Supletoria de la Presidencia del Senado.

interrogarsi sulla possibilità di adottare anche in Italia dei meccanismi che consentano al Parlamento di incidere sul contenuto dell'intesa, senza che questo si tramuti nel potere dello Stato di modificare unilateralmente le condizioni concordate con la Regione interessata.

A questo riguardo, molte delle criticità evidenziate nei paragrafi precedenti con riferimento all'ordinamento italiano riguardano, più che la conformazione giuridico-formale del procedimento di attuazione del regionalismo, le modalità con cui nella pratica esso è stato attuato fino a questo momento: con il Parlamento emarginato dalla discussione politica e chiamato a ratificare *ex post* decisioni assunte altrove.

Il rimedio a questo esautoramento di fatto delle prerogative parlamentari, però, ad avviso di chi scrive, non è da ricercare in un inammissibile ampliamento della potestà emendativa unilaterale del Parlamento, che si tradurrebbe in una altrettanto grave lesione del principio di leale collaborazione; bensì nell'attivazione di quegli strumenti funzionali a garantire una reale partecipazione delle Camere alla formazione dell'intesa, ovvero alla sua parlamentarizzazione⁶³.

In particolare, la parlamentarizzazione del procedimento potrebbe avvenire nella fase antecedente la sottoscrizione dell'intesa, mediante la presentazione alle Camere delle bozze di intesa raggiunte a livello esecutivo e la conseguente votazione di mozioni parlamentari all'indirizzo del Governo. In alternativa, le Camere potrebbero prevedere, attraverso l'approvazione di atti regolamentari interni, dei meccanismi di coinvolgimento delle Regioni interessate nel procedimento di adozione della legge attributiva dell'autonomia differenziata, sull'esempio di quanto disposto dal Parlamento spagnolo, in modo da poter emendare il contenuto dell'intesa, assicurando allo stesso tempo il rispetto del principio di leale collaborazione.

⁶³ Sulla necessità di parlamentarizzare l'intesa, con specifico riferimento all'art. 8 Cost., cfr. V. Onida, *Profili costituzionali delle intese*, in C. Mirabelli (a cura di), *Le intese tra Stato e confessioni religiose: problemi e prospettive*, Milano, 1978, 45 ss.; B. Randazzo, *La legge «sulla base» di intese*, cit., 219 ss. Con riferimento al regionalismo differenziato, v. A. Morrone, *Il regionalismo differenziato*, cit., 163.

Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche

di Giorgio Grasso

Abstract: From Berna to Budapest: Notes on (partial and total) constitutional amendments and the endurance of the political unity and unity of meaning of democratic constitutions – The essay inquires into the issue of constitutional amendments, starting from two recent seminal works by Valeria Marcenò and Adriana Apostoli. The first piece expounds the limits of total amendments by analysing two (quite different) case studies: Hungary and Switzerland. It posits that such a limit should be found in the endurance of the political unity. Once political unity is disrupted, as it is the case in Hungary, the issue arises as to whether this also entails a loss of the democratic nature of a legal system. The second piece specifically addresses this issue.

95

Keywords: Constitutional amendments, Switzerland, Hungary, Political unity, Democracy.

1. Introduzione

L'occasione che ha favorito il nascere di questo contributo è stata una recente, importante, iniziativa scientifica nella quale si è discusso sui limiti della revisione costituzionale nei settant'anni di vigenza della Costituzione repubblicana¹. In quel contesto è parso naturale, per chi scrive, misurarsi con due interessanti piste di ricerca, l'una, quella di Valeria Marcenò², rivolta a sondare l'esistenza di un eventuale limite dimensionale della revisione costituzionale, l'altra, quella di Adriana Apostoli³, incentrata invece sulla capacità espansiva dell'unico limite espressamente previsto dalla Costituzione italiana in tema di revisione costituzionale, la forma repubblicana dell'art. 139.

Un punto di incontro tra le due prospettive di studio è ciò che Marcenò chiama «l'unità politica sulla concezione della Costituzione» e Apostoli «l'unità di senso della Costituzione» medesima, rispetto a una visione sostanziale del

¹ Si tratta del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, tenutosi all'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro, i giorni 8-9 giugno 2018, i cui *Atti* sono in corso di pubblicazione con l'Editoriale scientifica di Napoli.

² V. Marcenò, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in A. Morelli (a cura di), *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019.

³ A. Apostoli, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in A. Morelli (a cura di), *Alla prova della revisione*, cit.

costituzionalismo democratico, di una democrazia senza aggettivi si potrebbe dire, misurata proprio sulle sfide che pone la revisione costituzionale, in costanza di una Costituzione rigida, tentando di avvicinare, in una prima indagine comparativa, due esperienze costituzionali molto diverse tra loro, da cui deriva il titolo proposto, la Svizzera e l'Ungheria, davvero agli antipodi, almeno in questo particolare momento storico, sul modo di affermare l'essenza stessa di un regime democratico.

Così quanto agli spunti della relazione di Marcenò, ci si è confrontati con le previsioni costituzionali e le prassi tutto sommato pacifiche nel diritto costituzionale elvetico, a livello federale e cantonale, in tema di revisione costituzionale (totale e parziale) dei rispettivi testi costituzionali, e con quelle ripetute riforme costituzionali, una di adozione di una nuova Costituzione (*recte*: Legge fondamentale), le altre parziali che, in terra magiara, hanno segnato, invece, il passaggio a una forma di stato che si auto-qualifica come di democrazia illiberale e che tanto sconcerto ha creato anche nel contesto dell'appartenenza dell'Ungheria all'Unione europea; mentre, quanto ai profili della relazione di Apostoli, il vero punto di snodo si è mosso alla ricerca dei vincoli materiali che impediscono di modificare la forma istituzionale repubblicana, forma repubblicana che, se non si radica pienamente nei valori del costituzionalismo liberal-democratico, come avviene in Italia, per il raccordo dell'art. 139 già con l'art. 1 del testo costituzionale (e con altre sue disposizioni), e come accade pure con un percorso costituzionale diverso nel contesto elvetico, rischia altrimenti di scivolare ai margini della vicenda democratica, come appunto sta succedendo in Ungheria e certamente in almeno un altro importante Paese membro dell'Unione europea, la Polonia, fuori dall'ambito di studio di questo scritto.

2. Dialogando con la relazione di Valeria Marcenò

Valeria Marcenò ci ha spiegato le ragioni per le quali una revisione totale di una costituzione, capace «di modificare l'*intero* testo costituzionale» (corsivo suo), non sia contemplata dalla Costituzione italiana, sottolineando che anche in quei Paesi, come la Svizzera, «che pur prevedono espressamente l'ipotesi della revisione totale, differenziandola da quella della revisione parziale, l'interpretazione costituzionale è stata nel senso di ritenere (...) l'esistenza di un limite alla revisione», sotto forma «di un nucleo non superabile neanche attraverso la procedura della revisione totale».

Ma l'esperienza elvetica necessita di alcune riflessioni ulteriori, al fine di meglio comprendere se la revisione totale, in quella singolare cornice costituzionale, davvero non incontri limiti giuridico-costituzionali o se piuttosto non si configurino, invece, limiti prettamente politici a una revisione totale, incastonati nella secolare storia della Confederazione elvetica.

Intanto, in Svizzera la revisione totale è prevista sia per la Costituzione federale, a partire dal 1891, sia per tutte le Costituzioni cantonali, e se per la prima si dispone, esplicitamente, un solo limite alla revisione, quello delle disposizioni cogenti del diritto internazionale (vedi art. 193, par. 4, Costituzione federale), per le seconde l'art. 51 della Costituzione federale statuisce che «Ogni Cantone si dà una costituzione democratica» e che «La costituzione cantonale richiede

l'approvazione del Popolo e deve poter essere riveduta qualora la maggioranza del Popolo lo richieda».

La dottrina costituzionalistica elvetica, esaminando le due forme della revisione costituzionale previste dall'ordinamento federale (e da quelli cantonali), quella parziale e quella totale, ha talora distinto all'interno della seconda tra una revisione totale di ordine formale, facile da individuare, quando la costituzione viene abrogata completamente e rimpiazzata da una nuova costituzione, che avrà una nuova data, pur contenendo magari molte disposizioni esattamente uguali a quelle della vecchia costituzione, e una revisione totale di ordine materiale, che potrebbe realizzarsi, invece, ogniqualvolta la costituzione viene modificata su un punto essenziale (si fa l'esempio, pur del tutto teorico, dell'eventuale passaggio da una struttura federale dello Stato a una struttura unitaria)⁴.

La prassi, del resto, ha comportato due volte, nel 1874 rispetto alla Costituzione del 1848, e nel 1999 rispetto alla Costituzione del 1874, l'approvazione di due nuovi testi costituzionali a livello federale, che sono andati a sostituire integralmente i testi precedenti, nel segno quindi di una revisione totale di ordine formale, dovendosi peraltro sottolineare che quando appunto si approvò, con una revisione totale, la Costituzione del 1874, questa ipotesi non era disciplinata dalla Costituzione del 1848, che prevedeva un unico procedimento di revisione costituzionale, senza distinzioni di sorta⁵.

Ma l'esistenza di un procedimento assai lacunoso, che sembrava permettere, nel caso di iniziativa popolare, soltanto una revisione totale, visto che, in presenza di un'istanza di revisione sottoscritta da cinquantamila elettori⁶ e approvata dal popolo svizzero, si sarebbe determinato lo scioglimento delle due Camere e il loro rinnovo, per domandare alle nuove Camere il compito di approvare il testo di revisione costituzionale, finì per bloccare o ritardare qualsiasi modifica della Costituzione del 1874. Fu così che, nel 1890, il Consiglio Federale, con apposito messaggio, introdusse di fatto la «felice distinzione» tra revisione totale e revisione parziale⁷, proponendo di conseguenza un progetto di revisione costituzionale che, l'anno successivo, attraverso una revisione (parziale) del testo costituzionale, portò a inserire nel testo della Costituzione del 1874 un articolato molto vicino a quello della Costituzione oggi in vigore⁸.

Sempre la prassi, del resto, ha conosciuto un tentativo infruttuoso di revisione totale della Costituzione, quello del 1934, quando su iniziativa di una serie di movimenti di estrema destra, raccolte poco più di 78 mila firme, il popolo elvetico fu chiamato a votare sul principio di una revisione costituzionale totale che avrebbe voluto introdurre, nel sistema politico svizzero, una serie di istituti di

⁴ Si veda P. Mahon, *Droit constitutionnel. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, III ed., Basilea, 2014, 71.

⁵ Si vedano gli artt. 111-114 della Costituzione federale della Confederazione svizzera del 12 settembre 1848.

⁶ Cento mila dal 1977, in vigenza della Costituzione del 1874.

⁷ Così O. Bigler, *La révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874: entre droit, politique et histoire, les enjeux de l'écriture constitutionnelle*, Thèse de doctorat de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 25 juin 2013, 187.

⁸ Vedi O. Bigler, *La révision totale*, cit., 188.

chiara imitazione di quei regimi totalitari che ai confini della Svizzera si erano ormai consolidati in Germania, Italia, Austria⁹. Il testo fu messo in votazione senza prese di posizioni né da parte dal Consiglio federale, né da parte dell'Assemblea federale, che svolse solo un controllo formale sulla regolarità delle firme raccolte, e fu respinto nettamente dal 61% dei votanti nel settembre del 1934, con una chiara scelta a favore della democrazia e contro il nazional-socialismo¹⁰.

Quella lontana vicenda potrebbe dimostrare l'inesistenza di limiti di natura sostanziale di fronte a una revisione totale di ordine formale e materiale allo stesso tempo, che pure avrebbe voluto modificare radicalmente il regime politico svizzero e la stessa forma di stato.

A livello cantonale, l'insieme delle Costituzioni ha subito nella lunga storia della Svizzera almeno una revisione totale, con l'eccezione della Costituzione del Canton Jura, costituitosi soltanto nel 1977. Negli ultimi cinquant'anni poi quasi tutte le Costituzioni cantonali sono state revisionate totalmente (quattordici revisioni totali, in particolare, dal 1993), esistendo solo tre Costituzioni più che centenarie, quelle di Appenzello Interno, risalente al 1872, Zugo del 1894 e Vallese del 1907, peraltro emendate parzialmente più volte. Ma proprio la Costituzione Vallesana è oggetto attualmente di un procedimento di revisione totale, voluto fortemente dal popolo con la votazione del 4 marzo 2018, che ha scelto anche di affidare a una apposita Assemblea costituente, eletta il 25 novembre 2018, mentre questo contributo veniva concluso nella sua versione definitiva, la redazione del testo di una nuova Costituzione da sottoporre poi al voto popolare¹¹.

Sono stati eccezionali, in ambito cantonale, i casi in cui il popolo, che come si è osservato dispone dell'ultima parola in ordine alla revisione costituzionale, ha detto no a un testo di revisione totale¹², manifestandosi, come rilevato in dottrina, una maggiore facilità di utilizzare tale procedura per i Cantoni che per la Confederazione, anche in virtù dei limiti costituzionali federali che riducono lo spazio di manovra per una revisione costituzionale cantonale pure totale, che certo non può spaventare il corpo elettorale cantonale¹³.

Ma, soprattutto, ai fini del dialogo tentato con la relazione di Valeria Marcenò, va dato conto del lungo percorso che ha portato all'approvazione della Costituzione nel 1999 e che ha permesso di realizzare concretamente per la prima volta, accanto a una revisione totale formale del testo costituzionale (la nuova

⁹ Sul punto vedi J.F. Aubert, *La révision totale des constitutions. Une invention française, des applications suisses*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet: l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, 2003, 467-468 e O. Bigler, *La révision totale*, cit., 201.

¹⁰ Sempre O. Bigler, *La révision totale*, cit., 202.

¹¹ Nelle votazioni cantonali del 4 marzo 2018 ha preso parte poco più del 55% degli aventi diritto, esprimendosi a favore della revisione totale quasi il 73% dei voti e, nella domanda sussidiaria rivolta a individuare l'organo competente a redigere il testo di revisione, se l'organo parlamentare o una apposita Assemblea costituente, il 61,5% dei votanti ha manifestato la propria preferenza per la seconda opzione.

¹² Vedi A. Chablais, *Constitutions cantonales: Le point sur les révisions totales*, in *LeGes - Législation & Evaluation*, 1991/1, 76, nota n. 14, che ricorda il solo voto negativo nel Cantone di Argovia nel 1979, peraltro superato, l'anno successivo, dalla votazione favorevole su un secondo progetto di revisione totale.

¹³ Cfr. su questo punto J.F. Aubert, *La révision totale*, cit., 468: «Ce n'est pas négligeable, mais la révision totale, au niveau des cantons, n'a rien d'aventureux».

versione del 1999, appunto), anche due importanti revisioni totali materiali, sulla base di una nozione (la c.d. revisione totale materiale) fino ad allora solo evocata, non senza contrasti, nella letteratura costituzionalistica elvetica¹⁴.

La possibilità di una revisione totale formale della Costituzione del 1874 era già stata prospettata nell'immediato dopoguerra, con un'iniziativa promossa nel 1946 da parte del Cantone di Basilea città; poi era stata riproposta negli anni Sessanta, dopo il noto caso legato all'acquisto degli aerei da combattimento Mirage, che aveva evidenziato un forte attrito tra la posizione dell'Assemblea federale e quella del Consiglio federale, con la creazione di un'apposita Commissione di inchiesta, la prima nella storia costituzionale elvetica, in un contesto di grande sfiducia verso le istituzioni politiche, sintomo di quel «malessere svizzero», descritto in un conosciuto pamphlet del 1964 del costituzionalista Max Imboden, che avrebbe dato una spinta di rilievo alla condivisione dell'idea di dover procedere alla revisione totale della Costituzione.

Ma, senza potersi qui soffermare su tutti i passaggi di quel faticoso itinerario¹⁵, un primo progetto di riforma totale della Costituzione, predisposto tra il 1974 e il 1977 da una Commissione presieduta dall'allora consigliere federale Kurt Furgler, venne accantonato, anche dopo una consultazione pubblica che rivelò, tra l'altro, la forte probabilità che non si sarebbe trovato su di esso il consenso nel voto popolare. E, dopo alterne vicende, nel giugno del 1987, rinunciando all'impostazione del progetto Furgler, che senza voler modificare le principali istituzioni politiche del Paese aveva però l'ambizione di introdurre numerose innovazioni materiali al testo costituzionale¹⁶, l'Assemblea federale adottò un decreto federale nel quale si affermava che il progetto di nuova Costituzione avrebbe dovuto aggiornare «il diritto costituzionale vigente, scritto e non scritto», attenendosi «a un'esposizione chiara e sistematica» e unificando «lingua e densità delle singole norme». La stesura concreta di un testo di riforma tardò tuttavia di alcuni anni e solo a seguito del voto del 1992, con cui il popolo e i Cantoni rifiutarono l'adesione della Svizzera allo Spazio Economico Europeo, il dibattito sulla revisione totale, anche al fine di riconciliare un Paese uscito profondamente diviso da quest'ultima votazione¹⁷, venne rilanciato definitivamente, con la preparazione di un avamprogetto del 1995, oggetto di un'ampia consultazione pubblica, questa volta largamente favorevole ad esso, e poi con la predisposizione del progetto del novembre del 1996. Memore dell'esperienza negativa del progetto Furgler, il Consiglio federale in modo molto pragmatico¹⁸ presentò l'idea della revisione costituzionale come un processo aperto, mettendo prima in votazione un progetto di revisione totale formale che

¹⁴ Vedi per esempio A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, v. I, *L'Etat*, Berne, III ed., 2013, 495, che ritengono questo approccio non convincente.

¹⁵ Vedi per tutti O. Bigler, *La révision totale*, cit., 219 ss.

¹⁶ Così O. Bigler, M. Renkens, *L'écriture constitutionnelle: dispositions juridiques et réalisation politique*, in *LeGes - Législation & Evaluation*, 2013/2, 305.

¹⁷ Così O. Bigler, N. Freymond, P. Mahon, M. Renkens, B. Voutat, *La révision constitutionnelle entre contraintes politiques et expertise juridique*, in *LeGes - Législation & Evaluation*, 2013/2, 389.

¹⁸ Di «un non commune senso pratico» parla anche M.P. Viviani Schlein, *La nuova Costituzione svizzera: una soluzione originale*, in A. Reposo (a cura di), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, Torino, 2000, 10.

voleva aggiornare il testo del 1874, reso anche di difficile lettura per le numerosissime revisioni parziali intervenute in 125 anni e che comunque conteneva disposizioni obsolete o immeritevoli del rango costituzionale¹⁹, e spostando, invece, a un momento successivo, sulla base di due separati “pacchetti”, il compito di intervenire su questioni sostanziali, che avrebbero potuto determinare il sorgere di contrasti politici capaci di metterne in pericolo l’approvazione. Prospettate come revisioni costituzionali totali, la riforma della giustizia del 2000 e la riforma dei diritti politici, approvata nel 2003 (e pure mai concretamente entrata in vigore, perché poi “rinnegata” da una successiva revisione del 2009 che ne determinò l’abrogazione²⁰), potevano tra l’altro essere messe in votazione senza doversi preoccupare di rispettare il limite costituzionale dell’unità della materia che vale, ovviamente, solo per le revisioni costituzionali parziali.

Questa prassi, abbastanza disinvolta e non priva di alcune significative criticità²¹, è stata poi utilizzata anche in almeno un’altra occasione successiva, quando nel 2004 venne messa in votazione, sotto la veste di revisione totale, la riforma della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra la Confederazioni e i cantoni, che riguardava peraltro ben ventisette articoli del testo costituzionale.

Che cosa poter ancora aggiungere su questo punto, ai fini del nostro contributo? Se il limite dimensionale di una revisione costituzionale coincide, come ha efficacemente sottolineato Marcenò, con il «mantenimento di una unità politica sulla concezione della Costituzione che prescindendo dalle (necessariamente contingenti) maggioranze parlamentari (quel principio antimaggioritario di cui è intrisa la nostra Costituzione, al di là della specifica disposizione sulla revisione costituzionale)»²², allora è abbastanza evidente che il caso svizzero potrebbe dimostrare che la vera garanzia di quella unità politica sta nell’accordo originario che affonda le sue radici nell’epoca feudale e che dal 1848 in poi prevede che la

¹⁹ Ma, pur così depoliticizzando il processo di riforma del nuovo testo costituzionale (così L. Mader, *La démarche méthodologique pratiquée lors de la préparation de la révision totale de la Constitution fédérale*, in *LeGes - Législation & Evaluation*, 2013/2, 330, nonché già S. Gerotto, *Note sulla dottrina svizzera in tema di revisione totale della Costituzione*, in A. Reposo (a cura di), *La revisione*, cit., 66), l’aggiornamento della Costituzione del 1874 implicò anche codificare tutto un diritto costituzionale materiale vigente, soprattutto relativo al catalogo dei diritti fondamentali, che si era imposto solo grazie alla giurisprudenza del Tribunale federale (vedi O. Bigler, M. Renkens, *L’écriture constitutionnelle*, cit., 397), introducendo quindi numerose novità puntuali incontestabili (così L. Mader, *La démarche*, cit., 330).

²⁰ La riforma del 2003 era quella che aveva introdotto la c.d. iniziativa popolare generale, che avrebbe permesso al popolo di presentare anche progetti di revisione delle leggi federali, oltre che della Costituzione federale.

²¹ La principale, forse, legata alla circostanza che tale strumento non potrebbe essere utilizzato dal popolo, che non può presentare un progetto di riforma totale, che si qualifichi come tale, se non nella forma di una proposta generica (vedi P. Mahon, E. Jeannerat, *La notion de «révision totale matérielle». Un remède inutile à l’exigence de l’unité de la matière?*, in *Aktuelle juristische Praxis/Pratique juridique actuelle*, vol. 2013, 9 (numéro spécial), 2013, 1394, che segnalano anche la difficoltà di trasporre questa prassi a livello cantonale, suggerendo conclusivamente (p. 1398) di fornire un ancoraggio costituzionale esplicito a questa terza forma, mediana di revisione costituzionale).

²² V. Marcenò, *Manutenzione*, cit., 19.

revisione costituzionale (totale o parziale non importa) debba trovare il sostegno di una doppia maggioranza, rispettivamente la maggioranza del popolo e la maggioranza dei Cantoni.

E quando alcune revisioni costituzionali parziali, originate da iniziative popolari, hanno determinato l'accoglimento nel testo costituzionale di una disciplina materiale che poteva non essere facilmente in consonanza con una serie di valori fondanti del costituzionalismo democratico, per esempio come è accaduto con la revisione costituzionale del 2009 sul divieto di costruzione dei minareti e con quella del 2014 sui tetti massimi annuali e sui contingenti annuali sul numero di permessi di dimora per cittadini stranieri, le implicazioni più stridenti che le nuove disposizioni costituzionali potevano avere con quell'insieme di valori (e anche con accordi di diritto internazionale stipulati dalla Svizzera) hanno finito per essere neutralizzate nella laboriosa fase di attuazione legislativa da parte dell'Assemblea Federale e poi di esecuzione con le ordinanze del Consiglio Federale²³.

Diametralmente opposta è, invece, ovviamente, la complessa vicenda ungherese, dominata a partire dal 2010 dalla figura politica di Victor Orbán e dal partito *Fidesz*; anche grazie a un sistema elettorale di tipo misto, risalente invero al 1990 e in cui già prevalevano gli effetti maggioritari, ancora ampliatisi a seguito di una modifica legislativa voluta da Orbán, una volta diventato primo ministro²⁴, e, forse ancor di più, grazie, a un procedimento di revisione costituzionale che permette, in un assetto parlamentare monocamerale, di modificare abbastanza agevolmente²⁵ la Costituzione con la maggioranza dei 2/3 dei membri del Parlamento²⁶, nella primavera del 2011 (con la promulgazione avvenuta il lunedì di Pasqua, da cui anche il nome di "Costituzione di Pasqua") è stato adottato un nuovo testo costituzionale che ha sostituito la Costituzione precedente (formalmente risalente al 1949, ma in realtà profondamente modificata in senso democratico nel 1989), e che si è caratterizzato da subito per un approccio che

²³ Ciò è parso particolarmente evidente nella seconda vicenda ricordata nel testo: sul punto v. G. Grasso, *Un'integrazione sostanzialmente riuscita: la Svizzera di fronte alle sfide dell'immigrazione*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018, 623 ss.

²⁴ Vedi J. Sawicki, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018, 86-87. L'aumento degli effetti disproporzionali e selettivi della legge elettorale modificata è sostenuto pure da G. Romeo, E. Mostacci, *La forma di governo*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 70.

²⁵ Di relativa flessibilità, a proposito di tale *quorum* nel contesto di una sola camera parlamentare, hanno scritto A. Jakab-P. Sonnevend, *Une continuité imparfaite: la nouvelle Constitution hongroise*, in *Jus Politicum*, 8/2012, 2. Di una «rigidità costituzionale "contenuta"» ha parlato, invece, A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in www.dpce.it/l-ungheria-e-i-valori-europei-un-matrimonio-difficile.html, 17 settembre 2018, 2.

²⁶ Si deve ricordare anche che nel luglio del 2010, con un voto espresso a maggioranza dei 2/3, il Parlamento ungherese abrogò una clausola della Costituzione del 1989, inserita nel 1995, che richiedeva addirittura la maggioranza dei 4/5 per avviare il procedimento di approvazione di una nuova Costituzione, diverso dalla semplice revisione del testo costituzionale (vedi sul punto R. Uitz, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 285, nonché, tra gli altri, nella dottrina italiana, V. Lubello, *La revisione della Costituzione*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, cit., 35).

voleva segnare una relativa distanza e una discontinuità proprio con la Costituzione (democratica) precedente, anche richiamando retoricamente nel suo preambolo fonti del diritto ungherese risalenti addirittura al periodo medievale. Questa Legge fondamentale, approvata riducendo fortemente i tempi parlamentari e ricorrendo ad alcune forzature procedurali²⁷, oltre che a un'assurda²⁸ consultazione popolare, effettuata somministrando ai cittadini magiari un questionario con una serie di domande a risposta multipla, al quale ha risposto solo l'11% degli aventi diritto al voto, ha poi subito importanti emendamenti nei mesi successivi, in alcuni casi solo per dare rango costituzionale a norme che ne erano prive (le disposizioni transitorie della Legge fondamentale, in particolare, la cui collocazione nel sistema delle fonti era oggetto di discussione anche in dottrina) e che erano state dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale ungherese, operando cioè un pieno capovolgimento del rapporto assiologico tra Costituzione e fonti subordinate, come se fosse normale rispondere, all'annullamento di una disposizione di legge contraria alla Costituzione, con l'inserimento dentro al testo costituzionale di quella medesima disposizione²⁹.

102

Il quarto emendamento costituzionale, adottato in meno di un anno dal primo e risalente al 2013, in particolare, ha segnato un punto di non ritorno, azzerando, tra le altre cose, tutta la giurisprudenza della Corte costituzionale ungherese precedente all'entrata in vigore della Legge fondamentale, Corte quindi privata, pur senza pregiudizio degli effetti giuridici prodotti dalle sue sentenze, della possibilità di ricorrere utilmente a tutti quei precedenti giurisprudenziali che potevano fare da argine all'uso spregiudicato del potere di revisione costituzionale³⁰.

Se si provano a estendere alle trasformazioni costituzionali avvenute in Ungheria a seguito dell'adozione della Legge fondamentale del 2011 e dell'approvazione di tutti gli emendamenti successivi (l'ultimo nel 2018, il settimo), le riflessioni di Marcenò sulla tenuta dell'unità politica della Costituzione, pare possa evidenziarsi abbastanza chiaramente proprio lo sgretolamento di quello che viene chiamato il principio antimaggioritario³¹, perché il limite dimensionale della revisione è stato certamente oltrepassato. Con l'apparente paradosso che il consenso politico intorno a Orbán è molto forte e i

²⁷ Vedi per esempio F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013, 30.

²⁸ Da A. Arato, *Constitution Making in Hungary and the 4/5 Rule*, in *www.icconnectblog.com*, 6 aprile 2011.

²⁹ Un'efficace ricostruzione di tutti i diversi passaggi costituzionali avvenuti tra il 2011 e il 2013 è in T. Drinóczi, *Constitutional politics in Contemporary Hungary*, in *ICL Journal. Vienna Journal on International Constitutional Law* (10), 1/2016, 63 ss. e spec. 73 ss. Vedi inoltre, per un sintetico riepilogo di quanto accaduto a partire dal 2011, anche con riferimento ai pareri resi dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, la c.d. Relazione Sargentini, *Relazione del Parlamento europeo su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, paragrafo 1, del TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione*.

³⁰ Vedi su questo punto anche M. De Simone, *Ungheria: note sul quarto e quinto emendamento alla Legge Fondamentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 gennaio 2014, 2.

³¹ Così anche T. Drinóczi, *Constitutional politics*, cit., 84, che parla di trionfo del puro principio maggioritario sui principi dello Stato di diritto e del rispetto dei valori democratici sostanziali.

numeri della democrazia gli danno ragione, anche se quei numeri risultano appunto gonfiati con l'aiuto di una formula elettorale super maggioritaria, non scalfita dalle ultime elezioni politiche dell'aprile 2018.

Quella messa in discussione dell'unità politica della Costituzione e la "tirannia" di una maggioranza parlamentare e di governo, in grado da sola di approvare riforme costituzionali "illiberali", determina anche uno scivolamento dell'Ungheria fuori dalla famiglia dei sistemi autenticamente democratici? A tale domanda che ci porta a rivolgerci anche alla seconda relazione, che ha fornito la base per la stesura di questo scritto, ha risposto positivamente il Parlamento europeo che nel settembre del 2018 ha approvato la proposta di chiedere al Consiglio di constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori sui cui si fonda l'Unione europea.

3. Dialogando con la relazione di Adriana Apostoli

Adriana Apostoli, appena evocata, ha puntato molto nella sua relazione sulla capacità espansiva dell'art. 139 Cost., già a partire dall'ancoraggio della forma repubblicana al principio democratico-rappresentativo nell'articolo di esordio della Costituzione stessa. Senza quella saldatura che fa della Repubblica una Repubblica democratica, anche il valore della sancita immutabilità della forma repubblicana risulterebbe di ben diverso spessore, perché è ben evidente che irriducibile non è qualsivoglia assetto repubblicano dello Stato, per il solo fatto che esso ripudia, per esempio, una legittimazione dinastica o prevede un capo dello Stato eletto dal corpo elettorale, ma un assetto repubblicano che si dimostri sinceramente democratico.

E, nella parte centrale della relazione³², vengono enucleati diversi elementi, ancorati su altre disposizioni costituzionali (gli artt. 48, 49, 67, 60, comma 1), che vengono posti a fondamento del nostro regime di compiuta democrazia, meta irretrattabile dopo il voto del 2 giugno del 1946: il suffragio universale, la libertà, la segretezza, la personalità e l'uguaglianza del voto; il riconoscimento costituzionale dei partiti politici; il divieto di mandato imperativo; la durata predeterminata della legislatura delle Camere.

Guardare ancora a Berna e a Budapest significa, in tale prospettiva, interrogarsi su come nei due ordinamenti costituzionali presi qui in esame venga eventualmente salvaguardata, in sede di revisione costituzionale, un'effettiva identità costituzionale di matrice democratica, tentando di rinvenire in quelle due esperienze costituzionali qualcosa di analogo al nostro art. 139 Cost.

Rispetto alla vicenda elvetica, in aggiunta a tutto quanto già osservato, la prima immediata riflessione conduce ad allargare lo spettro di considerazioni, sviluppate da Apostoli nel contesto soprattutto di una democrazia di tipo rappresentativo come la nostra, a una democrazia definita semi-diretta, in cui due istituti cruciali, come l'iniziativa popolare e il *referendum* (obbligatorio e facoltativo), condizionano fortemente l'assetto di democrazia rappresentativa, declinato in quella originalissima forma di governo che è il modello direttoriale,

³² A. Apostoli, *L'art. 139*, cit., in particolare, 16 ss.

con un'Assemblea federale, eletta dal popolo, che elegge con una durata prestabilita i sette membri del Consiglio federale; soluzione nella quale né l'Assemblea federale può dimettere il Consiglio federale, né quest'ultimo può sciogliere l'Assemblea federale, così potenziandosi anche tutto un insieme di elementi convenzionali e di prassi politico-partitiche che garantiscono la stabilità di quella forma di governo.

Circoscrivendo l'analisi al solo livello federale (e del resto, in ambito cantonale, come si è già evidenziato, è prescritto proprio un vincolo contenutistico-sostanziale che impone ai Cantoni di darsi una Costituzione democratica), non c'è nella Costituzione elvetica nulla che possa assomigliare all'art. 139 del testo costituzionale italiano, se è vero che il solo esplicito limite alla revisione costituzionale, totale o parziale, è il già ricordato vincolo del diritto internazionale cogente. Eppure, ci si deve chiedere, per esempio, se quel duplice riferimento in tutte e tre le Costituzioni federali, del 1848, 1874 e 1999, al popolo e ai Cantoni che formano insieme la Confederazione svizzera, nel primo articolo di tutti e tre i testi costituzionali menzionati, non rappresenti forse il vero nocciolo duro immutabile di quel testo costituzionale, corroborato dalla circostanza che senza il consenso congiunto di popolo e Cantoni non è mai possibile modificare la Costituzione, nemmeno parzialmente³³.

Certo questo meccanismo della doppia maggioranza ha comportato anche qualche conseguenza paradossale, come il tardivo riconoscimento, proprio dal punto di vista dell'esercizio dei diritti politici fondamentali, del diritto di voto alle donne, avvenuto soltanto a livello federale dal 1971: un blocco conservatore di voti, in quei piccoli Cantoni della Svizzera interna, dove per una manciata di preferenze si può decidere la posizione del Cantone su un testo di riforma costituzionale, e la stessa posizione di maggior freno del popolo hanno ritardato una scelta che, se fosse stata rimessa solamente al voto parlamentare dell'Assemblea federale, probabilmente, sarebbe stata compiuta più tempestivamente.

Analogamente non sfugge che l'iniziativa popolare ha determinato anche, a seguito della previsione del doppio voto favorevole di popolo e Cantoni, l'introduzione di misure costituzionali potenzialmente discriminatorie verso diritti delle minoranze, con ciò bastando qui richiamare le già ricordate revisioni costituzionali del 2009 sul divieto di costruzione dei minareti e del 2014 in tema di regolazione dell'immigrazione.

³³ Questa situazione in cui «la legittimità del costituente derivato, il Popolo e i Cantoni, è considerata superiore non solo a tutti gli altri organi dello Stato, ma anche al costituente originario», peraltro, non potrebbe impedire «al costituente sovrano di modificare le basi stesse del regime politico e costituzionale della Svizzera», secondo quanto sostengono A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, cit., 494. Ma forse «il carattere sacro dei diritti popolari» (così S. Gerotto, *La "dinamica costituzionale" nella Confederazione svizzera: qualche spunto di riflessione sul ruolo dei diritti popolari nel procedimento di revisione costituzionale*, in *Il Diritto della Regione. Il nuovo cittadino, Federalismo, decentramento e revisione costituzionale negli ordinamenti policentrici*, Liber amicorum per Nino Olivetti Rason, dicembre 2009, 146-147 e passim), che fa sì che la revisione costituzionale non incontri veri e propri limiti materiali, è il vero limite alla revisione medesima, come si viene a dire nel testo.

Il caso ungherese manifesta, invece, per stare ancora a quanto ci ha raccontato Apostoli, in riferimento all'Italia, il segnale sempre più forte di abbandono di un'idea sostanziale di democrazia.

Non è questa certamente la sede per contestare l'opportunità di impiegare, nel dibattito scientifico, per questa e altre esperienze costituzionali (come non pensare, solo per rimanere nell'ambito dell'Unione europea, alla già menzionata situazione polacca³⁴), l'espressione, risalente al noto saggio di Fareed Zakaria, di democrazia illiberale, facendo a pugni, con una metafora, l'accostamento tra il sostantivo e l'aggettivo³⁴, che pure ha il pregio della semplicità dell'analisi, e dovendosi guardare con sospetto ai tentativi talora fatti per conciliare con essa la prospettiva stessa del costituzionalismo, come limite all'esercizio del potere³⁵.

Ma anche solo un primo rimando a questa locuzione ci fa comprendere quanto sia stata provvida la scelta dei nostri Padri costituenti di non scrivere semplicemente in Costituzione l'irrivocabilità della forma repubblicana, ma anche di definire l'Italia una Repubblica democratica fondata sul lavoro, segnando con una linea ideale il congiungimento tra l'ultimo e il primo articolo della Costituzione e viceversa, capovolgendo l'ordine, tra l'alfa e l'omega della disciplina del nostro testo costituzionale.

Il caso ungherese, invece, si presenta come una forma repubblicana sempre meno democratica, nella quale anche uno degli elementi indicati nella relazione di Apostoli, come immutabili, quello riguardante il suffragio universale e l'eguaglianza del voto³⁶, già indebolito dagli effetti ultra maggioritari della legge elettorale, potrebbe prima o poi non garantire più che le elezioni «siano effettivamente libere ed eque»³⁷. Del resto, a parte qualche eccessiva indulgenza mostrata verso il percorso riformatore ungherese, pur con considerazioni svolte in realtà prima della quarta revisione costituzionale del 2013³⁸, tutti i commentatori sono concordi nel ritenere l'Ungheria ormai praticamente ai confini di un assetto di tipo democratico, parlandosi per esempio di una «autocrazia legalistica»³⁹, secondo una formula meno ambigua di quella di democrazia illiberale, che lo stesso Orbán, d'altra parte, aveva fatta propria in un noto discorso pubblico del luglio del 2014, ricordato da numerosissima dottrina⁴⁰.

³⁴ Perché «una “democrazia illiberale” non è democrazia», come segnalato per esempio, senza alcuna esitazione, da S. Cassese, *La democrazia svanisce se diventa illiberale*, in *Corriere della Sera*, 28 agosto 2018.

³⁵ Per una ricognizione della migliore letteratura costituzionalistica straniera sull'impiego dell'espressione “Illiberal democracies” o “Illiberal constitutionalism”, vedi T. Drinóczi-A. Bień-Kacala, *Constitutions and constitutionalism captured: shaping illiberal democracies in Hungary and Poland*, relazione al Workshop “Illiberal Democracies”, del 10° Congresso IACL, Seoul, 18-24 giugno 2018, 1 ss.

³⁶ A. Apostoli, *L'art. 139*, cit., 17-18.

³⁷ Come rilevato da J. Rupnik, *Specificités et diversité des populismes en Europe centrale et orientale*, in www.sciencespo.fr/cei/fr/print/24617, febbraio 2018, 3, citando un *paper* di Grzegorz Ekiert.

³⁸ Ci si riferisce alla posizione di A. Jakab-P. Sonnevend, *Une continuité*, cit., 1 ss.

³⁹ Si veda per tutti K. Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, in blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/populist-constitutionalism-6-kim-lane-scheppele-autocratic-legalism/, 16 novembre 2017.

⁴⁰ Per qualche spunto vedi anche G. Grasso, *Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale: le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union Européenne*,

4. Un primo spunto conclusivo

Che cosa si può ancora aggiungere, avviandoci a concludere queste brevi note che hanno cercato di portare fuori dal perimetro del diritto costituzionale nazionale gli aspetti forse più propositivi delle due indagini che hanno fatto da sfondo al nostro contributo?

Intanto, le due diverse esplorazioni che si sono venute a realizzare costituiscono soltanto, tra le molte esperienze costituzionali che si potevano prendere in considerazione, un primo banco di prova di come possano delinearci i rapporti tra i limiti sostanziali della revisione costituzionale (totale o parziale) e la garanzia della conservazione di un regime pienamente democratico.

Di fronte alle tendenze illiberali che circolano, abbastanza indisturbate, dentro alle frontiere della vecchia Europa, i sistemi democratici nazionali e con essi il soggetto politico costituito dall'Unione europea corrono gravi pericoli.

La revisione costituzionale può diventare il modo per legittimare profonde torsioni del gradiente democratico di un ordinamento costituzionale, veicolando dentro a quell'ordinamento, come accaduto in Ungheria, una disciplina costituzionale di aperta rottura verso principi, valori, istituti, che vengono generalmente ricondotti nel dover essere di un sistema costituzionale che voglia qualificarsi come effettivamente democratico. Nella vicenda ungherese questo passaggio è stato probabilmente favorito dalla circostanza che l'Ungheria aveva vissuto dopo il 1989 una prima trasformazione della sua forma di Stato, da socialista a democratica, anche con il recupero di una tradizione precedente alla lunga fase del comunismo, nella quale, però, come in altri Paesi di quell'area geografico-politica, mancava per esempio una convinta adesione ai principi dello stato di diritto⁴¹.

In presenza, invece, di una democrazia matura e del tutto consolidata, come quella elvetica, nella quale le tre diverse Costituzioni approvate dal 1848 a oggi hanno lasciato intatti, però, nello scorrere degli anni e delle generazioni, alcuni punti fermi fondamentali, l'unità politica della Costituzione ha retto sempre egregiamente, anche se talora, come si è già ricordato, è stata proprio l'iniziativa popolare, elemento irrinunciabile del nucleo fondante della stessa forma di Stato di democrazia semi-diretta di quel Paese, a mettere in tensione alcuni dei valori che stanno alla sua base; ciò è dimostrato in ultimo, senza poter approfondire il tema oltre lo spazio delle presenti considerazioni, dall'esito della recentissima votazione sull'iniziativa «Il diritto svizzero anziché giudici stranieri (Iniziativa per l'autodeterminazione)», che, pur essendo stata respinta in modo massiccio il 25 novembre 2018⁴², segnala l'esistenza di un nervo sempre scoperto nei rapporti tra

relazione al Workshop “Illiberal Democracies, del 10° Congresso IACL, ora in corso di pubblicazione su *Constitutions*, Dalloz, 2019.

⁴¹ Questo punto è ben sottolineato da B. Bugarič, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: “Lands in-between” democracy and authoritarianism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 232-233.

⁴² Contro la proposta di revisione costituzionale, finalizzata a garantire la prevalenza della Costituzione federale sul diritto internazionale, fatte salve le disposizioni cogenti del diritto internazionale, e ad affermare in caso di eventuale contraddizione l'adeguamento degli obblighi di diritto internazionale alla Costituzione federale, anche con la possibilità di

le fonti del diritto svizzero e il diritto internazionale e quindi tra la Svizzera e la comunità internazionale.

denunciare i trattati internazionali in questione, si sono espressi, infatti, il 66% dei votanti e tutti i Cantoni della Confederazione. Per comprendere quanto la posta in gioco fosse alta, anche in relazione agli effetti retroattivi di un'eventuale denuncia di un trattato internazionale, basti pensare solo alla circostanza che, con l'adesione della Svizzera alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Tribunale Federale ha fatto costantemente impiego della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, oppure al rilievo per il sistema economico elvetico degli Accordi bilaterali stipulate con l'Unione europea.

L'amministrazione della giustizia e l'indipendenza del giudice in Germania: origini storiche e problemi attuali

di Sonja Haberl

Abstract: The administration of the judiciary and judicial independence in Germany: historical roots and current issues – While having its roots in the Empire of Wilhelm I, the German system of judicial administration still lies, even at present, in the hands of the Ministries as bodies of the executive branch. Most advocates of a system of judicial self-administration criticise the current structures for being overly influenced by an executive power that is extending its reach too far into the sphere of the judiciary, especially as far as the so-called disciplinary control of judges is concerned. The claim to enhance judicial self-administration in the German system is not only grounded on the principle of the separation of powers, but also justified in the light of the criteria set forth both at an international and supranational level.

109

Keywords: Judicial administration; Judicial autonomy; Disciplinary control; Executive influences; Separation of powers.

1. Cenni introduttivi

Il sistema di amministrazione della giustizia (*Gerichtsverwaltung*) tedesco è nuovamente¹ sotto attacco. È dall'inizio del nuovo secolo che, tanto nella prassi quanto in dottrina, si critica l'eccessiva burocraticità di un sistema gestito dal potere esecutivo², al quale sono affidate competenze (da alcuni ritenute troppo) vaste, tra cui: l'organizzazione interna delle corti, la nomina e la promozione dei giudici, nonché il c.d. controllo disciplinare (*Dienstaufsicht*), al quale i giudici sono

¹ I primi dibattiti riguardanti un'amministrazione (più) autonoma della giustizia risalgono agli anni Cinquanta, e vengono solitamente ricondotti ad un famoso discorso tenuto nel settembre 1951 dal primo Presidente del Obergericht della Renania settentrionale-Vestfalia, Paulus von Husen, dal titolo *Die Entfesselung der Dritten Gewalt*; esso è pubblicato in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1952/53, 49 ss; per dettagli si veda F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, 2006, in part. 642 ss. Per una panoramica delle critiche cfr. M. Minkner, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien. Demokratische versus technische Legitimation*, Tübingen, 2015, 752 ss. e K. Fuchs, *Verfassungsmässigkeit und Umsetzbarkeit von Modellen für eine selbstverwaltete Justiz in Deutschland*, Baden-Baden 2013, 72 ss. Recentissimo sul tema in generale il denso volume di P.-A. Albrecht (ed.), *Autonomie für eine Dritte Gewalt in Europa*, Berlin, 2018.

² Per un'esposizione dettagliata della «storia» dei dibattiti relativi ad un'amministrazione autonoma della giustizia tedesca cfr. ancora Wittreck, *op. cit.*, 261 ss.

soggetti nella misura in cui «non venga pregiudicata la loro indipendenza» (par. 26 DRiG³).

È proprio il rapporto conflittuale tra indipendenza da un lato e controllo disciplinare dall'altro – già insito nel tenore della disposizione appena riportata – che rappresenta uno dei problemi oggi più discussi in tema di amministrazione della giustizia e indipendenza del giudice. Le voci contro un'ingerenza eccessiva dell'esecutivo all'interno del nucleo essenziale del terzo potere si sono fatte sentire di recente con veemenza in un caso che vede come protagonista un giudice civile di una Corte di Appello, «ripreso» dalla (oramai ex) Presidente di tale Corte perché «troppo diligente e preciso» – e di conseguenza «troppo lento» – nel trattare e giudicare le cause a lui assegnate. In alcuni anni, difatti, la quantità dei processi da lui portati a termine è rimasta nettamente al di sotto della media di lavoro smaltito dai suoi colleghi e anzi, a detta della Presidente, «oltre ogni limite di tolleranza anche generosamente calcolato». Quest'ultima ha quindi fatto uso delle sue competenze, contestando le «irregolarità nell'esecuzione delle funzioni d'ufficio» del giudice ed esortandolo «all'esecuzione ordinaria ed immediata» di tali funzioni (par. 26 DRiG).

Il caso, di cui abbiamo riferito in altra sede⁴, è emblematico per alcuni aspetti problematici caratterizzanti il sistema di amministrazione della giustizia tedesco. Esso pertanto costituisce una buona occasione per ripercorrere brevemente le tappe evolutive di tale sistema. Al contempo la tanto dibattuta vicenda rispecchia, come già si diceva, il conflitto latente tra uno specifico aspetto dell'amministrazione della giustizia – e cioè il controllo disciplinare – e il principio dell'indipendenza del giudice. Ed è per questo che si presta altrettanto bene a fornire una breve retrospettiva storica anche in merito all'evoluzione di tale principio: già contenuto in una Costituzione – quella di Weimar – prossima al centenario e comunemente considerata diretta anticipatrice e modello della garanzia oggi contenuta nell'art. 97 Grundgesetz.

2. Il sistema di amministrazione esecutivo del terzo potere: una breve retrospettiva storica

Il sistema tedesco dell'amministrazione della giustizia e dell'ordinamento giudiziario viene solitamente descritto – e non raramente criticato⁵ – quale «prodotto dell'età imperiale». E ciò non stupisce: le strutture istituzionali che ancora oggi fondano il terzo potere risalgono al 19. secolo, e più precisamente alla legge sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz*)⁶, parte integrante delle cc.dd. *Reichsjustizgesetze* emanate nel 1877. L'apparato della giustizia creato

³ Deutsches Richtergesetz – DRiG (legge del 8 settembre 1961, in Bundesgesetzblatt I, 1961, p. 1665, ultimamente modificata dall'art. 9 lett. g) dell'8 giugno 2017, in Bundesgesetzblatt I, 2017, p. 1570.

⁴ Si rinvia a S. Haberl, *Indipendenza del giudice e controllo disciplinare. Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Cassazione tedesca*, in Mat. stor. cult. giur. 1/2019 (in corso di pubblicazione).

⁵ Alquanto allusivo il titolo di H.E. Böttcher, *Mit Kaisers Justiz ins dritte Jahrtausend?*, in *Schleswig-Holsteinische Anzeigen*, 1997, 101 ss.

⁶ Legge del 27 gennaio 1877, in Reichsgesetzblatt, 1877, p. 41.

in quegli anni è caratterizzato da strutture gerarchiche e autoritarie, e rappresenta l'immagine speculare dell'ordinamento statale e sociale dell'*Obrigkeitsstaat* prussiano della seconda metà dell'Ottocento.

La legge sull'ordinamento giudiziario contiene regole centrali in merito all'assetto istituzionale e al modo di funzionamento delle corti tedesche. È sulla sua base che regole uniformi si sostituiscono alla «variopinta diversità»⁷ delle strutture amministrative della giustizia fino ad allora esistenti negli Stati federali. Nel nucleo quelle regole sviluppano l'attuale modello di una giustizia amministrata dal potere esecutivo e, più precisamente, dal potere esecutivo dei *Länder* in riferimento a tutte le corti appartenenti al livello corrispondente, e dal potere esecutivo centrale in riferimento alle Corti federali. Così, il *Reichsjustizamt* (*Ufficio della giustizia del Reich*), anch'esso creato nel 1877, viene sin dall'inizio concepito quale «dipartimento per la legislazione», incaricato innanzitutto della preparazione delle leggi del *Reich* e solo in misura marginale dell'amministrazione della giustizia: qui, i suoi poteri vengono circoscritti al controllo disciplinare sul *Reichsgericht*⁸. La delega alle presidenze delle Corti, con oggetto quei determinati poteri tradizionalmente rientranti nell'ambito delle competenze dell'esecutivo, è all'origine della forte posizione soprattutto dei Presidenti delle Corti di appello (cfr. anche *infra* par. 5).

Nel momento della nascita della Repubblica di Weimar, ad un vero e proprio cambiamento di sistema non fa seguito anche un «cambiamento personale ed istituzionale» della giustizia e del suo sistema amministrativo dove invece permangono evidenti continuità⁹. Dal punto di vista organizzativo-istituzionale, difatti, la Costituzione di Weimar del 1919 per numerosi aspetti si rifà allo stato dell'arte già esistente; così ad esempio, mentre è di nuova introduzione la giurisdizione amministrativa, rimane invariata l'esclusiva competenza dei *Länder* in riferimento alla giurisdizione ordinaria (ad eccezione del *Reichsgericht*). E di conseguenza rimane invariata anche la competenza di questi ad amministrare le correlate Corti ordinarie, mentre il Ministero della giustizia del Reich (*Reichsjustizministerium*) – l'allora *Reichsjustizamt* – continua a disporre di poteri soltanto marginali nell'ambito dell'amministrazione del sistema.

Ed anche negli anni a seguire, nonostante i numerosi dibattiti di riforma, i cambiamenti riguardanti la giustizia e la sua amministrazione possono dirsi assai poco rilevanti. Alla c.d. piccola riforma della giustizia (*kleine Justizreform*) del 1921 non fa seguito poi la discussa grande riforma della giustizia (*grosse Justizreform*): riforma che avrebbe dovuto portare a cambiamenti basilari relativi al sistema delle corti e dell'amministrazione della giustizia, e più precisamente relativi alla questione della devoluzione di entrambe dal livello regionale a quello imperiale¹⁰.

Per quanto riguarda le continuità personali, è cosa risaputa che la maggior parte dei giudici operanti durante Weimar è reduce da una formazione professionale ottenuta durante il *Kaiserreich*, ed è pertanto ancora strettamente

⁷ Così descritta da Wittreck, *op. cit.*, 50 con numerosi rinvii alla dottrina sul tema.

⁸ Per dettagli Wittreck, *op. cit.*, 53 ss.

⁹ Si veda ad esempio C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1997, 194.

¹⁰ Per approfondimenti ad esempio E. Schiffer, *Die deutsche Justiz*, München, 1928, 355 ss.

legata al sistema della monarchia: «i giudici della monarchia sono tutti quanti entrati a far parte del nuovo Stato...ma nel nuovo regime i giudici non si sono dotati anche di uno spirito nuovo...sono rimasti conservatori»¹¹. Di qui, e dal successivo declassamento sociale, le ragioni del loro ostruzionismo verso lo Stato democratico-repubblicano. E pur essendo vero che la Costituzione di Weimar garantisce l'indipendenza materiale e personale dei giudici (v. *sub* par. 3), lo fa esclusivamente attraverso un loro assoggettamento alle regole applicabili al pubblico impiego. Nasce così il «piccolo funzionario della giustizia» (*kleiner Justizbeamter*), il «giudice-pubblico impiegato» (*richterlicher Beamter*) della Repubblica di Weimar, un modello di giudice descritto come «destinato a fallire causa l'opposizione interna». E soprattutto nasce un sistema di valutazione, di avanzamento e di promozione simile a quello di qualsiasi altro impiegato pubblico descritto come «caratterizzato da dipendenze multiformi»¹².

La tanto criticata «subalternità di natura sistemica» del giudice tedesco, inerente al modello «giudice-pubblico impiegato» proprio della Costituzione di Weimar, viene comunemente ritenuta elemento essenziale per il fallimento della giustizia nel Terzo Reich, caratterizzata da elementi di «continuità e di decadimento giuridico» (*Rechtszerfall*)¹³. Illustrano al meglio la coesistenza dei due elementi le discussioni relative alla garanzia dell'indipendenza del giudice, salvaguardata nella forma, ma vanificata nella sostanza (cfr. *infra* par. 3).

112

Per quanto riguarda più in generale il sistema di amministrazione della giustizia, accanto a sintomi di decadimento giuridico – dovuti a interventi massicci nell'organico e all'edificazione di strutture parallele di giurisdizione in forma non solo di tribunali speciali ma anche di organi amministrativi particolari – possono scorgersi, anche qui, evidenti elementi di continuità. Ciò riguarda innanzitutto l'idea già maturata durante la Repubblica di Weimar, – ma non anche effettivamente realizzata – di collocare l'intero sistema delle Corti e quello dell'amministrazione della giustizia al livello imperiale: idea infine attuata sulla base di leggi e regolamenti emanati tra il 1934 e il 1935. Queste normative per la prima volta fanno del Ministero della giustizia del Reich «un vero e proprio Ministero per l'amministrazione della giustizia» (*Rechtspflegeministerium*), a cui sono subordinate le corti e le amministrazioni della giustizia dei *Länder* sino ad allora esistenti¹⁴. Viene per il resto in ampia misura preservato – accanto ad un vertice ministeriale ora collocato a livello imperiale – un sistema di amministrazione della giustizia in forma di impianto burocratico: con una posizione ancora più corroborata dei Presidenti delle Corti d'appello che vengono muniti di altri poteri sino a quel momento spettanti alle autorità ministeriali centrali¹⁵.

¹¹ Così nel 1926 Walter Simons, Presidente del Reichsgericht, citato da I. Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München, 1989, 20.

¹² Per tutto Häuser, *op. cit.*, 82 ss.

¹³ Così H. Dreier, *Rechtszerfall und Kontinuität*, in D. Gosewinkel (ed.), *Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur*, Frankfurt a.M., 2005, 39.

¹⁴ Cfr. Wittreck, *op. cit.*, 60.

¹⁵ Per dettagli L. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, München, 3. ed., 2011, 111 s.

Nell'immediato dopoguerra, nelle zone ovest della Germania¹⁶, l'organizzazione dell'amministrazione della giustizia manca di un approccio innovativo. Essa è al contrario ovunque caratterizzata, seppur con alcune differenze di dettaglio, dall'adesione al sistema amministrativo della Repubblica di Weimar. Viene così riprodotto il modello di un'amministrazione della giustizia maggiormente gestita dai Ministeri dei *Länder* e cioè – data l'esistenza ora di cinque diverse giurisdizioni – dai rispettivi Ministeri competenti per la materia corrispondente¹⁷. Rimane inoltre fermo il trasferimento di importanti poteri ai Presidenti delle Corti, i quali agiscono sotto la direzione dai primi, ovvero *weisungsgebunden*.

Anche l'idea di sostituire il «giudice-pubblico impiegato» con un «nuovo tipo di giudice», e quindi di «estrapolarlo dalla mentalità e dalle strutture burocratiche nelle quali era rinchiuso»¹⁸, non diventa realtà. E tutto ciò non solo perché le modifiche sulla base delle quali si è intervenuti negli anni sulla legge sull'ordinamento giudiziario del 1877 non hanno portato a cambiamenti significativi. Infatti anche il menzionato Deutsches Richtergesetz (DRiG) del 1961 – basato sull'art. 98 co. 1 Grundgesetz¹⁹ e fonte prima per il sistema di amministrazione della giustizia –, non ha saputo porre fine all'applicazione sussidiaria ai giudici delle disposizioni in materia di pubblico impiego²⁰. Ancora oggi queste ultime rappresentano quindi la cornice applicabile anche ai giudici, come confermato dal par. 46 DRiG secondo cui «nella misura in cui la presente legge non stabilisce altrimenti, ai giudici si applicano le disposizioni relative al pubblico impiego finché non verranno emanate disposizioni speciali»: mai emanate e quindi ad oggi non esistenti.

Il DRiG, oltre a stabilire la disciplina di riferimento per la carica di giudice a livello federale e dei *Länder*, contiene anche regole quadro per le rispettive leggi dei *Länder*, i cc.dd. *Landesrichtergesetze*. Questi a loro volta disciplinano, più specificamente, «lo stato giuridico dei giudici dei *Länder*» (v. art. 98 co. 3 Grundgesetz), ispirandosi talvolta letteralmente – soprattutto nell'ambito del controllo disciplinare – alle direttive federali contenute nella DRiG.

Nel modello base di amministrazione del terzo potere a livello dei *Länder*²¹ spettano ai Ministeri della Giustizia regionali le specifiche competenze al riguardo.

¹⁶ Per la Repubblica democratica tedesca cfr. Wittreck, *op. cit.*, 73 ss.

¹⁷ Accanto alla giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, vi sono anche quelle finanziaria, sociale e del lavoro. Mentre il ministero della Giustizia disponeva delle rispettive competenze solo per la giurisdizione ordinaria, per le altre subentravano il Ministero dell'interno (giurisdizione amministrativa), del lavoro (giurisdizione sociale e del lavoro) e delle finanze (giurisdizione finanziaria).

¹⁸ Häuser, *op. cit.*, 82.

¹⁹ Secondo cui «lo stato giuridico dei giudici federali» è disciplinato «da una legge federale speciale».

²⁰ Häuser, *op. cit.*, 82; in generale sulla formazione del giurista tedesco, cfr. S. Habermas, *La formazione del giurista tedesco fra tradizione e propositi di riforma*, in *Stud. iur.* 7-8/2017, 824 ss.

²¹ In ragione del fatto che il caso da cui abbiamo preso spunto (*supra* par. 1) ha avuto origine in una Corte d'Appello – e quindi in una corte appartenente al livello regionale – l'attenzione va rivolta al sistema di amministrazione della giustizia dei *Länder*. A livello federale il Ministero federale della giustizia è competente per l'amministrazione delle Corti federali amministrativa, sociale e ordinaria, mentre il Ministero federale del lavoro si occupa della

Ciò vale – diversamente da quanto abbiamo visto essere il caso nell'immediato dopoguerra – in relazione a tutte quante le giurisdizioni esistenti, e non solo relativamente a quella ordinaria²². È per questo che nei dibattiti il Ministero della giustizia viene anche denominato *Rechtspflegeministerium*, ovvero Ministero per l'amministrazione della giustizia. Anche oggi, nella prassi, ampie parti dell'amministrazione del terzo potere non spettano direttamente ai Ministeri, ma sono devolute ai Presidenti delle corti (soprattutto delle Corti di Appello), i quali agiscono sempre sotto la direzione dei primi. Fa parte delle competenze delegate anche lo specifico e importante ambito del controllo disciplinare, a cui abbiamo accennato in riferimento al caso citato in apertura (*infra* par. 4). Per via della delega di competenze nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, i Presidenti delle corti assumono un «doppio ruolo»²³ – non di rado criticato –, in quanto accanto alla funzione giurisdizionale assolvono anche a compiti amministrativi propri del potere esecutivo, non coperti dalla garanzia di indipendenza.

114

Il sistema tedesco dell'amministrazione della giustizia è quindi ancora oggi governato dal potere esecutivo, anche se non mancano alcuni elementi di amministrazione autonoma. In primo luogo ci riferiamo agli Uffici di Presidenza, competenti innanzitutto per la composizione dei collegi, la ripartizione del lavoro (*Geschäftsverteilung*) e la composizione dei cc.dd. *Richterdienstgerichte* (tribunali competenti per i procedimenti disciplinari a carico dei giudici): in tutti questi ambiti essi agiscono in autonomia e non invece sotto la direzione di un potere preposto (come invece nel caso della delega delle competenze)²⁴. In secondo luogo esistono diversi organi di amministrazione autonoma, rappresentativi degli interessi dei giudici, tra cui i c.d. *Präsidialräte* (parr. 74 ss. DRiG) – che possono influire su determinate questioni riguardanti la politica del personale²⁵ –, ed i *Richterräte*, istituiti al fine di garantire ai giudici la partecipazione «ai loro affari generali e sociali» (parr. 72 ss. DRiG)²⁶.

L'esistenza di tali organi non toglie però che la maggior parte dell'amministrazione del terzo potere sia rimasta nelle mani del potere esecutivo, e ciò vale anche e soprattutto per l'ambito della politica del personale: ambito in

giurisdizione del lavoro, e quello per la salute è competente per la Corte federale sociale. Per un'esposizione dettagliata si veda Wittreck, *op. cit.*, 282 ss.

²² Un contesto di eccezione è rappresentato ancora oggi dalla Baviera dove viene applicato un rigido principio "dipartimentale" (*Ressortprinzip*) in quanto le diverse giurisdizioni – ordinaria, finanziaria, sociale, del lavoro e amministrativa – sono sottoposte all'amministrazione dei Ministeri pertinenti (mentre quella ordinaria spetta al Ministero della giustizia, quella finanziaria spetta al Ministero delle finanze, quella amministrativa al Ministero degli interni e così via). Anche Berlino e lo Schleswig-Holstein fanno eccezione in quanto il loro sistema è caratterizzato da un principio dipartimentale "tronco" (*kupiertes Ressortprinzip*) che prevede la competenza del Ministero della giustizia per tutte le giurisdizioni tranne per quella del lavoro, affidata al Ministero (a Berlino al Dipartimento - *Senat*) del lavoro.

²³ In merito ai potenziali pericoli generati da tale doppio ruolo da ultimo F.J. Säcker, *Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018, 2380.

²⁴ Discorre di «*weisungsfreie Rechtspflegeorgane sui generis*» Minkner, *op. cit.*, 273.

²⁵ Così, ad esempio, è obbligatoria la loro compartecipazione alla promozione dei giudici, mentre è facoltativa quella riguardante la loro nomina. Per dettagli si veda Minkner, *op. cit.*, 274 ss.

²⁶ Per un'analisi molto dettagliata si veda Wittreck, *op. cit.*, 372 ss.

cui, secondo parte della dottrina, una *governance* (*Steuerung*) dei giudici attraverso il potere esecutivo «non solo è incompatibile con la loro indipendenza, ma si trasforma, senza soluzione di continuità, in favoritismo»²⁷ (cfr. anche *sub par.* 5).

3. L'indipendenza del giudice. Dalla lotta alla *Kabinettsjustiz* al significato odierno

Un aspetto specifico e molto dibattuto inerente all'amministrazione della giustizia è rappresentato dal controllo disciplinare. Nelle discussioni più recenti – legate anche al caso menzionato in apertura – l'attenzione viene innanzitutto rivolta al difficile rapporto tra un controllo esercitato dal potere esecutivo e l'indipendenza di cui gode il terzo potere: l'art. 97 Grundgesetz difatti garantisce sia l'indipendenza c.d. materiale (*sachliche Unabhängigkeit*²⁸, co. 1), sia quella personale (*persönliche Unabhängigkeit*, co. 2), stabilendo che i giudici sono «indipendenti e soggetti soltanto alla legge», e che quelli «collocati a titolo definitivo nei ruoli» possono essere destituiti o sospesi dal loro ufficio «solo per decisione giudiziaria e per i motivi e con le forme stabiliti dalla legge».

Nella sua cristallizzazione odierna, l'indipendenza del giudice – espressione del principio della separazione dei poteri e massima inscindibilmente collegata alla concezione di *Rechtsstaat*²⁹ – rappresenta il risultato di una lunga battaglia. Se un primissimo riferimento all'indipendenza dei giudici si rintraccia già nell'ordinamento del *Reichskammergericht* del 1555³⁰ – dove si stabiliva che nessun giudice poteva essere «soppresso arbitrariamente» (*willkürlich abgeschafft*), ma che una sua destituzione era possibile «soltanto in caso di inidoneità accertata dal tribunale stesso o da parte di una speciale commissione» –, le cose erano destinate a cambiare con il consolidarsi del dispotismo illuminato, comportante l'idea che il Monarca si potesse atteggiare a «giudice supremo». Tutto ciò venne alla luce nel corso di un famoso processo del 1779, quando Federico II di Prussia decise di cassare la decisione di ultima istanza e di reintegrare il ricorrente nei suoi diritti, nonché al contempo di arrestare e rimuovere dalla loro carica i giudici decidenti³¹.

²⁷ Così la critica di Häuser, *op. cit.*, 83.

²⁸ È da tempo che il Bundesverfassungsgericht (BVerfG) discorre della c.d. *sachliche Unabhängigkeit*; si veda ad es. BVerfG, sentenza del 17 dicembre 1953, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 3, 1953, 213 ss.

²⁹ Per approfondimenti si veda, per tutti, D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, 9 ss.

³⁰ Il *Reichskammergericht* è il primo tribunale centralizzato che fu istituito nel 1495 su richiesta della Dieta di Worms, e dotato di sufficiente autorità poiché sottratto all'influenza personale dell'Imperatore; per i dettagli si veda S. Jahns, *Das Reichskammergericht und seine Richter. Verfassung und Sozialstruktur eines höchsten Gerichts im Alten Reich*, vol. I, Köln-Weimar-Wien, 2011.

³¹ Si tratta del noto caso del mugnaio Arnold (*Müller-Arnold-Prozess*); per approfondimenti si veda ad esempio M. Kotulla, *Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit*, in P. Kirchhof, H.-J. Papier (eds), *Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten zum 70. Geburtstag*, München, 2007, 201 ss.

Fu a seguito di simili intromissioni³² e soprattutto per affermare l'idea, progressivamente consolidatasi, che la volontà del monarca dovesse sottostare alla signoria di una legge (*Herrschaft des Gesetzes*) ritenuta “ragionevole” – più che in ragione dell'avanzamento del principio montesquieuiano della separazione dei poteri³³ – che nel corso della seconda metà del 18. secolo, nel contesto di un crescente conflitto tra le corti, da un lato, ed il Monarca e la sua amministrazione dall'altro, i giudici cominciarono a lottare in modo riottoso per la loro indipendenza. Pur appartenendo alla categoria dei funzionari statali – ed in quanto tali in ogni momento rimovibili dal loro ufficio da parte di chi deteneva il potere e li aveva dotati del potere di giurisdizione – iniziarono a sviluppare un crescente «spirito ed orgoglio categoriale»³⁴ che li spinse ad opporsi agli interventi arbitrari del Monarca, divenuti tutt'altro che rari³⁵.

Il conflitto tra giudici oramai «contagiati» dallo spirito illuminista e liberale ed il Re crebbe esponenzialmente nei decenni a seguire e portò, nei primi anni del 19. secolo, alle prime Costituzioni garanti dell'indipendenza sia personale che materiale del giudice. A titolo di esempio possiamo fare riferimento alla Costituzione del Regno bavarese del 26 maggio 1818 nella quale venne stabilito che «i tribunali sono indipendenti nei limiti delle loro funzioni e nessun giudice può essere destituito né revocato con perdita del suo onorario, se non in virtù di un giudizio» (titolo 8, art. 3), ma anche alle Costituzioni di poco successive, del Baden-Württemberg (1819), o dell'Assia (1820) e a numerose altre³⁶ i cui estensori si fecero portavoce della garanzia in questione.

In Prussia, invece, la strada verso il riconoscimento di uno *status* particolare del giudice e la garanzia della sua indipendenza fu più lunga e travagliata. Nonostante le forti proteste da parte della magistratura in seguito alla rimozione, nel 1834, di un giudice della Corte d'appello di Naumburg da parte di Federico Guglielmo III, il principio della rimovibilità del giudice trova conferma ancora nell'ordinamento disciplinare (*Disziplargesetz*) del 1844. E se fino alla metà del 19. secolo il governo aveva risposto alle proteste ed alla pretesa indipendenza da parte dei giudici con rimozioni dall'ufficio e procedimenti disciplinari, nel periodo successivo affrontò la questione sulla base del poco vistoso strumento del trasferimento, creando così una magistratura «brava e buona» perché poco interessata ad essere trasferita in un qualche tribunale «defilato»³⁷. Infine, fu

³² Il caso del mugnaio Arnold viene infatti considerato quale “catalizzatore” dell'indipendenza del giudice in Prussia, così M. Kotulla, *Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit*, cit., 207.

³³ Così gran parte della dottrina tedesca: si veda per tutti, con ampi riferimenti, U. Seif, *Recht und Justizhoheit*, Berlin, Duncker&Humblot, 2003, 226 ss. Contro questa tesi, a sostegno dell'influenza di Montesquieu si segnala, invece, E. Schmidt, *Rechtssprüche und Machtsprüche der preussischen Könige des 18. Jahrhunderts*, Leipzig, 1943, 8 e B. Diestelkamp, *Reichskammergericht und Rechtsstaatsgedanke. Die Kameraljudikatur gegen die Kabinettsjustiz*, Heidelberg, 1994, 23 s., 31.

³⁴ H. Hattenhauer, *Geschichte des deutschen Beamtentums. Handbuch des öffentlichen Rechts*, vol.1, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, 306 ss.

³⁵ M. Kotulla, *Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert*, in *Deutsche Richterzeitung*, 1992, 285.

³⁶ Per ulteriori esempi e approfondimenti si veda *ivi*, 287 ss.

³⁷ Hattenhauer, *Geschichte des deutschen Beamtentums*, cit., 310.

dapprima la Costituzione ottriata del 1848 a prevedere una nomina dei giudici a vita ed una loro destituzione soltanto «per motivi previsti dalla legge e nelle forme ivi stabilite» (art. 86), e dappoi quella riveduta del 1850 a stabilire, similmente, che «i giudici vengono nominati a vita» e che «il potere giudiziario viene esercitato in nome del Re da parte di giudici indipendenti e vincolati soltanto alla legge» i quali possono essere «destituiti, se non in virtù di un giudizio, sulla base di una causa prevista dalla legge» (art. 87). Per i motivi appena esposti ciò non ebbe però, come conseguenza immediata, una magistratura «ribelle» come fino alla metà dell'Ottocento ma, al contrario, una magistratura fedele al governo, che in qualche modo sembrava «aver fatto pace» con lo Stato³⁸.

Un importante passo in avanti in termini di «unità» fu conseguito infine con la già nominata legge sull'ordinamento giudiziario del 1877, che portò al riconoscimento del principio dell'indipendenza materiale (par. 1) e personale (parr. 6 e 8) del giudice per l'intero *Reich*. Tale principio non era (ancora) costituzionalmente garantito, in quanto la *Reichsverfassung* del 1871 non conteneva alcuna disposizione in proposito, facendo in tal modo un passo indietro rispetto alla (fallita) Costituzione della *Paulskirche* del 1849, la quale al par. 177 aveva previsto la garanzia dell'indipendenza personale del giudice.

Le regole menzionate rimasero in vigore anche dopo l'entrata in vigore della *Weimarer Reichsverfassung* del 1919, che a sua volta portò al riconoscimento costituzionale della garanzia dell'indipendenza del giudice per l'intero *Reich*, comunemente considerata diretta anticipatrice e modello del principio ora contenuto nell'art. 97 Grundgesetz. Oltre a garantire che «i giudici della giurisdizione ordinaria (...) non possono, senza la loro volontà, essere rimossi, né sospesi dal loro ufficio o trasferiti ad altro ufficio, o collocati a riposo se non in virtù di una decisione giudiziaria e solo per motivi e con le forme stabilite dalla legge» (art. 104), la Costituzione di Weimar fa riferimento all'indipendenza materiale del giudice stabilendo che «i giudici sono indipendenti e soggetti solo alla legge» (art. 102).

È cosa risaputa che sul finire della Repubblica di Weimar il rapporto del giudice con la legge non fosse più «quello inteso dall'art. 102»³⁹: ne rappresenta una prova esemplificativa il comunicato “ribelle” dell'associazione dei giudici al principio del 1924⁴⁰ in cui quest'ultima minacciò di disapplicare un progetto di legge governativo che avrebbe dovuto prevedere la conservazione del principio nominalistico⁴¹: comunicato che fu valutato come «apice dell'aspirazione, manifestamente dichiarata, all'emancipazione dei giudici dalla legge»⁴².

³⁸ *Ivi*, p. 311.

³⁹ H. Hattenhauer, *Richter und Gesetz (1919-1979)*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 106, 1989, 53.

⁴⁰ Il comunicato dell'associazione professionale dei giudici dell'8 gennaio 1924 è pubblicato in *Deutsche Richterzeitung*, 1924, col. 7 s.

⁴¹ In merito alla c.d. *Aufwertungsrechtsprechung* del *Reichsgericht*, finalizzata a salvaguardare il valore dei crediti pecuniari diventati privi di valore in seguito all'iperinflazione del periodo in questione, si veda, ad esempio, K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen, 1988, 55 ss.

⁴² Così F. K. Kübler, *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1963, 115.

È cosa altrettanto risaputa che durante il Terzo *Reich* il principio dell'indipendenza del giudice, seppur mai formalmente abrogato o modificato, è stato oggetto di un'interpretazione volta a tramutarlo nel suo contrario. Ciò da un lato avveniva poiché la delibera del *Reichstag* del 26 aprile 1942⁴³ - in ossequio alle parole di Hitler il quale, in un discorso dello stesso giorno ribadì che avrebbe «imposto le dimissioni» ad ogni giudice che avesse privilegiato il diritto formale e «non saprà riconoscere l'imperativo del momento»⁴⁴ - è comunemente valutato come uno svuotamento definitivo del principio sotto l'aspetto *personale*⁴⁵. Dall'altro, in quanto l'ideologia nazionalsocialista fu dichiarata fondamento di tutte le leggi⁴⁶, circostanza che di fatto portò a minare il principio dell'indipendenza *materiale*: il giudice non doveva seguire la lettera della legge qualora essa fosse in contraddizione con il «sano sentimento del popolo»⁴⁷, quest'ultimo inteso come nuova fonte di diritto nel senso di una «giustizia materiale» accanto a quella formale. In altre parole, il giudice «non era più vincolato soltanto alla legge, ma anche alla ... *Weltanschauung* del *Führer*»⁴⁸: era chiamato ad approcciarsi al caso a lui sottoposto sulla base di un «sano pregiudizio», emettendo sentenze in linea con l'ordinamento giuridico nazionalsocialista e con la volontà del regime⁴⁹. La magistratura doveva quindi essere posta al servizio di un diritto inteso quale strumento di dominio totale e, allo stesso tempo, quale mezzo finalizzato all'eliminazione di qualsiasi limite formale e materiale al potere. Sappiamo che la maggior parte dei giudici del Terzo *Reich*, e in particolare quelli operanti presso i tribunali speciali - per lo più giovani giudici formati durante il regime - non ha opposto resistenza ai *desiderata* del potere politico, ma piuttosto si è allineata ad essi⁵⁰.

Non sorprende che, dopo la caduta del regime, la formulazione della disposizione riguardante la posizione del giudice fu una delle questioni centrali nelle discussioni sulla redazione del *Grundgesetz* del 23 maggio 1949: emerse infatti

⁴³ In Reichsgesetzblatt I, 1942, p. 247.

⁴⁴ „Ich werde (...) Richter, die ersichtlich das Gebot der Stunde nicht erkennen, ihres Amtes entheben.“ Il discorso si può leggere in *Verhandlungen des Reichstages*, vol. 460, *Stenographische Berichte* 1939-1942, 109 ss.

⁴⁵ Secondo quanto stabilito dal *Reichstag*, Hitler doveva infatti godere dei diritti da lui richiesti senza «essere vincolato alle normative esistenti»; si veda per tutti R. Grawert, *Die nationalsozialistische Herrschaft*, in J. Isensee, P. Kirchhof (eds), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 1., Heidelberg 1987, 159.

⁴⁶ «L'ideologia nazionalsocialista è il fondamento di tutte le leggi basilari, come è precisato nel programma del Partito e nei discorsi del *Führer*»: così nel 1936 il capo della giustizia del Reich, Hans Frank. *Le Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters* (“Principali nozioni sulla posizione e le mansioni dei giudici”) enunciate da quest'ultimo possono leggersi in W. Hofer (ed.), *Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933-1945*, Frankfurt a. M., 1982, 101 s.

⁴⁷ R. Freisler, *Volk, Richter und Recht*, in *Deutsche Justiz*, 1935, 161.

⁴⁸ Così l'allora presidente della Corte di Appello di Amburgo, C. Rothenberger, *Die Stellung des Richters im Führerstaat*, in *Deutsches Recht* 1939, 831.

⁴⁹ Per dettagli Müller, *op. cit.*, 75 ss.

⁵⁰ La letteratura tedesca sul tema è sterminata; a titolo esemplificativo si vedano H. Schorn, *Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente*, Frankfurt a.M., 1953, Müller, *op. cit.*, M. Stolleis, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt a. M., 1994. Nella dottrina italiana, con riferimenti comparatistici alla giustizia nel fascismo, A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel periodo fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt a. M., 2005, 10 ss., 81 ss., 197 ss.

con chiarezza la necessità di istituire un'amministrazione della giustizia «indipendente, apolitica e obiettiva quale garanzia indispensabile di uno Stato di diritto»⁵¹. Il testo da ultimo adottato – che come anticipato si rifà pressoché integralmente alla lettera alla Costituzione di Weimar – non è soltanto espressione del principio della separazione dei poteri ai sensi dell'art. 20 co. 2 *Grundgesetz* e della volontà di assoggettare la giurisdizione «alla legge ed al diritto» (art. 20 co. 3 *Grundgesetz*), ma diviene anche elemento indispensabile ai fini della garanzia di un'effettiva tutela dei diritti come stabilito dall'art. 19 co. 4 *Grundgesetz*.

Giova in questo contesto tuttavia ricordare che dopo la fine del Terzo *Reich* non è mai stata realizzata l'idea inizialmente avanzata di formare una nuova generazione di giudici nonché di chiudere, per un periodo di dieci anni, tutti i tribunali tedeschi. Al contrario, il processo di denazificazione nel settore della giustizia è stato effettuato in modo talmente blando che molti degli «assassini in toga» hanno potuto beneficiare di un'«amnistia totale quasi dichiarata» (*nahezu unverhüllte Totalamnestie*)⁵². Non solo. Già all'inizio degli Cinquanta una quantità assai elevata di giudici nazionalsocialisti – i numeri oscillano tra l'80 e il 90 per cento – è stata nuovamente assunta nel pubblico servizio dalla neonata Repubblica: creando evidenti continuità e contribuendo nei decenni a seguire e plasmare, talvolta in posizioni guida, l'ordinamento giuridico del giovane Stato democratico⁵³.

4. Il controllo disciplinare e il peso dei numeri

La garanzia dell'indipendenza del giudice contenuta nel *Grundgesetz* - nei termini appena esposti - e la sua potenziale menomazione sono al centro della causa menzionata in apertura. La vicenda ha come protagonista un giudice civile di una Corte d'appello che si difende contro alcune misure disciplinari che lamentano la sua bassa «produttività»: produttività intesa in termini esclusivamente numerici, e più concretamente riferita alle molteplici cause da lui lasciate in sospeso nel momento del suo ricollocamento in un'altra sezione della stessa Corte.

È bene chiarire fin da subito che al giudice, il cui zelo e la cui serietà non vengono contestati, non si rimprovera né di non aver osservato i termini legislativi prescritti circa le tempistiche processuali⁵⁴, né di non aver rispettato il principio della «ragionevole durata del processo» nei procedimenti a lui assegnati: in tutti questi casi le misure disciplinari sarebbero state originate dall'esigenza di una tutela effettiva dei cittadini (ricomprensente anche una «componente temporale», ovvero il diritto del singolo ad un processo da svolgersi entro «tempi ragionevoli») e non avrebbero quindi potuto essere contestate⁵⁵. La richiesta a lui rivolta di

⁵¹ Deutscher Bundestag (ed.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle*, vol. 2: *Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, Boppard am Rhein, 1981, 309.

⁵² R. Bossi, *Halbgötter in Schwarz*, Frankfurt a.M., 2005, 26.

⁵³ Per tutti Müller, *op. cit.*, 204 ss.

⁵⁴ V. par. 310 *Zivilprozessordnung*; per dettagli e ulteriori riferimenti F. Wittreck, *Durchschnitt als Dienstpflicht? Richterliche Erledigungszahlen als Gegenstand der Dienstaufsicht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, 3287 ss.

⁵⁵ In merito ai criteri che contribuiscono a determinare la «ragionevole durata del processo» v. ad es. BVerfG, sentenza del 4 ottobre 1977, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*,

«fornire» numeri maggiori è invece *in primis* originata dalle politiche di bilancio del *Land* in questione, come confermano le parole molto chiare della Presidente della Corte d'appello, la quale aveva affermato che «sono le prescrizioni legislative riguardanti le risorse personali nonché l'effettivo numero di procedimenti a cui si deve fare fronte», a rappresentare «la misura vincolante per il carico di lavoro che il singolo giudice è tenuto a smaltire». Queste parole molto evidentemente alludono all'esigenza dei governi dei singoli *Länder*, specificatamente dei loro Ministeri della Giustizia, di abbassare i costi della giustizia, puntando sul risparmio e sul contenimento della durata dei processi. Ed è chiaro che più sono i procedimenti portati a termine da un giudice, meno sono i giudici di cui si ha – *rectius*: si pensa di avere – bisogno. Ma tutto ciò costituisce un circolo vizioso, in quanto le disfunzioni nella giustizia – tra cui appunto anche la scarsità di personale – «non devono combattersi sulle spese dei giudici, attraverso la richiesta di quote medie sanzionabili di lavoro esigibile», ma rappresentano, invece, un problema sociale per cui è *in primis* il legislatore ad essere chiamato a trovare una soluzione⁵⁶.

In questo contesto la Corte costituzionale federale tedesca ha più volte – e anche in tempi assai recenti – sottolineato che l'apparato giudiziario tedesco sta facendo fronte ad un carico di lavoro in continua crescita che si trova «al limite di un sovraccarico», a cui i *Länder* «non hanno dato risposta attraverso lo stanziamento di adeguate risorse personali e materiali»⁵⁷. È nella stessa sentenza, poi, che la Corte osserva criticamente come il sistema attuale di valutazione dell'attività del giudice sia «essenzialmente basato su aspetti quantitativi» e come ciò crei «ulteriori impulsi per il giudice a portare a termine la causa più velocemente possibile, accettando, allo stesso momento, *deficit* di natura contenutistica»⁵⁸. Non solo. È il giudice più diligente (e più lento) che ha la peggio rispetto al giudice «veloce» che avanza e «fa carriera», perché è quest'ultimo a «dare una mano» al Governo nel ridurre il personale e dunque a risparmiare⁵⁹: sono queste le conseguenze di un controllo disciplinare esercitato dal potere esecutivo, che ancora oggi «ha mille mani per rendere il giudice dipendente e per influenzare la giurisdizione»⁶⁰.

46, 1978, 17 ss. E, più di recente, BVerfG 1 BvR 352/00, sentenza del 20 luglio 2000, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, 214 ss.

⁵⁶ Minkner, *op. cit.* p. 210.

⁵⁷ Così in riferimento al settore penale, da ultimo BVerfG, sentenza del 14 luglio 2016, cit. In dottrina si veda Säcker, *op. cit.*, 2379. In merito a tali problematiche in Italia, R. Caponi, *European Minimum Standards for Courts: Independence, Specialization, Efficiency – A Glance from Italy*, in C. Althammer, M. Weller (eds), *Europäische Mindeststandards für Spruchkörper*, Tübingen, 2017, 158 s., il quale rileva che «vi sono solo governi incapaci di mettere le corti (...) in condizioni tali da poter assolvere ai loro compiti e far fronte ai casi pendenti», e che «l'esorbitante carico di lavoro delle corti è dovuto soprattutto al fatto che da decenni il rapporto tra il numero di giudici ed il numero di cause civili da risolvere è sfavorevole. Vi sono troppo pochi giudici rispetto alle controversie da risolvere».

⁵⁸ BVerfG, sentenza del 14 luglio 2016, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, 3711 ss., ma si veda anche già BVerfG, sentenza del 19 marzo 2013, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 133, 2013, 168 ss.

⁵⁹ Cfr. H. Prantl, *Die Entfesselung der Dritten Gewalt*, in *Süddeutsche Zeitung* del 6 aprile 2006, 28, reperibile a www.gewaltenteilung.de/788/.

⁶⁰ Così già all'inizio degli anni Cinquante Husen, *op. cit.*, 49 ss.

È quindi evidente come la pressione in tal modo esercitata – quanto meno informalmente – sui giudici, induca loro a smaltire più processi nel più breve tempo possibile, adeguandosi quindi alle politiche di bilancio in questione. Ed è altrettanto evidente come in tal modo i dettami del potere esecutivo assurgano a metro di misura per il carico di lavoro che i singoli giudici sono tenuti ad assumere, e come rischino di diventare, in ultima analisi, il metro di misura per le *modalità di applicazione ed interpretazione del diritto* da parte di ognuno di essi. Un giudice ammonito perché ritenuto troppo «lento», in fondo ha solo due opzioni: o estende il suo orario di lavoro oltre il dovuto al fine di produrre i «numeri giusti», rimanendo fedele al modo di accertamento del diritto che ritiene essere corretto sulla base delle conoscenze acquisite (tempo dedicato all'assunzione delle prove e così via); oppure cambia – contrariamente a quanto egli stesso ritiene essere corretto – le modalità di applicazione ed interpretazione del diritto⁶¹. Inizia cioè ad applicare il diritto in modo tale da raggiungere i numeri richiesti, accettando anche quei *deficit* contenutistici a cui la Corte costituzionale allude. Con il rischio, in quest'ultimo caso, che si dia origine ad una «*Rechtsprechung light*», vale a dire ad una giurisprudenza originata da esigenze proprie del potere esecutivo di ordine politico-fiscale, alle quali il giudice – costretto a produrre sempre di più in meno tempo possibile – deve sottostare. Una sorta di «giurisprudenza d'urgenza»⁶² in fin dei conti contraria alla Costituzione, in quanto non può immaginare di un diritto applicato ed interpretato alla luce delle convinzioni e del patrimonio sapienziale del giudice, ma sulla base di un predeterminato fattore tempo, da cui discende anche un rischio maggiore di commettere errori, al quale la velocità inesorabilmente espone.

5. *Quo vadis, Gerichtsverwaltung?*

Il contenzioso da cui abbiamo preso le mosse, è stato utilizzato da più parti al fine di richiamare nuovamente l'attenzione su alcuni aspetti problematici inerenti ad una giustizia amministrata dal potere esecutivo. Tra cui, *in primis*, il pericolo di un'ingerenza troppo profonda di quest'ultimo nel nucleo essenziale del terzo potere: pericolo che, come appena accennato, può verificarsi qualora le esigenze del potere esecutivo diventino il metro di misura decisivo per le modalità di applicazione e interpretazione del diritto da parte di giudici e corti. A ben vedere, è un pericolo che avverte la stessa Corte costituzionale quando ritiene inammissibile, sulla base del principio della separazione dei poteri, un «nesso personale troppo stretto (*zu enge personelle Verzahnung*) tra gli organi del potere giudiziario e quello esecutivo»⁶³.

Ma come porvi rimedio?

⁶¹ Simile Minkner, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien. Demokratische versus technische Legitimation*, Tübingen, 2015, 209 che sottolinea come un sollecito simile «contiene di fatto l'ordine di aumentare l'orario di lavoro, oppure di abbassare la propria soglia di diligenza (*Sorgfaltsmassstab*) nell'esame del caso».

⁶² Così Bossi, *op. cit.*, 267.

⁶³ BVerfG, sentenza del 9 maggio 1962, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 14, 1962, 56 ss.

Sia nella cerchia dei giudici, sia in dottrina vi è chi ritiene che l'unica via percorribile per far fronte alla potenziale minaccia dell'indipendenza del terzo potere, derivante da un sistema giudiziario amministrato dal potere esecutivo, sia una sua sostituzione con un sistema di amministrazione autonoma (*Selbstverwaltung*) che accanto all'indipendenza materiale e personale dovrebbe garantire anche quella istituzionale-organizzativa (*institutionelle Unabhängigkeit*) della giustizia. La richiesta viene motivata innanzitutto sulla base del principio della separazione dei poteri – che per via della funzione controllante del potere giudiziario nei confronti di quello esecutivo richiederebbe una «netta separazione tra il potere esecutivo e l'amministrazione della giustizia»⁶⁴ –, sostenuta dall'analisi dei modelli già presenti nella maggior parte degli Stati dell'Unione Europea⁶⁵: tutti finalizzati ad ottenere una «creatività e flessibilità provenienti dal basso», nonché giudici «impegnati, motivati e dotati di competenze sociali», non più soltanto oggetti passivi di un'amministrazione della giustizia gestita dall'alto, ma soggetti attivi partecipi di un sistema di amministrazione autonoma⁶⁶.

Tra le proposte avanzate vi è, ad esempio, l'istituzione *obbligatoria* di cc.dd. *Richterwahlausschüsse* a livello regionale. Allo stato attuale «i *Länder* possono stabilire che il Ministro della giustizia del *Land*, insieme ad una commissione appositamente formata per l'elezione dei giudici, decida in merito alla nomina dei giudici nei *Länder*» (art. 98 co. 4 Grundgesetz)⁶⁷: l'istituzione dei *Richterwahlausschüsse* è per ora soltanto facoltativa e non in tutti i *Länder* ne sono al momento previsti⁶⁸.

È da premettere inoltre che questi organi, ove presenti, non sono veri e propri enti di «autogoverno» della giustizia, ma rappresentano una categoria a parte. Questo perché sono caratterizzati da una composizione per così dire “trasversale”, in quanto si prevede, in linea di principio, la presenza di (una maggioranza di) deputati dei Parlamenti regionali e (un numero minore di) rappresentanti della giustizia, oltre che di qualche membro proveniente dalla cerchia degli avvocati⁶⁹. Ed è evidente che, così composti, questi organi non siano in grado di eliminare del tutto l'influenza del potere esecutivo, ma tutt'al più di contribuire a distribuire l'influenza di quest'ultimo su più attori, «al fine di giungere ad una eliminazione reciproca delle loro ingerenze»⁷⁰. Un obiettivo

⁶⁴ Ad esempio Th. Gross, *Erwartungen aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht*, in Albrecht (ed.), *op. cit.*, 25 ss.

⁶⁵ All'interno dell'UE occupano una posizione d'eccezione la Germania, l'Austria e la Repubblica Ceca, in quanto sono gli unici paesi membri ad aver preservato un sistema di controllo esecutivo della giustizia. Per una dettagliata analisi comparativa tra il modello italiano di amministrazione della giustizia e quello tedesco si veda nuovamente Minkner, nonché Wittreck, *op. cit.*, 555 ss.

⁶⁶ Häuser, *op. cit.*, 415.

⁶⁷ Per quanto riguarda il livello federale i veda art. 95 co. 2 Grundgesetz.

⁶⁸ Attualmente sono nove dei sedici *Länder* a prevedere tali commissioni; per una rassegna delle normative regionali si veda Minkner, *op. cit.*, 286 ss.

⁶⁹ In merito alla composizione di tali commissioni nei diversi *Länder* si veda Wittreck, *op. cit.*, 396 ss..

⁷⁰ Così Wittreck, *op. cit.*, 396.

invece del tutto utopistico qualora le commissioni siano formate unicamente da deputati dei Parlamenti regionali⁷¹.

Oltre alle differenze riguardanti la composizione degli *Ausschüsse*, alcune diversità tra i *Länder* si riscontrano anche riguardo ai rispettivi sistemi di elezione dei membri. Frequentemente i membri-deputati vengono eletti, con metodo proporzionale, dal Parlamento regionale. Ma quest'ultimo elegge anche i membri-giudici, e in alcuni *Länder* sulla base di liste *non* vincolanti di proposte derivanti dalla cerchia di giudici e avvocati⁷². Altre leggi regionali, invece, prevedono un'elezione diretta dei membri-giudici da parte dei loro stessi colleghi: cosa che non dovrebbe destare troppo stupore se si tiene conto che parliamo di un organo pensato come organo di autogoverno. Parte della dottrina contraria all'istituzione di un sistema di amministrazione autonoma discorre nel merito di leggi regionali caratterizzate da «tratti cooptativi» e di «una legittimazione solo autonoma e non democratica» dei membri-giudici eletti. E ciò, dal punto di vista costituzionale, viene considerato un problema in tutte quelle commissioni in cui non predomina una maggioranza di membri-deputati, ma una maggioranza dei membri proveniente dalla cerchia dei giudici (e eletta da questi): un simile modello sarebbe costituzionalmente illegittimo in quanto «maggiormente composto da membri la cui attività non può essere ricondotta alla volontà del popolo» e quindi non sarebbe sufficientemente legittimato sulla base dell'art. 20 (co. 1 e 2) Grundgesetz⁷³.

Al fine di prevenire simili perplessità, i promotori di un'istituzione obbligatoria dei *Richterwahlausschüsse* comunemente abbracciano l'idea di commissioni composte per due terzi da deputati regionali e per un terzo da giudici: sulla base di questi numeri si sostiene di poter «rafforzare la legittimazione democratica dei giudici», senza peraltro incorrere nel rischio di pericolose «forme di cooptazione»⁷⁴.

Accanto a quella relativa alle commissioni appena descritte, è centrale la richiesta dell'istituzione – sia a livello regionale che federale – di cc.dd. *Justizräte* o *Justizverwaltungsräte*, organi autonomi simili al CSM italiano e composti da almeno quindici componenti – questa volta in rapporto invertito, con la presenza di due terzi di giudici e un terzo di deputati dei Parlamenti – che nell'ambito dell'amministrazione del terzo potere dovrebbero assumere le competenze finora spettanti ai Ministeri della giustizia (regionali e federale). Tra i loro compiti, di conseguenza, rientrerebbero l'amministrazione delle risorse personali e materiali, e l'importante e molto dibattuto controllo disciplinare, ma non anche competenze in merito alla nomina dei giudici che invece sono riservate ai *Richterwahlausschüsse*

⁷¹ Come ad esempio nel caso della Baviera, dove la *Richter-Wahl-Kommission* del Parlamento regionale – chiamata unicamente a eleggere i membri della Corte costituzionale bavarese – è composta dal Presidente del Parlamento e da nove deputati (art. 4 co. 1 del *Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof* del 10 maggio 1990, in *Gesetz- und Verordnungsblatt*, 122, 231).

⁷² Liste vincolanti sono invece previste in Baden-Württemberg, nell'Assia, in Turinga nonché ad Amburgo ed a Brema; per dettagli Minkner, *op. cit.*, 297.

⁷³ Così per il Baden-Württemberg Wittreck, *op. cit.*, p. 400 e Teubner, *Die Bestellung zum Berufsrichter*, Entwicklung, Modelle, Analysen, 1984, Köln, 76; contra invece J. Thomas, *Richterrecht*, Köln, 1986, 62.

⁷⁴ Häuser, *op. cit.*, 82

di cui sopra. Il tutto sarebbe finalizzato a evitare, secondo i promotori, che «il potere esecutivo possa esercitare un’influenza decisiva sulla vita interna della giustizia», cosa che «mette in pericolo l’indipendenza del terzo potere»⁷⁵.

Presso la maggior parte delle forze politiche, tuttavia, simili richieste non hanno sinora trovato molta eco. E lo stesso vale per la richiesta dell’istituzione di un sistema di *Selbstverwaltung* della giustizia tedesca generale: al contrario, le numerose critiche all’interno del *Bundestag*, in merito a due disegni di legge presentati alla fine del 2012 dal partito *Die Linke*⁷⁶, hanno molto chiaramente mostrato come in Germania sia al momento ancora del tutto assente la volontà politica di promuovere una amministrazione autonoma della giustizia⁷⁷: una giustizia che già sarebbe caratterizzata da effettività, economicità e indipendenza, oltre che da uno standard molto alto di qualità che non necessita di un diverso sistema di amministrazione⁷⁸.

Anche in una comunicazione più recente del Ministero della Giustizia e per la tutela dei consumatori (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*) si afferma molto chiaramente come la maggioranza dei *Länder* sia (ancora) contraria ad un «cambiamento di rotta» che vada nella direzione di un’amministrazione autonoma della giustizia. Tale atteggiamento viene giustificato sulla base dell’assunto che «l’indipendenza del potere giudiziario possa senz’altro essere garantita anche mediante un sistema di amministrazione ministeriale della giustizia», e che quindi non vi sia la necessità di «una totale riorganizzazione delle strutture amministrative in questione»⁷⁹. Si sottolinea, poi, come nel sistema attuale siano già presenti «vasti e vari elementi di amministrazione autonoma»⁸⁰: il riferimento è innanzitutto ai menzionati *Richterwahlausschüsse* dotati di un ruolo attivo nell’ambito della nomina e della promozione dei giudici – che però, come abbiamo già accennato, non in tutti i *Länder* prevedono il coinvolgimento di

⁷⁵ Häuser, *op. cit.*, 88.

⁷⁶ V. il disegno di legge per la modifica del Grundgesetz (BT-Drucksache 17/11701) e il disegno di legge intitolato *Gesetzesentwurf zur Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz* (BT-Drucksache 17/11703); entrambi i disegni di legge si basano in larga parte sul progetto di legge della *Neue Richtervereinigung* per la modifica del Grundgesetz del 5 marzo 2011, reperibile a www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/bundesmitgliederversammlung/BMV-2011-03_Verfassungsänderung.pdf. Per una loro analisi approfondita cfr. Fuchs, *op. cit.*, 144 ss. e Minkner, *op. cit.*, 310 ss.

⁷⁷ Così anche le valutazioni di Kreth, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, in *Deutsche Richterzeitung*, 2013, 236 ss. e Minkner, *op. cit.*, 311. Secondo alcuni in dottrina il riserbo della politica è semplicemente motivato da un meccanismo di difesa dello *status quo* e quindi del proprio potere, in quanto «il più potente dei tre poteri, e cioè quello esecutivo, vuole a tutti i costi preservare la sua influenza sui propri controllori giuridici»: così P.-A. Albrecht, *Unsere Justiz braucht mehr Unabhängigkeit*, contributo del 1 febbraio 2013, in *Deutschlandfunk Kultur*, L’articolo è reperibile a www.deutschlandfunkkultur.de/unsere-justiz-braucht-mehr-unabhaengigkeit.1005.de.html?dram:article_id=236099.

⁷⁸ Minkner, *op. cit.*, 754 con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷⁹ *Antwort des BMJ vom 24.11.2014 auf eine Anfrage von M.L. Beck zu den an Deutschland gerichteten Empfehlungen der Resolution 1685 des Europarats vom 30.09.2009*, reperibile a www.drj.de/positionen/verbandsthemen/selbstverwaltung-der-justiz/.

⁸⁰ Così anche la posizione di Wittreck, *op. cit.*, 343 secondo cui l’esistenza dei diversi organi partecipanti *de lege lata* si avvicina non poco alla tanto propagata amministrazione autonoma della giustizia

rappresentanti della giustizia⁸¹ – nonché ai *Richterräte*, anch'essi già menzionati. Ulteriori elementi di amministrazione autonoma sarebbero infine riscontrabili anche in riferimento a quei poteri «originariamente rientranti nell'amministrazione esecutiva della giustizia» e successivamente invece «delegati ai Presidenti delle Corti». A tal proposito è tuttavia bene sottolineare, ancora una volta, che nel caso della delega di tali poteri, l'agire dei Presidenti delle Corti è subordinato (ed imputabile) al Ministero della Giustizia del rispettivo *Land* e quindi, in ultima analisi, al potere esecutivo: e questo è anche il caso del controllo disciplinare.

Al fine di rafforzare la propria posizione, il Ministero si basa fra l'altro sui risultati conseguiti grazie alle indagini svolte dalla c.d. commissione Albrecht, una commissione della Federazione e dei *Länder* (*Bund-Länder-Kommission*) incaricata di riferire in merito allo stato dell'autonomia del terzo potere negli altri Stati europei. Secondo quanto riportato dal Ministero, tali risultati mostrerebbero, da un lato, che in ragione della varietà delle strutture di amministrazione autonoma della giustizia presenti nei diversi paesi «non sia possibile procedere ad una valutazione uniforme dei diversi modelli giudiziari all'interno dei quali, tra l'altro, gli organi rappresentativi godono dei più diversi poteri e competenze». Dall'altro lato, l'analisi in questione documenterebbe come in Germania «non vi sia l'esigenza di apportare riforme essenziali al sistema giudiziario», anche perché la «struttura giudiziaria tedesca e l'indipendenza del terzo potere» godrebbero «di ottima fama anche nel contesto internazionale»⁸².

Può sembrare un po' bizzarro il richiamo del Governo – a sostegno della propria posizione contraria ad un'amministrazione autonoma della giustizia – a una ricerca condotta da uno tra i più convinti oppositori di un sistema dominato dal potere esecutivo⁸³. In effetti un'analisi più approfondita di questa indagine – basata in particolare su un confronto con i sistemi di amministrazione della giustizia olandese, italiano, polacco e svizzero – mostra con molta evidenza come essa non si esprima a favore del perdurare dello *status quo* del sistema tedesco esistente. Vi si legge, anzi, che l'autonomia del terzo potere in uno Stato di diritto democratico sia una «conseguenza necessaria del principio della separazione dei poteri», nonché «cosa imprescindibile per tutti i livelli del sistema giudiziario». Diversamente, i sistemi duali di *governance* divisa «rappresentano dei fattori di distorsione/disturbo per l'autonomia del terzo potere» e «riducono considerevolmente il livello di autonomia nonché l'efficienza e la qualità della giurisdizione»⁸⁴.

Comunque sia, per ora le cose non sembrano destinate a cambiare. Confermando l'orientamento della dottrina secondo cui l'attuale modello di amministrazione della giustizia è, «ora come allora, un modello senza

⁸¹ Per approfondimenti anche Gross, *op. cit.*, 25 ss.

⁸² *Antwort des BMJ vom 24.11.2014 auf eine Anfrage von M.L. Beck zu den an Deutschland gerichteten Empfehlungen der Resolution 1685 des Europarats vom 30.09.2009*, cit.

⁸³ I risultati di questa indagine si leggono in «*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*» 7/2014, 337 ss., reperibile a www.jura.uni-frankfurt.de/55488032/KritV_4_2014.pdf.

⁸⁴ *Ivi*, 419.

alternative»⁸⁵: un sistema di amministrazione autonoma della giustizia tedesca «non aumenta automaticamente l'indipendenza dei giudici»⁸⁶, e anzi «porterebbe completamente fuori strada». Ciò, da una parte, in ragione della presunta insufficiente legittimazione democratica degli organi autonomi così come sono stati progettati, organi la cui creazione ridurrebbe ulteriormente il livello di legittimazione del terzo potere, già ora caratterizzato da un «deficit di democrazia e di controllo». E dall'altra perché i «veri pericoli per l'indipendenza del giudice derivano da altri giudici e non dal potere esecutivo»: nel caso dell'istituzione di un sistema giudiziario amministrato dalla giustizia stessa, con commissioni e organi maggiormente composti da giudici e dotati di competenze (anche) nell'ambito del controllo disciplinare, si temono infatti «ingerenze molto più vaste se confrontate con quelle oggi esercitate da un potere esecutivo piuttosto reticente»⁸⁷. In tale prospettiva, la richiesta dell'introduzione di un sistema di amministrazione autonomo della giustizia rappresenta quindi nulla più che un «tentativo di isolamento istituzionale» del terzo potere nei confronti del potere esecutivo e di quello legislativo⁸⁸.

Una posizione, quest'ultima, opposta a quella di chi è fermamente convinto che le strutture gerarchiche della giustizia al momento esistenti, dominate dal potere esecutivo, rappresentino i veri pericoli per l'indipendenza del terzo potere, e siano «più adatte allo Stato autoritario del secolo scorso che ad uno Stato di diritto democratico».⁸⁹ E opposta a quella di chi già all'inizio degli anni Cinquanta aveva avviato tutto il dibattito, sostenendo che «la vera piaga (*Grundübel*) di tutto il sistema sia la nomina dei giudici da parte del potere esecutivo», e che l'indipendenza del giudice «sarà una menzogna finché questo sistema continua a esistere»: e invero, «come può essere indipendente un giudice che per l'avanzamento in carriera dipenderà per tutta la sua vita dal potere esecutivo?»⁹⁰.

Il fatto che il sistema tedesco di amministrazione della giustizia non stia al passo con i tempi, viene confermato anche da una Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che oramai ben dieci anni fa ha espressamente invitato – sinora invano – la Germania di «introdurre, secondo il modello di numerosi Stati europei, un sistema di amministrazione autonoma della giustizia»: dotandosi di un Consiglio Superiore della Magistratura, «composto

⁸⁵ Wittreck, *op. cit.*, 244, nt. 437.

⁸⁶ Così, con riferimento al sistema di amministrazione della giustizia in Italia Minkner, *op. cit.*, 771.

⁸⁷ Cfr. F. Wittreck, *op. cit.*, 173 ss., 183 ss.

⁸⁸ Si veda ancora Wittreck, *op. cit.*, 642 e, più di recente, anche Minkner, *op. cit.*, 751 ss.

⁸⁹ H. Häuser, *op. cit.*, p. 417. A favore di un sistema di amministrazione autonoma anche U. Hochschild, *Von den Möglichkeiten der deutschen Exekutiven zur Beeinflussung der Rechtsprechung*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, 65 ss.; U. Engelfried, *Geänderte Richterbilder – notwendige Veränderung oder Missbrauch der Dritten Gewalt*, in *Betrifft Justiz*, 2013, 116 ss.; G. Kirchhoff, *Erledigung als Dienstpflicht*, in *Betrifft Justiz*, 2014, 12 s.; F. Schreiber, F. Nolte, *Ein Richter scheidet aus dem Justizdienst aus*, *ivi*, 16. Per una panoramica delle posizioni cfr., per tutti, Fuchs, *op. cit.*, 72 ss.

⁹⁰ Husen, *op. cit.*, 49 ss.

almeno per la metà da giudici» e dotato di «un'influenza decisiva su tutte le questioni del personale»⁹¹.

Per non parlare, infine, dei criteri stabiliti dalla stessa Unione Europea per l'adesione di nuovi Stati membri, secondo cui «l'autorità competente per la selezione e la carriera dei giudici dovrebbe essere autonoma dal potere esecutivo»⁹²: potremmo dire che la Germania, se non fosse già uno stato chiave dell'UE, da quel punto di vista sarebbe un candidato piuttosto a rischio.

⁹¹ Cfr. Resolution (2009), n. 1685, *sub* 3.3.1., 3.3.2., 5.4.1. La risoluzione è reperibile a assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17778&lang=en. V. anche già nt. 79.

⁹² Per dettagli G. Mackenroth, H. Teetzmann, *Mehr Selbstverwaltung der Justiz – Markenzeichen zukunftsfähiger Rechtsstaaten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002, 339.

La riforma della Costituzione cinese: un'analisi della revisione costituzionale del 2018 e dei suoi caratteri principali

di Federico Spagnoli

Abstract: The revision of the Chinese Constitution: an analysis of the 2018 constitutional amendment and its major features – This essay aims to analyse the most recent amendment to the People's Republic of China's Constitution, which has been approved by the National People's Assembly of the PRC in March 2018. By examining the contents of the amended constitutional provisions and considering China's current political context, I intend to identify the institutional and political reasons of the changes, especially those which concern the removal of term limits for the PRC President, the constitutional recognition of the Chinese Communist Party and the introduction of the Supervision Commissions, in order to highlight how they could serve President Xi Jinping's political purposes.

Keywords: Constitutional amendment; Chinese Constitution; 1982 Constitution of the People's Republic of China; National People's Assembly; Chinese Communist Party.

129

1. Introduzione e schema

La più recente riforma della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese, approvata nel marzo del 2018 dall'Assemblea Popolare Nazionale, ha avuto una vasta risonanza mediatica a livello internazionale, soprattutto per quanto riguarda la sua asserita strumentalità all'affermazione del potere politico dell'attuale Presidente Xi Jinping. Questi, come si avrà modo di esporre, vede il formale riconoscimento costituzionale della sua ideologia di governo, nonché un significativo ampliamento al suo spazio di manovra politico e alle sue prospettive di permanenza in carica. Tuttavia, a volersi dimostrare obiettivi, occorre osservare che nei *media* occidentali si è attribuito un peso preponderante, forse eccessivo, alla suddetta motivazione politica della riforma¹, col risultato di oscurare, specie per i non addetti ai lavori, modifiche del testo non meno interessanti ed importanti ma afferenti ad aspetti per così dire meno "appariscenti".

Per un'analisi che voglia dirsi scientifica, è invece necessario tenere conto del complessivo contesto politico, ma anche giuridico, dottrinale e sociale nel quale si inserisce la scelta di emendare la Costituzione in un certo modo, ed alla luce del

¹ Basti considerare, fra i titoli dei quotidiani, un esempio come il seguente: "Cina, approvata riforma della Costituzione: Xi Jinping presidente a vita" (*La Repubblica*, 11 marzo 2018, reperibile all'indirizzo www.repubblica.it/esteri/2018/03/11/news/cina_xi_jinping_limite_mandati_presidenziali-190979677/).

quale le modifiche introdotte assumono un significato più o meno preciso, al fine di rispondere ad esigenze avvertite nel mondo politico e nella società civile. Ci proponiamo, dunque, di spiegare la reale portata e rilevanza della recente revisione costituzionale cinese sulla base di un esame accurato delle disposizioni approvate dall'Assemblea Nazionale, in modo da non trascurare anche le innovazioni che non riguardano il Presidente della Repubblica ma che contribuiscono, nondimeno, a far percepire che ci troviamo di fronte ad una svolta assai importante per la storia costituzionale di questo Paese.

Ad ogni modo, per capire le origini e lo scopo della riforma, è opportuno compiere anche alcuni passi indietro per osservare la questione da una prospettiva più ampia. Non sarà quindi inutile alludere brevemente alle passate esperienze costituzionali della Repubblica Popolare, rievocando in sintesi le caratteristiche basilari dell'ordinamento istituito dalla Carta del 1982 e delle principali revisioni ad essa apportate, al fine di comprendere le basi sulle quali è stato inserito l'ultimo tassello del mosaico. A questo scopo sarà utile aggiungere considerazioni sui concetti di costituzione e costituzionalismo (come si vedrà, tutt'altro che necessariamente coincidenti) in Cina, e su alcune delle problematiche che negli ultimi anni maggiormente hanno interessato le questioni dell'evoluzione costituzionale e della possibile trasformazione della Cina in uno Stato (più o meno) ispirato ai principi dello Stato di diritto/*rule of law*. Dopodiché, si passerà ad analizzare nello specifico le disposizioni contenute nella nuova legge di revisione costituzionale, cercando di rintracciare per ognuna di esse l'origine e la motivazione, nonché i possibili risvolti concreti e l'impatto che, alla luce di tutta una serie di fattori, sono in grado di dispiegare in futuro sull'ordinamento costituzionale cinese, per poi trarre delle brevi e sintetiche conclusioni.

2. Le Costituzioni cinesi: teoria e pratica. Costituzioni senza costituzionalismo? Le revisioni precedenti e la possibile evoluzione verso la *rule of law*

Se vogliamo comprendere i mutamenti presenti e le loro conseguenze future, dunque, non si può prescindere dal rivolgere uno sguardo al passato ed all'evoluzione che si è gradualmente snodata nel corso del tempo. Con riferimento alla Cina, questo implica un accenno ai vari documenti costituzionali succedutisi e soprattutto ai loro caratteri comuni. Fra questi risalta, anzitutto ed ovviamente, l'appartenenza ad un ordinamento dichiaratamente di matrice socialista, cosa che comporta che tutte e quattro le Costituzioni della Repubblica Popolare si siano conformate a certe caratteristiche proprie di quella famiglia giuridica ed alle sue peculiari concezioni in materia di diritto pubblico e costituzionale².

Lo stesso modello di costituzione propugnato dal pensiero politico socialista diverge profondamente da quello accolto dalla dottrina costituzionale tipica dei Paesi (prevalentemente occidentali) che hanno quale forma di Stato quella

² Per lavori monografici dedicati all'ordinamento costituzionale cinese si vedano, fra i tanti, M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Milano, 2006, e A. Rinella, *Cina*, Bologna, 2006. Osservazioni interessanti e chiarificatrici sono offerte anche da J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, in "POLIS Working Papers" Working paper n. 78, ottobre 2006 (reperibile all'indirizzo: polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther78.pdf).

democratica pluralistica che affonda le proprie radici nella dottrina politico-giuridica nota come “costituzionalismo”³, sorta a seguito delle rivoluzioni liberali a cavallo fra XVIII e XIX secolo ed evolutasi e consolidatasi nel secolo successivo, con la trasformazione dello Stato liberale classico in Stato sociale e costituzionale. La concezione prevalente in questi ultimi, infatti, è quella di un documento normativo giuridicamente vincolante, sovraordinato ad ogni altra fonte dell’ordinamento, che si propone di limitare il potere politico imponendo condizioni al suo esercizio e disciplinando i rapporti fra governanti e governati e fra le varie istituzioni in modo da delineare la forma di Stato e di governo di un Paese.

I limiti in questione si traducono normalmente nella previsione di un insieme di garanzie istituzionali ed individuali, riconducibili, fra l’altro:

- al paradigma della separazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, assegnati alla titolarità di organi distinti ed indipendenti fra loro;
- all’adozione di meccanismi di democrazia rappresentativa volti ad assicurare che i governanti esercitino il potere sulla base del consenso dei governati, con una varietà di forme istituzionali che corrispondono alle diverse forme di governo;
- all’affermazione dell’uguaglianza (dapprima solo formale, poi anche sostanziale) e dell’autonomia dei singoli cittadini, portatori di interessi anche contrapposti;
- al riconoscimento e alla protezione dei diritti del singolo nei confronti del pubblico potere, con un particolare accento sui diritti civili e politici, volti a limitare le intrusioni pubbliche nella sfera delle libertà private e a garantire la partecipazione del cittadino alle forme democratiche di esercizio del potere, e alla sottoposizione di ogni azione delle istituzioni alla legge democraticamente formata, fonte della loro legittimità (Stato di diritto e principio di legalità);
- nella versione più recente del costituzionalismo, alla diretta applicabilità e giustiziabilità delle disposizioni costituzionali, soprattutto di quelle in tema di diritti, che cessano così di avere un valore meramente programmatico, ed alla previsione di strumenti di garanzia del rispetto della costituzione attraverso un controllo di costituzionalità su leggi ed altri atti giuridici affidato a giudici speciali o ad organi appositi.

Ben diversi, invece, i caratteri che si riscontrano negli ordinamenti socialisti, e quindi anche nella realtà cinese, che generalmente si conformano ad alcuni principi comuni⁴, fra i quali spiccano:

³ Per un utile riassunto si consultino L. Pegoraro- A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 59 ss., che ripercorrono le origini e le distinzioni fra le varie teorie del costituzionalismo, dal liberalismo oligarchico ottocentesco fino all’approdo allo Stato di democrazia pluralista. Sulla circolazione fra ordinamenti dei diversi modelli di organizzazione costituzionale si veda G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 337 ss.

⁴ Per una panoramica di massima sui connotati di questi ordinamenti, sia passati che tuttora vigenti, si consulti P. Carrozza, *Il diritto socialista*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari,

- la mancata adesione al concetto liberale di separazione dei poteri, poiché il potere dello Stato è concepito come unitario ed indivisibile ed è attribuito interamente alla titolarità dell'organo parlamentare rappresentante della sovranità popolare, che si limita ad assegnare l'esercizio concreto delle funzioni agli altri organi statali senza spogliarsene formalmente⁵;
- il riconoscimento di un ruolo istituzionale ad un partito unico/dominante, guida delle forze politiche e sociali impegnate nella transizione verso il socialismo;
- elezioni formalmente corrette, ma non realmente democratiche e competitive, cui si aggiungono i principi della dittatura del proletariato, del centralismo democratico e della doppia dipendenza che consolidano il predominio politico ed istituzionale del partito e degli organi rappresentativi nei quali esso si incarna;
- una concezione dei diritti tutelati strumentale agli obiettivi di lungo periodo dell'ordinamento, volta a privilegiare la soddisfazione dei diritti sociali rispetto ai classici diritti politici e civili liberali (visti come necessariamente influenzati dai sottostanti rapporti di forza economici).

Soprattutto, nei Paesi socialisti, che si rifanno come base alle dottrine del marxismo-leninismo, sia pure con varie rielaborazioni a livello locale, la Costituzione ha sempre avuto un valore diverso rispetto a quello propugnato dal costituzionalismo occidentale. In un ordinamento che aspira a raggiungere un traguardo rivoluzionario abbattendo l'ordine socio-politico preesistente per sostituirlo con un altro, basato sul predominio della classe sociale degli sfruttati e destinato a sfociare nella realizzazione del comunismo puro, con la fine dello Stato e del diritto, la Costituzione, come il resto del diritto in generale, non costituisce un obiettivo di per sé, ma un mezzo verso il fine succitato. Ecco che la carta costituzionale, anziché quelle della legge suprema, assume principalmente le vesti della “costituzione-bilancio”⁶, il cui scopo primario è quello di tirare le somme, specie nei lunghi ed articolati preamboli, di una determinata fase del percorso rivoluzionario, riepilogando i risultati raggiunti e gli obiettivi economici, politici e sociali⁷. Poiché la realtà economica e sociale sottostante al sistema giuridico muta

Diritto costituzionale comparato, Tomo I, Bari, 2014, 629-661, nonché M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2016, 48 ss.

⁵ Mancata adesione che peraltro, come osserva P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *L'amministrazione locale in Europa Volume primo. U.R.S.S.- Repubblica Socialista Cecoslovacca- Repubblica Popolare Polacca- Repubblica Democratica Tedesca*, Vicenza, 1964, 13, assume il duplice significato di rigetto della classica dottrina della tripartizione dei poteri e quello di rifiuto della “distinzione, tradizionale nei Paesi dell'Occidente, fra *organizzazione dello Stato* (inteso in senso stretto) ed *organizzazione delle varie collettività locali* [...]”.

⁶ Secondo l'espressione impiegata da P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 634: “[...] in quanto dirette a registrare i progressi e le innovazioni raggiunte grazie alle linee politiche tracciate dai programmi del partito comunista, programmi dei quali la Costituzione finisce per essere la formalizzazione normativa”.

⁷ Non senza differenze nel modo di intendere tale carattere programmatico, come riporta J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., 13: se ad esempio la Costituzione sovietica del 1936 “aveva più una funzione di ratifica, certificazione e conservazione dei progressi e delle conquiste realizzate (o finte) dall'avanguardia, la funzione delle costituzioni

continuamente, quest'ultimo dovrà progressivamente adeguarsi mediante revisioni costituzionali o l'adozione di nuovi testi (il che spiega il succedersi di carte ad intervalli di qualche decennio in Paesi come URSS e Repubblica Popolare Cinese). La Costituzione ha, perciò, un valore prettamente politico più che giuridico, programmatico più che giustiziabile, segue l'evoluzione socioeconomica e difficilmente è comprensibile se non viene integrata dal riferimento alla linea politica ed allo statuto del partito dominante. Inoltre, la sua interpretazione e tutela contro possibili violazioni sono lasciate ad organi di tipo politico, ossia, come si accennerà più tardi, all'Assemblea medesima, mancando una figura di giudice costituzionale neutro e specializzato.

Questi caratteri si ritrovano anche nell'ordinamento cinese, che sin dalle origini si è contraddistinto per l'adesione generale (ma con connotati a volte del tutto particolari, frutto dell'eredità storica e politica del Paese) al modello socialista originariamente sperimentato in Unione Sovietica, anche se ognuna delle sue costituzioni ha segnato uno stadio distinto di sviluppo della strada percorsa dalla Cina sotto la guida politica del Partito Comunista Cinese⁸.

Tralasciando di soffermarci sulle Costituzioni del 1954, 1975 e 1978 (emblematiche, rispettivamente, del periodo iniziale di transizione al socialismo, della deriva antilegalista che caratterizzò l'epoca della Rivoluzione Culturale e dell'affermazione del culto della personalità di Mao e dell'epoca di riforme ed apertura successiva all'ascesa al potere di Deng Xiaoping)⁹, ci concentreremo su quella del 1982, tuttora vigente, mirando a fornirne come premessa un quadro sintetico ma accurato.

La sua intelaiatura di base è offerta dai quattro principi fondamentali (c.d. "cardinali") ricordati nel Preambolo¹⁰: si tratta del primato del Partito Comunista, della previsione delle linee politiche destinate a guidare l'azione del Partito stesso, della dittatura democratica del popolo e dell'adesione alla via socialista, che contribuiscono a distanziare in modo piuttosto netto l'ordinamento cinese da quelli

degli altri paesi socialisti in costruzione non poteva non avere anche degli strumenti programmatici. La costituzione-bilancio, detto altrimenti, non poteva aver solo una parte di consuntivo, essere sovrastruttura del passato, doveva anche avere un preventivo, essere sovrastruttura dell'agire politico futuro".

⁸ Sulla storia delle costituzioni cinesi si rimanda a M. Mazza, *La Cina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I 663 ss, nonché a C. Mugelli, *L'incontro con la Cina*, in V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino, 2018, 518 ss.

⁹ Per maggiori informazioni su questi testi si rimanda a J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., 16 ss., M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 1 ss, o anche, per una trattazione sintetica ma precisa, R. Tarchi (a cura di), *Appunti di diritto cinese*, reperibile all'indirizzo: web.jus.unipi.it/wp-content/uploads/2014/05/Diritto_cinese.pdf, 15 ss. Essi sono stati preceduti dal *Programma comune* del 1949, adottato immediatamente prima della nascita della Repubblica Popolare, sul quale si veda A. Rinella, *Cina*, cit., 27 s.

¹⁰ Riportato integralmente in V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., 587 ss. Per una traduzione in italiano del testo originario della Costituzione si veda il sito

www.tuttocina.com/Mondo_cinese/043/043_cost.htm#.W9loUeJRfv8; per la versione in inglese si consulti il sito ufficiale dell'Assemblea Popolare Nazionale (www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm), aggiornato alla riforma del 2004.

democratici pluralisti¹¹. Non ci può essere una reale competizione fra forze politiche diverse (pur aderendo in teoria ad sistema politico multipartitico), perché ad una di esse, il Partito Comunista Cinese, spetta esplicitamente un ruolo del tutto speciale di guida dell'ordinamento, secondo i sentieri tracciati dal pensiero dei suoi esponenti più importanti, verso un fine del quale si prospetta il raggiungimento in un periodo più o meno lungo, attraverso diverse fasi intermedie.

Finché è destinato ad esistere, lo Stato socialista cinese adotta l'organizzazione ed i metodi di funzionamento ritenuti più adatti ai fini che si propone, fra cui, come già notato, il ripudio del concetto (derivante dal pensiero di Locke e Montesquieu) di "separazione dei poteri", con l'attribuzione di ogni potere dello Stato alle assemblee popolari (di livello sia nazionale che locale) monopolizzate dal partito guida. Queste a loro volta, per inevitabili ragioni pratiche, delegano l'esercizio di parte dei poteri a tutta una serie di organi amministrativi e giudiziari, chiamati ad agire con riferimento ai casi di specie: Consiglio degli Affari di Stato e governi territoriali, Corti del popolo e Procure del Popolo, inquadrati in una rigorosa struttura gerarchica dal vertice alla base. Nonostante ciò essi non possono dirsi effettivamente autonomi dal potere politico, vista la varietà di disposizioni costituzionali che prevedono forme di controllo, supervisione e dipendenza dall'Assemblea Popolare Nazionale (e, analogamente, dalle assemblee popolari di livello provinciale, regionale, cittadino etc.) nei loro confronti¹² (senza contare poi, il ruolo ancora predominante e pervasivo del Partito Comunista, nonostante la sua mancata espressa menzione nella Costituzione del 1982).

Quanto alla forma di governo delineata, in linea con la prassi precedente essa differisce in una certa misura da quella sovietica classica¹³. Abbiamo un'Assemblea Nazionale (eletta indirettamente dalle assemblee territoriali e dalle forze armate) assai consistente numericamente e che si riunisce solo sporadicamente, al cui interno è istituito un organo parlamentare ristretto (Comitato Permanente) deputato ad esercitare le funzioni dell'Assemblea nei lunghi intervalli fra sessioni, e che di fatto costituisce l'organo legislativo preminente. Il Consiglio degli Affari di Stato (ossia il Governo nazionale) è il vertice dell'apparato amministrativo ed è dotato di funzioni esecutive delle decisioni degli organi parlamentari, verso i quali è responsabile; la Commissione Militare Centrale risponde all'esigenze di sottoporre le forze armate al controllo popolare attraverso l'Assemblea Nazionale¹⁴; infine, il Presidente della Repubblica, di elezione parlamentare, è titolare di incombenze prevalentemente cerimoniali. Per quanto riguarda aspetti diversi da quelli istituzionali, pur abbandonando i tratti più ideologici delle

¹¹ Un'analisi dettagliata di ciascuno di essi si rinviene in M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 17 ss.

¹² Si vedano a questo proposito gli artt. 62, 63, 64, 92, 107 Cost.

¹³ Come osservano correttamente L. Pegoraro- A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 344.

¹⁴ Come scrive M. Mazza, *La Cina*, cit., 674: "Nella storia del diritto costituzionale cinese vi è sempre stato uno stretto intreccio tra istituzioni militari, statali e partitiche", anche perché le due Commissioni militari (quella prevista dalla Costituzione e quella istituita presso il Partito) sono composte, per consuetudine, dalle stesse persone fisiche.

costituzioni precedenti anche quella del 1982 assegna un ruolo chiave allo Stato nell'economia, e, pur ampliando notevolmente la casistica e l'importanza dei diritti tutelati, riconoscendo a livello formale molti dei diritti di libertà propri delle costituzioni liberali (es. libertà di pensiero, di riunione, di religione etc.)¹⁵, non viene meno la centralità di quelli sociali e la loro finalizzazione alla costruzione di un nuovo assetto socioeconomico.

Tuttavia il testo originario, venendo ad inserirsi in un'epoca nella quale si ponevano esigenze pressanti di apertura e rinnovamento economico, fu ben presto interessato da importanti riforme, proseguite anche in seguito¹⁶: prima della revisione del 2018, si sono contate quelle del 1988, 1993, 1999 e 2004, ognuna delle quali ha interessato settori specifici, senza però mutare in maniera radicale lo sfondo politico-istituzionale¹⁷.

Le prime due riforme si sono concentrate principalmente su questioni economiche, mirando a contemperare il mantenimento di un ordinamento dichiaratamente socialista e caratterizzato dalla predominanza del Partito Comunista con la previsione di forme di economia privata ispirate a modelli capitalisti¹⁸.

La riforma del 1999, oltre a dare valore costituzionale al pensiero di Deng Xiaoping, da una parte elevò l'economia privata a "importante aspetto costitutivo dell'economia socialista di mercato", dall'altro incise sull'articolo 5, 1° comma per affermare che "La Repubblica Popolare Cinese pratica il governo della legge e costruisce uno stato fondato sul governo della legge socialista"¹⁹. Per via delle potenziali implicazioni di questa innovazione per l'intero ordinamento cinese, nonché al fine di tracciare un parallelo con una nuova previsione in materia introdotta nel 2018, torneremo ancora con maggiori dettagli sull'argomento della *rule of law*.

Infine, le riforme del 2004 si pongono nella scia di una continua liberalizzazione dell'ordinamento cinese dal punto di vista sia economico che dei diritti e delle libertà²⁰, col riconoscimento formale e la garanzia della proprietà privata dei cittadini e l'esplicita previsione di un impegno dello Stato a rispettare

¹⁵ Concepiti comunque come non assoluti e soggetti a deroga per la tutela di interessi generali, anche per l'influenza delle tradizionali concezioni delle culture asiatiche in materia di bene comune ed armonia della collettività, come rileva A. Rinella, *Cina*, cit. 107 ss.

¹⁶ C. Minzner, *China After the Reform Era*, in 26 *J. of Democracy* 129 (2015) (reperibile all'indirizzo:

ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1653&context=faculty_scholarship), 130 s., sottolinea come una maggior istituzionalizzazione del potere, una minor ideologizzazione della burocrazia ed una rinascita del diritto fossero nell'interesse dell'*élite* del Partito dell'epoca, spingendole a promuovere le riforme.

¹⁷ Peraltro in tutte e quattro le revisioni, a giudizio di C. Mugelli, *L'incontro con la Cina*, cit., 531; "[...] è possibile ravvisare la strumentalità degli emendamenti rispetto alla politica della "porta aperta" iniziata da Deng Xiaoping".

¹⁸ Sull'argomento si rimanda a P. Corradini, *Riforme costituzionali*, in *Mondo cinese* n. 100, gennaio 1999 (reperibile all'indirizzo www.tuttocina.it/Mondo_cinese/100/100_corr.htm).

¹⁹ Citato *ibidem*.

²⁰ Si segnala inoltre, come ricorda A. Rinella, *Cina*, cit., 33, l'inserimento nel Preambolo del concetto di "civiltà politica" e della teoria della "triplice rappresentanza" formulata nel 2000 dall'allora Segretario Generale del Partito Comunista e Presidente della Repubblica Jiang Zemin (ne riparleremo in seguito).

e proteggere i diritti umani (art. 33), per quanto sia forte il sospetto che quest'ultima costituisca un avvicinamento puramente cosmetico agli *standard* di tutela dei diritti fondamentali stabiliti dai trattati internazionali in materia, senza dar luogo a risvolti concreti²¹.

Riepilogati i principali cicli costituenti e di revisione costituzionale cinesi precedenti alla riforma oggetto del nostro interesse, prima di passare all'argomento principale di quest'articolo si può rilevare come le diverse revisioni non abbiano intaccato il peculiare ruolo e valore che la Costituzione ha assunto nell'ordinamento socialista cinese. Ne consegue che, pur adottando lo strumento della costituzione al fine di dare un'organizzazione stabile e razionale ai rapporti fra governanti e governati ed all'architettura istituzionale del potere politico (ossia alla forma di Stato e di governo), le autorità cinesi non hanno inteso recepire i principi ed i valori storicamente all'origine di tale fonte, ossia hanno prodotto costituzioni senza abbracciare il costituzionalismo²².

Traspare una concezione della Costituzione del tutto pragmatica ed utilitaristica, dove essa è ben lungi dall'essere considerata la fonte suprema dell'ordinamento, capace di imporsi sulla politica e di guidare lo sviluppo sociale ed economico: in questo caso è piuttosto vero il contrario, ed è il diritto che deve adeguarsi all'evoluzione della società, inseguendola continuamente e mutando ogniqualevolta l'autorità che detiene il potere politico lo ritenga necessario o opportuno. La costituzione finisce così, di fatto, per essere banalizzata e portata al livello delle altre fonti subordinate, diventando essenzialmente flessibile e disponibile da parte dei decisori politici, togliendo valore a garanzie e procedure formalmente previste per la sua modifica²³. Da una parte, alcuni autori hanno persino teorizzato un concetto di "violazione positiva" della Carta, giustificata almeno in certe situazioni²⁴, dall'altra un esame dei casi concreti di revisione mostra come essi siano sempre stati voluti dal Partito e le istituzioni statali si siano limitate a seguirne più o meno pedissequamente le indicazioni.

Tutto questo nonostante che l'art. 5 proclami apertamente il valore giuridico della Carta stessa, insistendo che essa rappresenta il vertice della gerarchia delle fonti, al quale leggi e regolamenti sono tenuti a conformarsi e che ogni attore dell'ordinamento, pubblico e privato, deve rispettare²⁵, e proteggendola con la richiesta di una maggioranza qualificata per emendarla, oltre a delineare una forma di controllo di costituzionalità (sia pure embrionale e del tutto teorica, in quanto

²¹ Lo suggeriscono L. Pegoraro-A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 109.

²² Così *ibidem*. Vedi anche Q. Zhang, *A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China*, in *I•CON* (2010), Vol. 8 No. 4, 950–976 (reperibile all'indirizzo: academic.oup.com/icon/article/8/4/950/667092), che analizza possibili vie alternative di affermazione delle previsioni costituzionali sui diritti, e riconosce che, nonostante la diffusa disapplicazione di molti dei suoi contenuti, la Costituzione del 1982 può comunque svolgere importanti funzioni politico-giuridiche.

²³ Sulle quali ci concentreremo più specificamente nella prossima sezione.

²⁴ Approfondiscono questa tesi L. Pegoraro-A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 108.

²⁵ Sulla Costituzione cinese come fonte suprema dell'ordinamento si veda F. R. Antonelli, *La "Legge sulla Legislazione" ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, in *Mondo Cinese*, n. 119, aprile-giugno 2004 (reperibile all'indirizzo www.tuttocina.it/Mondo_cinese/119/119_anto.htm, 26 s.).

affidata *ex art.* 62, n. 2 Cost. all'Assemblea Nazionale, ossia al legislatore stesso²⁶). In definitiva, tutto concorre ad indicare che nella realtà cinese la Costituzione è cedevole di fronte alle decisioni politiche²⁷, e che ogni norma di condotta che il pubblico potere si impone per esercitare il proprio ruolo è sostanzialmente una mera autolimitazione²⁸.

Tenendo presenti queste premesse storiche, politiche e giuridiche, molti aspetti relativi alla recente riforma risulteranno più comprensibili.

3. La riforma costituzionale del 2018: introduzione. Il contesto politico e le questioni principali sullo sfondo. Modifiche implicite e formali: la procedura costituzionale di revisione ed il ruolo di fatto del Partito

Come ricordavamo all'inizio, la revisione del 2018 è la prima ad interessare la Costituzione del 1982 a partire dal 2004, con un numero di modifiche peraltro assai rilevante. Rispetto alla precedente occasione molte cose erano cambiate, dal punto di vista politico e sociale, fornendo così uno scenario totalmente mutato che, da parte sua, offriva un clima favorevole al cambiamento.

In particolare era mutata la *leadership* politica, e con essa la linea fondamentale di governo, con l'avvento al potere di Xi Jinping, succeduto al suo predecessore Hu Jintao nelle cariche di Segretario Generale del Partito Comunista Cinese e Presidente della Repubblica Popolare (nonché come Presidente di entrambe le Commissioni Militari Centrali, quella del Partito e quella della Repubblica Popolare) fra il 2012 ed il 2013, secondo l'abituale percorso dei *leader* cinesi successivi a Mao e Deng. Sin dalla sua ascesa al potere, il Presidente Xi si è subito distinto per alcune sue politiche condotte energicamente, quali la lotta all'endemica corruzione nella pubblica amministrazione e nelle istituzioni, oppure l'affermazione di una retorica di rinascita nazionale dai toni fortemente nazionalisti e competitivi secondo la nuova formula del "Sogno Cinese", oltre a sottolineare l'importanza di un aumento del benessere della popolazione e di uno sviluppo sostenibile. Ha avuto parallelamente luogo in via di fatto un processo di

²⁶ Come sottolinea G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 325, negli ordinamenti socialisti l'assemblea "era, ed è ancora in Cina, formalmente considerata il supremo organo del potere statale, e quindi non censurabile da altre istanze, mentre il principio della "unicità del potere" statale non rende configurabile una istanza di controllo giurisdizionale contrapposta a quella assembleare". Per un approfondimento circa la disciplina attuale del controllo di costituzionalità in Cina, con le sue varie tecniche e fattispecie, si veda M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 137 ss., che nota, comparando le previsioni in materia delle varie Costituzioni cinesi, come nel corso del tempo "il baricentro del sindacato di costituzionalità" si sia progressivamente spostato "lungo la direttrice che va dal *plenum* dell'Assemblea parlamentare nazionale al Comitato permanente della stessa, fermo restando che la supervisione costituzionale si configura tuttora come *rule of assembly*, nonché come controllo sugli organi più che come controllo sugli atti".

²⁷ Secondo quello che per P. Carrozza, *Il diritto socialista*, cit., 648 è " un canone costante della dottrina dello Stato marxista-leninista".

²⁸ Anche se, come riassume R. Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge, 2002, 213, con riguardo alla tendenza attuale, "whereas in the Mao era, CCP policies substituted for or trumped laws, CCP policy is now to be transformed into laws and regulations by entities authorized to make law in accordance with stipulated procedures for law-making".

accrescimento ed accentramento dei poteri del nuovo Segretario-Presidente, volti ad aumentarne il controllo sulle istituzioni e sul Partito²⁹. Le ambizioni della nuova *leadership* cinese sembravano così puntare decisamente verso un cambiamento di rotta a livello politico, e sarebbe semplice spiegare la riforma costituzionale in questione come una semplice consacrazione della politica di Xi da parte di un organo parlamentare asservito e ben poco partecipe.

Tuttavia, per quanto ovviamente le circostanze politiche abbiano avuto un peso determinante nello spingere il Partito ad una revisione, va sottolineato che negli anni precedenti si erano presentate all'attenzione delle autorità cinesi varie problematiche e questioni che avrebbero potuto giustificare un intervento sul testo della Costituzione volto ad affrontarle. In particolare, si erano diffusi movimenti d'opinione che, facendo leva anche sul contenuto di alcuni degli emendamenti più recenti, come la costituzionalizzazione delle nozioni di “Stato di diritto” e “diritti umani”, sostenevano un ruolo più centrale ed attivo per la Costituzione. Ne chiedevano, ad esempio un'effettiva applicazione da parte dei pubblici poteri in modo da limitare abusi e violazioni delle norme scritte assai frequenti nella prassi, in un'ottica di valorizzazione e rivitalizzazione di quei contenuti costituzionali apparentemente avvicinati alle concezioni del costituzionalismo occidentale, in particolare le norme sui diritti³⁰.

Si tratta di una tendenza manifestatasi, fra l'altro, nel celebre caso *Qi Yuling v. Chen Xiaoyi* deciso nel 2001 dalla Corte Suprema del Popolo, occasione nella quale, per la prima (ed unica) volta, il giudice supremo cinese ha fatto direttamente applicazione di una disposizione costituzionale relativa ad un diritto fondamentale per decidere una controversia giudiziaria (forse in modo non del tutto appropriato)³¹. Pur risultando probabilmente eccessivi gli entusiasmi di parte della dottrina, che non ha esitato a parlare addirittura di un nuovo “caso *Marbury*” (alludendo alla fondamentale sentenza con la quale nel 1803 la Corte Suprema degli Stati Uniti pose le basi per l'istituzione di un sistema di *judicial review* della costituzionalità delle leggi, considerato uno dei capisaldi del sistema di *checks and*

²⁹ Per maggiori dettagli sullo scenario politico-economico cinese degli ultimi anni si rinvia a C. Minzner, *China After the Reform Era*, cit., 136 ss.

³⁰ Sull'attuale processo di “costituzionalismo transnazionale” che per alcuni aspetti lambisce anche la Cina si veda E. Esposito Martino, *Struttura costituzionale cinese tra tradizione e innovazione. Sogniamo il sogno cinese 梦中国梦 mèng Zhōngguó mèng*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2014, 1 s. (reperibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/elisabetta-esposito-martino/struttura-costituzionale-cinese-tra-tradizione-e-innovazione).

³¹ Per informazioni specifiche sui fatti della causa, riguardante il diritto all'istruzione sancito dalla Costituzione del 1982, si veda R. J. Morris, *China's Marbury: Qi Yuling v. Chen Xiaoyi - The Once and Future Trial of Both Education & Constitutionalization*, in *Tsinghua China Law Review* Vol. 2:273, 4/19/2012, 273-316 (reperibile all'indirizzo: (reperibile all'indirizzo: www.tsinghuachinalawreview.org/articles/PDF/TCLR_0202_Morris.pdf), così come Zhang, *A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China*, cit. M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 146 ss., riepiloga a sua volta i gradi di giudizio precedenti e parla del responso della Corte Suprema come di una “ventata di aria nuova”, contrastandolo con precedenti pareri attraverso i quali la Corte sembrava escludere per i tribunali di grado inferiore la possibilità di basare le proprie decisioni sulle previsioni costituzionali.

balances in quell'ordinamento)³², è evidente come il punto affermato nell'occasione, ossia che i principi costituzionali non hanno un valore meramente programmatico ed ideologico, ma sono suscettibili di ripercussioni concrete e danno luogo a situazioni giuridiche giustiziabili per i singoli, fosse foriero di importanti sviluppi. Tuttavia, questi non hanno avuto modo di manifestarsi, dato che la sentenza *Qi Yuling* è rimasta un *unicum*, per essere poi “quietamente” accantonata dalla Corte stessa. Evidentemente l'ambiente politico e culturale non era ancora pronto per l'adesione a paradigmi concettuali propri delle costituzioni pluraliste, e si è preferito eliminare un precedente potenzialmente pericoloso per la discrezionalità d'azione dei pubblici poteri.

In realtà, per inciso, c'è chi nota come negli ultimi decenni alcune modifiche delle norme costituzionali si fossero di fatto già verificate, sia pure, per così dire, in maniera implicita, senza necessità di intervenire sul dettato della Carta, ad esempio attraverso la legislazione, che in questo periodo ha proceduto più volte a specificare disposizioni costituzionali alquanto schematiche e generiche, producendo conseguenze reali tali da ammontare ad effettivi cambiamenti di ordine costituzionale³³.

Guardando al testo della riforma attuale, appare evidente come, nel perseguire indubbiamente scopi contingenti di consolidamento del potere presidenziale, sia stata seguita una visione dall'orientamento assai vasto, che ha interessato gli equilibri e l'architettura dell'intero ordinamento al fine di stabilire le linee di sviluppo dello Stato cinese per un lungo periodo a venire, ricollegandosi alle premesse già poste dalle revisioni precedenti. Possiamo infatti individuare alcune linee di continuità, che partono dalle stesse modalità concrete della revisione, con riferimento all'iniziativa, al procedimento ed ai suoi risultati, che mettono bene in luce, ancora una volta, come in Cina le fonti costituzionali rientrino nella piena disponibilità del potere politico e le loro trasformazioni ne seguano le diverse decisioni, assumendo una veste di sostanziale ratifica. Uno sguardo attento alle previsioni costituzionali in tema di revisione evidenzia come, dietro ad una determinata realtà apparente, se ne celi una ben diversa che mira semplicemente a servirsi delle norme tecniche senza condividere i valori che queste dovrebbero salvaguardare.

Come la stragrande maggioranza delle altre carte costituzionali, anche la Costituzione cinese del 1982 disciplina le modalità da seguire per la propria modifica. L'art. 64, 1° comma richiede che gli emendamenti costituzionali vengano proposti

³² Alla comparazione di *Qi Yuling* con *Marbury*, non senza accenni critici, dedica buona parte della sua analisi R. J. Morris, *China's Marbury: Qi Yuling v. Chen Xiaoqi - The Once and Future Trial of Both Education & Constitutionalization*, cit., 19 ss., il quale ipotizza che ad ogni modo il Partito potrebbe non aver gradito l'attivismo giudiziale della Corte, specie in un settore sensibile come quello dell'istruzione, ed il rischio che il valore della Costituzione finisse per affermarsi come effettivamente sovraordinato rispetto ad ogni altra autorità.

³³ Sul tema si concentra diffusamente Y. Lin, *Constitutional evolution through legislation: The quiet transformation of China's Constitution*, in *I•CON* (2015), Vol. 13 No. 1, 61–89 reperibile all'indirizzo: academic.oup.com/icon/article/13/1/61/689806, che osserva come nella dottrina cinese prevalga l'idea ortodossa che ritiene rilevanti esclusivamente le modifiche che seguono la procedura formale. Sul concetto generale di revisione implicita si veda L. Pegoraro-A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 613 ss.

dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale o in alternativa da più di 1/5 dei membri dell'Assemblea stessa, ed impone per la loro approvazione il voto favorevole di una maggioranza superqualificata di delegati dell'Assemblea, pari ad oltre 2/3 dei medesimi. A prima vista si tratta di disposizioni non troppo dissimili da quelle previste in molti altri ordinamenti per garantire un certo grado di rigidità alla costituzione, proteggendola da revisioni troppo frequenti o avventate o non sufficientemente condivise a livello politico mediante la prescrizione di un grado di consenso superiore alla mera soglia del 50% + 1 dei voti per cambiare le “regole del gioco” fondamentali³⁴. Tuttavia, un esame più approfondito degli autentici contorni della questione mostra come tali garanzie si rivelino in pratica illusorie, ed il livello concreto di rigidità della Costituzione molto inferiore a quanto proclamato.

Alla prova dei fatti i soggetti istituzionali formalmente dotati del potere di iniziativa in materia (riconducibili all'organo parlamentare, titolare di tutti i poteri) hanno sempre agito come meri intermediari, limitandosi a proporre gli emendamenti formulati dalle autorità politiche e di governo. Anche nel caso della revisione del 2018, come per le precedenti, è stato osservato che il testo dell'emendamento approvato dall'Assemblea Nazionale coincideva pressoché alla perfezione con la bozza precedentemente licenziata dal Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese³⁵. Si tratta di una delle molte conferme del fatto che, nonostante le apparenze costituzionali, il partito predominante continua (anche per via della sua posizione di superiorità costituzionalmente tutelata che gli conferisce virtualmente il legittimo monopolio del potere politico³⁶) ad esercitare un'influenza determinante sulle istituzioni, che si confermano fragili e scarsamente indipendenti³⁷. Ciò finisce per svuotare di contenuto la previsione succitata, poiché gli organi parlamentari ivi menzionati non sono realmente liberi (in un contesto che, oltretutto, rifugge ogni forma di separazione dei poteri non esclusivamente ancillare ad un loro più efficiente esercizio) di sviluppare proposte proprie, rendendo ben poco significativa la funzione di argine al potere politico che la Costituzione è chiamata a svolgere secondo la sua concezione originaria, della quale nella realtà cinese si mantengono soltanto i connotati esteriori, ma non i principi garantisti di fondo.

³⁴ Per una trattazione manualistica dell'argomento della revisione costituzionale in prospettiva comparata si consultino fra i tanti L. Pegoraro - A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 608 ss., e G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 288 ss.

³⁵ Lo mette in luce nel suo commento alla riforma della Costituzione C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, reperibile all'indirizzo npcobserver.com/2018/03/11/translation-2018-amendment-to-the-p-r-c-constitution/, 1, osservando come il testo adottato dall'Assemblea sia identico alla proposta pubblicata il mese precedente dal Partito, salvo che per la numerazione degli articoli (che, secondo la prassi delle riforme costituzionali cinesi, prosegue da quella dell'ultimo emendamento approvato nel 2004) ed il 2° paragrafo dell'art. 44 (aggiunto soltanto in seguito, ma sempre su iniziativa del Partito).

³⁶ Per A. Rinella, *Cina*, cit., 81, non c'è niente di cui sorprendersi, dato il primato del Partito nella direzione politica del Paese, tant'è che esso, oltre ad esercitare l'iniziativa del procedimento, “grazie alla sua struttura organizzativa che lo rende presente a tutti i livelli dell'apparato statale, ne condiziona profondamente il dibattito e l'approvazione finale”.

³⁷ Per una riflessione generale sul rapporto fra organizzazioni partitiche ed organi statali negli Stati socialisti si legga M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., 52.

Allo stesso modo, il controllo esercitato dal Partito sulle candidature per l'Assemblea Nazionale fa sì che in quest'ultima siedano solo delegati che ne condividono le idee e le politiche, per cui non si registrano difficoltà a raggiungere la maggioranza richiesta per modificare la Costituzione nel senso voluto³⁸. Anzi, considerando che nella maggior parte dei casi le stesse leggi ordinarie sono approvate con maggioranze ben superiori a quella semplice prescritta sempre dall'art. 64, nell'ordinamento cinese le due fonti, pur poste su piani gerarchici in teoria ben distinti, finiscono per avvicinarsi e confondersi, facendo apparire la Costituzione meno speciale e solenne e quindi più facilmente modificabile³⁹. Infine, abbiamo già ricordato che manca, quale ultimo tassello volto a garantire la sovraordinazione della Costituzione, una forma di controllo del rispetto del suo dettato (e quindi anche delle procedure di revisione) affidata ad un'entità esterna all'organo supremo statale (es. una corte costituzionale), poiché in mancanza di un controllore terzo e neutrale l'Assemblea, confidando nella sua rappresentanza diretta della sovranità popolare e nella mancanza di sanzioni per eventuali violazioni costituzionali, potrà sentirsi legittimata ad agire anche senza rispettare la Carta⁴⁰. Ad ogni modo, le procedure apposite di revisione sono state ottemperate in questo come nei casi precedenti, in modo da conferire comunque carattere di legittimità e solennità ad un intervento costituzionale che si preannunciava sin da subito ampio ed ambizioso, come vedremo subito.

4. Il contenuto della riforma: un'analisi dettagliata

Venendo infine al testo della revisione, è facile notare sin da subito, fra le varie caratteristiche, la sua ampiezza.

Pur non mirando a mutare radicalmente volto all'attuale sistema di governo socialista (ma anzi, nelle intenzioni dei suoi promotori, evidentemente a

³⁸ Non a caso nella votazione in cui è stata approvata la proposta di revisione in esame (avvenuta, come ricorda R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era"*, in *DPCE online* n. 1/2018, 307, reperibile all'indirizzo: www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/508, l'11 marzo 2018, in occasione della I sessione della XIII Assemblea Popolare Nazionale) si è avuto un risultato particolarmente schiacciante "persino per gli standard plebiscitari delle maggioranze parlamentari cinesi", con 2958 voti favorevoli, due contrari, tre astenuti, sedici assenti ed un voto nullo.

³⁹ Lo esprime con parole piuttosto nette *ibidem*, che parla di "parlamento passivo e meccanicamente obbediente alla volontà del Partito" e di ridicolizzazione del requisito della maggioranza qualificata posto da una Costituzione "intesa come uno strumento di indirizzo politico nelle mani del Partito più che come la Carta contenente le regole e i valori condivisi di una nazione". Di rigidità "solo teorica" in sistemi, come quello cinese, "nei quali il Parlamento è controllato dal partito al potere" parla M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., 54.

⁴⁰ Come nota Q. Zhang, *A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China*, cit., 950 s., "the "supreme law of the land," ironically, has been left undefended, at least judicially" dalla mancanza di qualsiasi forma di *judicial review*, centralizzata o diffusa, per quanto la vicenda *Qi Yuling* insegni come essa rappresenti "itself an effect rather than the root cause of constitutional deficiencies". C. Mugelli, *L'incontro con la Cina*, cit., 530, conclude che "La mancanza del controllo di costituzionalità delle leggi da parte di un organo diverso da quello legislativo fa sì che in Cina più che di "giustizia costituzionale" si possa parlare di "supervisione costituzionale"".

rafforzarne le fondamenta e ad adattarlo a nuove circostanze per conservarlo), il numero di disposizioni modificate è tutt'altro che irrilevante, ed in un caso si giunge addirittura ad introdurre, come vedremo, una nuova sezione dedicata ad un'organizzazione istituzionale forse configurabile come un nuovo potere dello Stato⁴¹. Con un totale di 21 articoli⁴², si tratta dell'emendamento alla Costituzione del 1982 più corposo di sempre, il che non deve sorprendere se solo si considera il numero e la varietà degli argomenti trattati, tali da richiedere un'operazione di manutenzione più significativa rispetto al passato. Le modifiche hanno riguardato sia il Preambolo alla Carta che il testo costituzionale vero e proprio: cercheremo di illustrarle e spiegarle in modo razionalizzato, individuando varie categorie di innovazioni attinenti agli stessi temi o caratterizzate da principi e scopi comuni.

Riassumendo, si tratta dei seguenti punti:

- a. emendamenti ed integrazioni del Preambolo, segnati in particolare dall'aggiunta del nome e del pensiero di Xi Jinping alla lista dei riferimenti ideologici della Costituzione cinese e dalla rimodulazione delle finalità generali dello Stato;
- b. riconoscimento del ruolo costituzionale del Partito Comunista, abolizione del limite al numero di mandati consecutivi per il Presidente della Repubblica, altre previsioni dal carattere fortemente simbolico ed incisivo dal punto di vista politico;
- c. modifiche istituzionali minori ma non trascurabili, come ad esempio la ridenominazione del Comitato Legislativo dell'Assemblea Nazionale, la rimodulazione delle competenze amministrative e di gestione del Governo e la costituzionalizzazione del potere normativo delle Città divise in distretti;
- d. introduzione delle Commissioni di supervisione e costruzione di un sistema gerarchico e coerente nel quale esse operano.

4a) 1. Il Preambolo: premessa e caratteri

Per comprendere realmente la portata delle modifiche recate al Preambolo è anzitutto necessario chiarire quale sia il suo valore giuridico, se ne ha uno, e quello politico. Come si è già ricordato, nelle costituzioni socialiste il preambolo, spesso molto esteso e dettagliato, ha principalmente la funzione di riepilogare lo sviluppo storico delle istituzioni rivoluzionarie⁴³, segnandone i traguardi e ponendo obiettivi futuri e direttive per conseguirli, cosicché la sua importanza è principalmente politica. Si discute se le sue previsioni siano giuridicamente vincolanti, oppure se debba essergli attribuita una forza esclusivamente programmatica e persuasiva, ma ciò non toglie che, dal punto di vista politico

⁴¹ Né si deve sottostimare l'effetto complessivo e sistematico della revisione come afferma R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era"*, cit., 308.

⁴² Per il testo completo della riforma approvata (con testo bilingue cinese/inglese commentato) si veda C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 2 ss.

⁴³ Sulla prospettiva storica del Preambolo della Costituzione cinese, che abbraccia l'intero '900, si veda J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., 2 ss.

(specie in un ordinamento dove diritto e politica sono meno distinti di quelli democratici a separazione dei poteri) esso mantiene un'influenza notevole, dettando gli scopi fondamentali dell'azione del potere statale⁴⁴.

In particolare il Preambolo pone i già citati principi cardinali dell'ordinamento, fra i quali spicca l'adesione alla dottrina marxista-leninista, rivisitata con caratteristiche tipicamente cinesi ai sensi del pensiero dei principali *leader* politici, alcuni dei quali (Mao e Deng) sono citati esplicitamente per nome al 7° paragrafo del Preambolo. Una parte degli emendamenti riguardano questa sezione ed i riferimenti ivi contenuti, altri i paragrafi successivi, principalmente dedicati agli obiettivi generali dell'ordinamento.

4a) 2. Le aggiunte alla lista delle dottrine politiche ufficiali e dei valori ed obiettivi fondamentali dello Stato. Il pensiero (e il nome) di Xi Jinping

Quanto ai primi, date le premesse non stupisce che anche il nuovo Presidente della Repubblica e Segretario del Partito abbia avvertito l'esigenza di completare la rassegna storica aggiornandola con posizioni più recenti, comprese le proprie, e che, come prima innovazione, l'art. 32 dell'emendamento costituzionale vada a toccare proprio il 7° paragrafo del Preambolo dove essa è ospitata. Il nuovo testo inserisce, subito dopo le menzioni del "Marxismo-Leninismo", del "Pensiero di Mao Zedong", della "Teoria di Deng Xiaoping" dell' "importante pensiero delle Tre Rappresentatività⁴⁵", il riferimento a "la Visione Scientifica dello Sviluppo, ed il Pensiero di Xi Jinping sul Socialismo con Caratteristiche Cinesi per una Nuova Era"⁴⁶.

Basta considerare qualche elemento esterno al testo per comprendere le influenze politiche che hanno ispirato la riscrittura in questione. Il richiamo è da una parte al pensiero di Hu Jintao (predecessore di Xi Jinping nelle cariche di Presidente della Repubblica e Segretario del Partito Comunista) in tema di sviluppo economico e sociale⁴⁷, dall'altra all'idea di un socialismo innovativo dalla caratteristiche specificamente nazionali sostenuta attualmente dallo stesso Xi⁴⁸,

⁴⁴ Sui preamboli costituzionali e sul loro valore interpretativo si leggano L. Pegoraro - A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 145 ss.

⁴⁵ Quest'ultima, formulata da Jiang Zemin, Segretario Generale del Partito Comunista fra il 1989 e il 2002 e Presidente della Repubblica fra il 1993 e 2003, "postula il principio in base al quale il PCC debba sempre rappresentare in primo luogo le esigenze di sviluppo delle forze produttive più avanzate, in secondo luogo gli orientamenti della cultura d'avanguardia e in terzo luogo gli interessi fondamentali della maggior parte della popolazione" (E. Esposito Martino, *Struttura costituzionale cinese tra tradizione e innovazione. Sogniamo il sogno cinese*, cit., 2, nota 6), principalmente allo scopo di giustificare l'accoglimento nel Partito di esponenti del mondo imprenditoriale e finanziario.

⁴⁶ Da qui in avanti si riporterà la nostra versione in italiano della traduzione in inglese di cui alla nota 42.

⁴⁷ Un'analisi della genesi e dello sviluppo di questo concetto si trova in J. Fewsmith, *Promoting the Scientific Development Concept*, in *China Leadership Monitor*, n. 11, (reperibile all'indirizzo: media.hoover.org/sites/default/files/documents/clm11_jf.pdf), che ne sottolinea il tentativo di superare l'eccessiva enfasi sulla crescita economica anche a scapito delle disuguaglianze sociali.

⁴⁸ C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 3.

gratificato di un'espressa menzione per nome⁴⁹. Non si può non notare il dettaglio significativo per il quale il Presidente in carica viene così accostato, ancora vivente, ad alcuni dei più importanti *leader* del passato, dettaglio che, se considerato assieme alla modifica di cui parleremo circa il limite ai mandati presidenziali, sembra porre le premesse per una qualche forma di culto della personalità⁵⁰.

4a) 3. La “rule of law socialista”

Quanto alle innovazioni programmatiche, sempre nello stesso paragrafo all'elencazione degli obiettivi che il popolo cinese, composto da tutte le sue nazionalità, deve perseguire si aggiungono quello della “*rule of law*” (socialista, si precisa), quello di “applicare una nuova visione dello sviluppo”, ed ancora quello di promuovere lo sviluppo coordinato di una civiltà non più solo materiale, politica e spirituale, ma anche “sociale ed ecologica” e quello di trasformare la Cina in un “forte Paese socialista moderno che sia prospero, democratico, culturalmente avanzato, armonioso e bello, e di realizzare il grande ringiovanimento della nazione cinese”. Anche questi accenni meritano i rispettivi chiarimenti.

Il richiamo alla *rule of law*, per esempio, non è che l'ultimo stadio di un'evoluzione costituzionale in corso ormai da lungo tempo. Già la revisione costituzionale del 1999 fra le varie novità introdusse il concetto di “governo della legge socialista”. Si trattava un evidente calco dell'inglese *rule of law*, assimilabile al concetto nostrano di “Stato di diritto”, per quanto si cercasse di non tagliare troppo bruscamente i ponti col passato qualificandolo come “socialista”⁵¹. Naturalmente, anche volendo accostarsi al concetto in questione, ben difficilmente l'ordinamento cinese poteva adeguarsi senza alcun adattamento al modello liberale e democratico di Stato di diritto, imbevuto di principi che non possono ricorrere in un sistema che non riconosce la separazione dei poteri. Non è quindi casuale che nell'ambito della dottrina cinese e straniera si sia sviluppato da allora un ampio ed articolato dibattito sulla nozione di “*rule of law*” e sulle sue possibilità di trapianto nell'ordinamento della Repubblica Popolare, con vari autori impegnati ad attribuirvi contenuti differenti. Vi è chi auspica un'evoluzione del sistema in senso maggiormente “democratico” sull'esempio occidentale, mentre altri sostengono

⁴⁹ Menzione della quale, come osserva M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 21, potevano finora vantarsi soltanto Mao e Deng, e non anche gli altri *leader* dei quali pure si consacrano le teorie politiche, ad ulteriore indicazione dello *status* politico del tutto speciale che al Presidente Xi viene così riconosciuto.

⁵⁰ Né mancano indizi di altro tipo di una simile evoluzione della *leadership* cinese: ne fornisce un resoconto C. Minzner, *China After the Reform Era*, cit., 139. Tuttavia, il parallelismo con la Costituzione del 1975 non è del tutto appropriato secondo J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., 18, perché in quel caso “Il riferimento, quasi da culto, al nome di una persona ancora in vita servì a stabilire da un lato l'irripetibilità di una leadership monarchica, ragione per cui si decise di abolire la figura di Presidente della Repubblica, dall'altro lato a simbolizzare una continuità di valori, ragione per cui si introdusse la formula del ‘pensiero di Mao Zedong’”.

⁵¹ A. Rinella, *Cina*, cit., 46 sottolinea come l'espressione tradotta nel primo comma dell'art. 5 come “governo della legge” sia la medesima impiegata nel secondo nell'accezione di “legalità socialista”, finendo per porre semplicemente l'accento sulla necessità di ricorrere alla legge come strumento di governo e rendendo ogni somiglianza con lo Stato di diritto democratico puramente apparente.

che il “governo della legge” in salsa cinese si configurerebbe piuttosto come un “governo *attraverso* la legge”, incentrato sull’impiego di questa fonte del diritto come strumento per rafforzare e rendere più efficace, piuttosto che limitare e sottoporre a garanzie, l’esercizio del potere statale⁵².

Ciò sta a dimostrare come l’interesse per il modello dello “Stato di diritto” abbia radici ben più risalenti della revisione del 2018, e come quest’ultima rispecchi la più volte citata attitudine delle moderne autorità politiche cinesi (compreso il Partito) a servirsi del diritto come strumento di governo per perseguire le proprie finalità di riforma, anziché combatterlo come in epoca maoista⁵³. Ovviamente, questo senza accedere a forme di vera e propria separazione dei poteri, incompatibili con l’organizzazione statale socialista (aggettivo che, si ricordi, non viene espunto), e continuando ad agire come se *rule of law* significasse “effectively rule by law”⁵⁴. Ci pare così che l’importanza della modifica, pur non da sottovalutare, sia più simbolica che pratica, anche se l’emendamento parla espressamente di miglioramenti da apportarsi alla situazione attuale, il che sembra lasciare la porta aperta ad evoluzioni future in senso maggiormente legalista.⁵⁵

4a) 4. Le linee d’azione generali delle politica interna ed estera

Per quanto riguarda gli altri, ambiziosi traguardi menzionati accanto al perfezionamento dello Stato di diritto, è facile notare come essi ricalchino il manifesto programmatico di Xi da questi esposto in occasione della propria relazione al XIX Congresso del Partito, sottolineando ulteriormente la matrice politica della riforma⁵⁶. Ci pare significativa soprattutto l’attenzione riservata ai

⁵² Al tema delle diverse e configgenti nozioni di *rule of law* nella dottrina cinese contemporanea dedica uno studio approfondito R. Peerenboom, *China’s Long March Toward Rule of Law*, cit., in particolare nel capitolo 4, dove esamina attentamente le variegata critiche ai tentativi di introdurre e promuovere la *rule of law* di stampo liberale in Cina. Un’altra disamina della questione, anche alla luce degli emendamenti costituzionali approvati a cavallo fra anni ’90 ed inizio millennio, si rinvia in G. Ajani, *La Rule of Law in Cina*, in *Mondo cinese* n. 126, gennaio-marzo 2006 (reperibile all’indirizzo: www.tuttocina.it/Mondo_cinese/126/126_ajan.htm), che sottolinea alcuni elementi di originalità dell’esperienza cinese.

⁵³ R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l’istituzionalizzazione del “socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era”*, cit., 308 sottolinea come l’aggiunta in questione confermi “la grande attenzione che Xi presta al ruolo (comunque strumentale o ancillare alla politica) del diritto”. Peraltro, continua l’autore, l’espressione presente nel testo originario e quella impiegata a seguito della revisione è *fazhi*, scritta con caratteri diversi ma pronunciata in modo identico, a sottolineare quanto sottile sia la differenza di sfumature fra concetti nella lingua cinese e la difficoltà di trasporvi nozioni elaborate in un contesto storico, filosofico e culturale del tutto diverso.

⁵⁴ C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 3. Già R. Peerenboom, *China’s Long March Toward Rule of Law*, cit., 546, scettico sulla possibilità di trapiantare in Cina i valori occidentali di democrazia liberale e rispetto dei diritti umani, concludeva che “For now, rule of law is a desirable alternative in that it allows for political reform without democracy and provides the ideological basis and institutional means for limiting the government”.

⁵⁵ Sulla contrapposizione ricorrente nel diritto cinese antico e moderno fra gli ideali del “governo della legge” (*fazhi*) e del “governo dell’uomo” (*renzhi*) si veda M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 29.

⁵⁶ C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 3. Peraltro, alcune delle formule qui impiegate, come l’insistere sugli obiettivi del benessere, dello sviluppo sostenibile

concetti di innovazione e sviluppo, quest'ultimo declinato in un'accezione di sostenibilità ed armonia con l'uomo e la natura, in un'ottica di avanzamento non più solo economico, ma anche sociale e culturale, che persegue anche valori spirituali sullo sfondo di una vera e propria rinascita nazionale. Si riscontra il tentativo dell'*élite* cinese di affermare un proprio quadro assiologico, non necessariamente coincidente con quello delle nazioni occidentali, al quale improntare il ruolo futuro dello Stato⁵⁷, ed esprime probabilmente la preoccupazione per le conseguenze che uno sviluppo economico troppo rapido e disordinato ha avuto sull'ambiente e sulla società negli anni precedenti.

Oggetto di riforma sono anche i paragrafi 10° (art. 33), 11° (art. 34) e 12° (art. 35) del Preambolo.

Nel primo si aggiunge il termine "riforma" nell'enfatica formula che descrive il "fronte patriottico" costituitosi sotto la guida del Partito Comunista Cinese, che così adesso recita "nei lunghi anni di rivoluzione, costruzione e riforma". La composizione del fronte citato viene ampliata a comprendere, in aggiunta a "tutti i lavoratori socialisti, tutti i costruttori del socialismo, tutti i patrioti che supportano il socialismo, e tutti i patrioti che sostengono la riunificazione della madrepatria" anche coloro che "si adoperano per rivitalizzare la nazione cinese". Il desiderio di rinnovamento nazionale, già richiamato al 7° paragrafo, viene sottolineato con forza ancora maggiore. Equiparare i ruoli di chi si spende per favorirlo a quelli di coloro che, uniti nel fronte patriottico, hanno partecipato alla costruzione ed al consolidamento dell'ordinamento socialista, suggerisce che la riforma, l'adeguamento alle nuove condizioni in un modo globalizzato e sempre più mutevole rivesta la stessa rilevanza della rivoluzione, che ne sia il prosieguo ideale.

Nel secondo si prescrive che le "relazioni socialiste" fra le varie nazionalità cinesi siano improntate, in aggiunta ai criteri già elencati di "uguaglianza, unità e mutua assistenza", anche al nuovo valore dell' "armonia". La menzione di tale concetto come *fil rouge* al quale ispirare i (tutt'altro che tranquilli) rapporti fra le diverse nazionalità che vivono nella Repubblica Popolare, ossia principalmente fra la maggioranza Han e le minoranze nazionali concentrate nelle Regioni Autonome, è con ogni probabilità una formalizzazione ed estensione della politica della "Società Armoniosa" a suo tempo teorizzata dal Presidente Hu, della quale si riscontra traccia anche nel successivo art. 38⁵⁸.

e della "bellezza" del Paese, come nota E. Esposito Martino, *Struttura costituzionale cinese tra tradizione e innovazione. Sogniamo il sogno cinese*, cit., 2, facevano già la loro comparsa nel c.d. "Progetto 3-8-3" adottato dal terzo plenum del XVIII Congresso del Partito.

⁵⁷ Come riferisce C. Minzner, *China After the Reform Era*, cit., 139 s., negli ultimi anni le principali autorità politiche, nel tentativo di trovare un nuovo fondamento di legittimazione popolare per il regime a partito unico, si sono rivolte sempre più alla storia e alla cultura tradizionali, precedentemente osteggiate. E. Esposito Martino, *Struttura costituzionale cinese tra tradizione e innovazione. Sogniamo il sogno cinese*, 4 ss., chiarisce, riprendendo le parole di importanti esponenti politici e della dottrina cinese, come i riferimenti a stabilità, prosperità ed armonia siano da leggere principalmente in chiave storico-culturale, con riferimento ai valori della Cina tradizionale.

⁵⁸ C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 4. Sull'argomento si rinvia a M. MIRANDA, "Società armoniosa" e riunificazione "non pacifica" - I lavori della 3° Sessione della X Legislatura dell'Assemblea nazionale del popolo, in *Mondo cinese* n. 122, gennaio-

Nel terzo, dedicato principalmente a delineare le basi fondamentali dei rapporti fra la Repubblica Popolare ed il resto del mondo, torna l'accento sulla necessità di riforme, con la frase "i risultati della Cina nella rivoluzione e costruzione sono inseparabili dal sostegno dei popoli del mondo" che viene modificata in "i risultati della Cina nella rivoluzione, costruzione e riforma etc.". Poco sotto si specifica che la Repubblica Popolare "segue un sentiero di sviluppo pacifico, persegue una strategia mutuamente vantaggiosa di apertura" che non si limita più solo allo sviluppo di relazioni diplomatiche e di scambi economici e culturali con gli altri Paesi, ma prevede anche il "lavorare per costruire una comunità dal futuro condiviso per l'umanità". L'importanza delle riforme dell'ordinamento è così riconosciuta anche in un'ottica di rapporti internazionali e si punta ad attribuire alla Repubblica Popolare un ruolo di primo piano sulla scena mondiale. Ne vengono accentuate, sulla scia dei tradizionali valori dell'internazionalismo ed ant imperialismo di matrice socialista, le caratteristiche di potenza interessata alla collaborazione pacifica e vantaggiosa con altre nazioni più che al conflitto, consapevole del proprio peso anche di fronte alle sfide comuni dell'umanità, come la politica ambientale e climatica.

In definitiva, ancora una volta il Preambolo della Costituzione cinese assolve al proprio ruolo classico: quello di ospitare i contenuti programmatici più rilevanti del testo, aggiornati alle esigenze politiche del momento in maniera fedele alla già citata concezione "politica" della Costituzione.

4b) 1. Modifiche del testo dall'impatto politico-simbolico. Il ritorno del Partito Comunista nella Costituzione

Esaurita l'analisi delle modifiche del Preambolo, e passando all'esame degli emendamenti apportati al corpo vero e proprio della Costituzione, rintracciamo diverse tipologie di emendamenti. Per prima cosa, la nostra attenzione si appunterà su quelle nuove previsioni che, apparentemente, risultano portatrici di una rilevanza principalmente simbolica, ossia che sembrano segnare punti di svolta per l'ordinamento a livello politico senza però modificare più di tanto le strutture istituzionali sottostanti. Simili previsioni finiscono, comunque, per avere un impatto non trascurabile ai fini dell'equilibrio dei poteri, dando la misura, in modo non dissimile dalle enunciazioni di cui al Preambolo, delle priorità politiche delle autorità e degli strumenti con cui si prefiggono di perseguirle⁵⁹.

A questo proposito, la lettura del nuovo 2° comma dell'art. 1 Cost. riserva immediatamente una novità rilevante rispetto al passato, formalmente molto significativa (ma, come si spiegherà subito, una lettura disincantata della *law in*

marzo 2005 (reperibile all'indirizzo: www.tuttocina.it/Mondo_cinese/122/122_mira.htm), che spiega come il concetto di "società armoniosa" (*hexie shehui*), "introdotto per la prima volta nelle "Risoluzioni" del 4° Plenum del XVI Comitato centrale a settembre 2004", si identifichi soprattutto col perseguimento della stabilità e la riduzione delle disparità socioeconomiche e della corruzione, al fine di istituire un più saldo legame fra governati e governanti.

⁵⁹ Alla vigilia della revisione del 2004 G. Ajani, *La Rule of Law in Cina*, cit., osservava: "Le riforme costituzionali non vanno [...] lette come semplici declamazioni: ovviamente è il contesto di applicazione, il lato istituzionale, a fare la differenza fra enunciazioni formali e pratica del diritto, ma già il riconoscimento costituzionale svolge determinati effetti".

action permette di smussarne notevolmente la portata rivoluzionaria). Si tratta della frase inserita immediatamente dopo l'enunciato "Il sistema socialista è il sistema fondamentale della Repubblica Popolare Cinese", la quale recita: "La caratteristica determinante del socialismo con caratteri cinesi è la guida del Partito Comunista Cinese". Dietro questa apparentemente sintetica aggiunta si cela una netta rottura con il testo originario della Carta. Quest'ultimo, infatti, si distingueva fortemente dalle due costituzioni precedenti, adottate negli anni '70, anche perché, a differenza loro, non attribuiva un esplicito ruolo costituzionalmente rilevante al Partito ed ai suoi organi⁶⁰, limitandosi a proclamarne il ruolo di guida nel Preambolo, ma senza citarlo apertamente nel resto del testo, ossia la parte della Costituzione indubbiamente dotata di forza giuridica vincolante⁶¹. Allo stesso modo, la differenza è degna di nota anche con riferimento ad altri esempi di Costituzioni socialiste, come quelle sovietiche, che in genere hanno sempre riconosciuto apertamente l'importanza centrale del Partito Comunista nominandolo sia nel Preambolo che nel corpo della Costituzione⁶².

L'aperto riconoscimento costituzionale della supremazia del Partito, per la prima volta dopo decenni, potrebbe stupire se paragonata all'intenzione, perseguita sin dai tempi di Deng, di separare nettamente l'ambito politico-partitico da quello statale, limitando le forme di commistione e confusione fra cariche analoghe e di interferenza fra la politica ed il diritto, e se confrontata con il tendenziale abbandono di spazi nella società e di interventi nel funzionamento statale da parte del Partito registratosi negli ultimi tempi⁶³. Si trattava, chiaramente, di una tendenza volta a distanziarsi dagli eccessi del periodo della Rivoluzione Culturale, limitando i settori di interesse di un Partito prima pressoché onnipotente al solo campo politico e del governo, e lasciando che invece lo sviluppo economico fosse guidato, entro linee generali stabilite dal potere politico, dalle forze di mercato. Tuttavia, di recente il *trend* sembra essersi almeno in parte invertito: lo stesso Presidente Xi ha rilasciato alcune dichiarazioni pubbliche volte a confermare il ruolo centrale del Partito Comunista nell'ordinamento, se non addirittura ad espanderlo nuovamente verso aree in

⁶⁰ Ne riporta alcuni esempi J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., 18, con riferimento alla Costituzione del 1975.

⁶¹ Secondo P. Biscaretti di Ruffia, *La Costituzione della Repubblica Popolare Cinese del 1982: principi generali e ordinamento dello Stato*, in *Mondo cinese* n. 43, settembre 1983 (reperibile all'indirizzo: www.tuttocina.it/Mondo_cinese/043/043_bisc.htm), il nuovo testo non rinnegava "il ruolo dominante ch'esso [il Partito] continua a svolgere nella vita pubblica e privata del paese", ma indicava come ormai fosse "l'ormai rinnovata comunità popolare cinese [...] nella sua interezza" a dover contribuire alla modernizzazione nazionale.

⁶² P. Biscaretti di Ruffia, G. Crespi Reghizzi, *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milano, 1979, i quali in vari passi (8, 87 s., 281 ss.) accennano alla fisionomia costituzionale del Partito Comunista sovietico, citato tanto dal Preambolo quanto dal testo delle Carte del 1936 e del 1977, sia pure con enfasi molto maggiore nella seconda, il cui art. 6 lo definiva "la forza che dirige ed indirizza la società sovietica, il nucleo del suo sistema politico, delle organizzazioni statali e sociali".

⁶³ Su cui R. Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, cit., 88 ss., a giudizio del quale il Partito ha rinunciato ormai ad interferire puntualmente nell'esercizio dei poteri statali, ma rimane nondimeno "a major force" nella società e nell'ordinamento.

precedenza occupate⁶⁴.

Parrebbe dunque che l'attuale Segretario, ma più in generale l'intera classe dirigente del Partito, ritengano che, nelle circostanze attuali, questo debba risolutamente esercitare un ruolo di primo piano negli affari dello Stato, e che la riforma costituzionale costituisca la ratifica formale di questo mutato atteggiamento. Ad ogni modo, forse non è il caso di sopravvalutare le implicazioni pratiche della riforma, la quale, a ben vedere, sembra formalizzare una situazione di fatto.

Essa, certamente, si segnala per il fatto di conferire al di là di ogni dubbio una legittimazione giuridica alla primazia del Partito, prima affermata esclusivamente dal Preambolo, che secondo buona parte degli interpreti ha un valore soltanto politico (cosa che non gli impedisce comunque di influenzare significativamente l'interpretazione del resto del testo e la prassi applicativa)⁶⁵, ponendo finalmente termine a dispute ed incertezze.

Tuttavia, essa si limita a confermare e riaffermare in termini espliciti quella che di fatto è già la realtà. Il "socialismo con caratteri cinesi" già sotto la vigenza della versione precedente dell'art. 1 si caratterizzava per una netta preminenza del Partito, che ne delinea e dirige gli sviluppi storici⁶⁶. La riforma in discussione, in tal caso, avrebbe da una parte lo scopo di rafforzare la legittimità e di tutelare giuridicamente il sistema (sostanzialmente) monopartitico cinese⁶⁷, ostacolando ogni tentativo di introdurre un autentico pluralismo politico come contrario ai principi essenziali dell'ordinamento⁶⁸, dall'altra quello più generale di rimarcare in

⁶⁴Per un interessante analisi dell'importanza di Xi all'interno del Partito si consulti K. Brown, *Not Like Mao: Xi Jinping and the Communist Party*, reperibile all'indirizzo: www.ispionline.it/en/pubblicazione/not-mao-xi-jinping-and-communist-party-20167, 6 aprile 2018, secondo il quale il Partito odierno, a differenza di quello dell'epoca di Mao, è molto più strutturato, cosa che lo rende più stabile e duraturo dei singoli *leader*, Xi compreso.

⁶⁵C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 5: "Chinese scholars hold different views regarding whether and if so, to what extent, the Preamble has legal force. If one subscribes to the view that at least part of the Preamble has legal force, then this article only serves to reaffirm the Party's domination of Chinese politics. If, however, one is of the opinion that the Preamble has no legal force whatsoever, then this article for the first time constitutionalises China's status as a de facto one-party state, and will render any competitive multi-party system unconstitutional". Da parte sua M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 20, ricorda "la netta prevalenza accordata dai giuristi cino-popolari al valore precettivo del Preambolo della Costituzione del 1982", la quale conferma, fra l'altro, "la natura monopartitica, in base alla Carta fondamentale, della funzione di direzione politica, partitica e parlamentare, assegnata nella Cina popolare al Partito comunista".

⁶⁶Ciò dimostra che per la realizzazione di un sistema monopartitico (di fatto o di diritto) non occorre necessariamente un'espressa previsione costituzionale che lo consacri. Scrivendo dell'Unione Sovietica, P. Biscaretti di Ruffia, G. Crespi Reghizzi, *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, cit., 282 notano come "la trasformazione del PCUS in "partito unico" [...] ebbe luogo in linea di puro fatto, venendo ufficialmente proclamata [...] solo nel 1936, nell'art. 126 della II Costituzione federale. Sia, infatti, la Costituzione della Repubblica Russa del 1918, sia quella federale del 1924 avevano completamente taciuto in argomento".

⁶⁷Come ricordano L. Pegoraro - A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 108, pur essendo ammessi in Cina altri otto partiti (c.d. democratici), questi dichiarano apertamente nei propri statuti il primato del Partito Comunista, configurandosi così come meramente strumentali al mantenimento del suo predominio.

⁶⁸Così R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era"*, cit., 308.

modo evidente e solenne il ruolo che la dirigenza politica cinese riveste e si appresta a svolgere ancora in futuro, giudicandolo fondamentale per la stabilità del sistema⁶⁹.

4b) 2. La rimozione del limite al numero dei mandati presidenziali

Ma c'è almeno un'altra riforma che, mediaticamente, ha avuto un impatto paragonabile, o addirittura superiore, alla costituzionalizzazione del primato del Partito Comunista. Alludiamo alla modifica dell'art. 79, 3° comma Cost., la stessa modifica- relativa alla figura del Presidente della Repubblica- alla quale abbiamo accennato in apertura dell'articolo, già tacciata da parte dell'opinione pubblica internazionale di essere una mossa puramente strumentale a conferire una legittimazione costituzionale di facciata al potere del Presidente Xi, dipinto come aspirante ad una *leadership* indiscussa e vitalizia sul modello di Mao.

Il testo del comma in questione, prima della modifica, prevedeva che la durata del mandato del Presidente e del Vicepresidente della Repubblica Popolare Cinese fosse la medesima di quello stabilito per l'Assemblea Popolare Nazionale (ossia cinque anni), ed in più prescriveva che essi non potessero ricoprire più di due mandati consecutivi. Nella sua nuova versione, esso recita: "La durata del mandato del Presidente e del Vicepresidente della Repubblica Popolare Cinese è la medesima di quello dell'Assemblea Popolare Nazionale"; in altre parole, il limite dei due mandati è stato completamente rimosso. Per capire per quale motivo sia stato eliminato, e quali possano esserne le conseguenze, occorre aprire una parentesi riguardo al ruolo del Presidente della Repubblica e alle ragioni che condussero in primo luogo al divieto.

Per prima cosa, va sottolineato come la carica di Presidente della Repubblica Popolare esprima, nell'ordinamento cinese, un'importanza politica pratica che è ben superiore a quanto la sua disciplina costituzionale lascerebbe supporre. Reintroducendo la carica dopo l'abolizione da parte della Costituzione maoista del 1975, la Carta fondamentale del 1982 intendeva comunque evitare che in essa si accentrassero poteri eccessivi e potenzialmente pericolosi per quella stabilità dell'ordinamento che la *leadership* comunista, memore dell'autorità assoluta accumulata a suo tempo da Mao, andava ormai perseguendo come valore fondamentale⁷⁰. Ne deriva quindi la figura di un Presidente della Repubblica (coadiuvato da un Vicepresidente, entrambi eletti non a suffragio popolare diretto ma dall'Assemblea Nazionale) istituzionalmente debole, soggetto al supremo potere dello Stato che può farne valere le responsabilità politiche e se necessario

⁶⁹ Non è certo un caso che già nel 2017, in occasione del proprio XIX Congresso, il Partito avesse proceduto a riformare la propria Costituzione interna (ossia lo Statuto) sulla base delle richieste emerse in seno a se stesso. Si veda l'indirizzo: english.gov.cn/news/top_news/2017/10/24/content_281475919837140.htm, per il testo della risoluzione contenente le modifiche apportate, dove è evidente l'utilizzo di espressioni e previsioni poi confluite nel nuovo testo costituzionale.

⁷⁰ A. Rinella, *Cina*, cit., 65, fa presente come confrontando la Costituzione del 1954 e quella attuale si noti una diminuzione nell'estensione e nella rilevanza delle competenze del Presidente, che nella prima includevano anche il comando delle forze armate e l'iniziativa legislativa. Tuttavia secondo M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 64, neppure in quel caso si poteva parlare di un "Presidente governante".

rimuoverlo dalla carica, investito di funzioni perlopiù cerimoniali o rappresentative⁷¹, non molto differenti da quelle dei Capi di Stato nelle forme di governo parlamentari in contesti liberaldemocratici. Tuttavia, questa rappresenta solo una parte del quadro complessivo, che per essere compreso nella sua integrità deve essere illustrato in ogni elemento.

Si allude al fatto che, nella realtà concreta, il Presidente della Repubblica cinese esercita poteri ben più rilevanti di quelli che la Costituzione o le leggi gli assegnano, per ragioni squisitamente politiche. Difatti nell'ordinamento della Repubblica Popolare, così pesantemente permeato da una carica ideologica di indirizzo ben determinato, dove, nonostante tutti i tentativi di mantenerli separati, il Partito e lo Stato finiscono ancora in buona parte per identificarsi, l'autorità del Presidente gli deriva in gran parte dal rivestire al contempo anche altre cariche politico-istituzionali, nella fattispecie quelle di Segretario Generale del Partito Comunista e di Presidente delle due Commissioni Militari Centrali. Si tratta del fenomeno della c.d. "unione personale" delle cariche, molto frequente nella prassi degli ordinamenti socialisti passati e presenti, come quello sovietico e quelli degli Stati satelliti dell'Europa Centro-orientale, in base al quale la titolarità della *leadership* partitica da parte di un esponente politico coincide con quella di un'importante carica istituzionale (Capo dello Stato, Primo Ministro ecc.) in capo allo stesso soggetto, e così per gli altri membri della classe dirigente⁷². La concentrazione di cariche e rispettivi poteri in capo ad una sola persona fisica ha consentito che i Capi di Stato cinesi succedutisi nel tempo abbiano sovente goduto di un prestigio e di un potere che di fatto, nonostante le scarse attribuzioni formali, hanno conferito loro "una posizione di primazia assoluta nell'ordinamento"⁷³.

Osservando la questione da questa nuova prospettiva, emerge una figura presidenziale decisamente forte che, pur non giungendo a fare di quella cinese una forma di governo presidenziale (stante la superiorità dell'organo parlamentare, monopolizzato però dal Partito Comunista di cui è *leader* il Presidente), rende comprensibile il desiderio di limitare i rischi di un'eccessiva personalizzazione del potere da un punto di vista quantomeno temporale. A partire dall'entrata in vigore della nuova Costituzione, la regola dei due mandati è stata sempre rispettata, in linea con le prassi collegiali che caratterizzarono il governo del Paese negli anni post-Mao, anche perché a risolvere ogni dubbio era intervenuta la chiara strategia di successione delineata da Deng prima di abbandonare il potere, grazie alla quale

⁷¹ Artt. 80-81 Cost. Si tratta, ad ogni modo, di poteri e competenze (es. la promulgazione delle leggi, la nomina e la rimozione del Primo Ministro, dei Vice Primi Ministri e degli altri componenti del Consiglio degli Affari di Stato etc.) che vengono perlopiù esercitati sulla base di decisioni o indicazioni dell'Assemblea Nazionale, del Comitato Permanente o del Governo.

⁷² Per una dettagliata trattazione dell'argomento estesa a diversi sistemi si consultino P. Biscaretti di Ruffia, G. Crespi Reghizzi, *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, cit., 291 ss., che segnalano come significativa eccezione proprio la Costituzione cinese del 1975, che ad esempio affidava il comando delle forze armate al Presidente del Comitato Centrale del PCC, oppure sottoponeva l'Assemblea Nazionale alla direzione del Partito stesso.

⁷³ A. Rinella, *Cina*, cit., 65, con riferimento a Mao e Jiang. Né si tratta di un *trend* esclusivamente cinese, come scrive nella sua trattazione dei caratteri tipici degli ordinamenti socialisti M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., 51.

per circa vent'anni si è avuta una transizione tranquilla al vertice della *leadership* politica e, di conseguenza, anche nella carica di Capo dello Stato⁷⁴.

Tuttavia, con l'avvicinarsi della scadenza della linea di successione e l'emergere di nuove figure politiche assai ambiziose ed influenti, come Xi Jinping, ed in coincidenza con uno scenario interno ed internazionale profondamente mutato, era chiaro che anche questo *totem* del passato si apprestava ad essere rimesso in discussione. Così è stato, infatti, ma non senza un certo grado di resistenza e diffidenza da parte dell'*elite* tradizionale del Partito, destando controversie non solo all'estero ma nella stessa Cina. Ai timori per la possibile ascesa di un *leader* eccezionalmente potente rispetto ai suoi predecessori, destinato a rimanere in carica per un numero potenzialmente illimitato di mandati, o addirittura a vita (un'impresa eguagliata dal solo Mao)⁷⁵, hanno fatto da contraltare le voci favorevoli ad una simile evoluzione del sistema socialista.

Si è sostenuto, ad esempio, che essa risulterebbe necessaria o comunque utile nel contesto politico attuale, dominato da incertezza e conflittualità a livello globale e quindi dal bisogno di una guida stabile ed autorevole del Paese, che non potrebbe essere assicurata dal continuo ricambio ai vertici del Partito e dello Stato, oppure che le regole prestabilite dovrebbero essere derogate in via eccezionale per consentire al Presidente Xi di portare avanti senza interruzioni e con maggior efficienza il suo ambizioso ed esteso programma di riforme e rinascita nazionale⁷⁶. Qualunque sia stata la vera motivazione, la riforma del mandato presidenziale, unita alle considerazioni già svolte circa la ricezione del pensiero di Xi, e persino del suo nome, nel testo del Preambolo, fanno propendere per un evidente accentuarsi della concentrazione e personalizzazione del potere del Segretario del Partito secondo dinamiche molte diverse da quelle prevalse negli ultimi decenni.

Soltanto il trascorrere del tempo potrà rivelare gli effetti complessivi di questa innovazione e permettere una valutazione del suo esito positivo o meno.

4b) 3. Il giuramento sulla Costituzione ed altre novità

Ad una logica non molto dissimile dalle due previsioni appena evocate risponderebbe

⁷⁴ Sulla cui esatta configurazione, peraltro, esiste un dibattito interno alla dottrina nazionale fra coloro che ritengono che esso sia una figura collegiale, composta dal Presidente della Repubblica e dal Comitato Permanente dell'Assemblea (come in altri sistemi socialisti) e coloro che ne sostengono il carattere monocratico. Ne dà conto M. Mazza, *La Cina*, cit., 671 s., favorevole alla seconda tesi. Anche M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., 51, nota come la Costituzione cinese del 1982 rappresenti una delle poche eccezioni alla prassi costituzionale socialista della collegialità.

⁷⁵ Dubbi che iniziarono a manifestarsi già in tempi (relativamente) non sospetti, prima che l'*establishment* cinese iniziasse a discutere seriamente di riforme costituzionali, come riporta C. Minzner, *China After the Reform Era*, cit., 142, sottolineando come Xi stia procedendo a demolire progressivamente le basi sulle quali era stata edificata la stabilità politica cinese dell'ultimo ventennio.

⁷⁶ Così R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era*, cit., 309, che sottolinea anche la "forte valenza simbolica" dell'atto, dato che la Cina non è una Repubblica presidenziale, pur aggiungendo come i poteri del Presidente non siano stati formalmente estesi e come non si assista ad un'aperta "deriva presidenzialista" semplicemente perché il Capo dello Stato, in quanto Segretario del Partito, gode già di una supremazia politica di fatto.

anche il nuovo 3° comma dell'art. 27 Cost., introdotto dall'art. 40 dell'emendamento, ai sensi del quale "I funzionari statali reciteranno un giuramento pubblico di fedeltà alla Costituzione nell'entrare in carica". Si tratta di una scelta che formalizza una decisione già assunta a livello politico nel 2014 dal Quarto Plenum del Partito Comunista⁷⁷, la cui importanza è prettamente simbolica: significa che il legislatore della riforma ha deciso di esaltare la Costituzione come emblema della fedeltà di ogni pubblico funzionario allo Stato e ai suoi valori e regole essenziali, ai quali dovrà conformare la propria azione. Il ruolo centrale assegnato alla Costituzione da questa nuova disposizione sembra dimostrare definitivamente il mutato atteggiamento della *leadership* comunista nei confronti della Carta fondamentale, ormai pacificamente riconosciuta come utile strumento di governo (sebbene priva dell'"ultima parola" nei confronti del potere politico). Essa si conferma così come norma suprema, che tutti i pubblici poteri devono almeno formalmente impegnarsi a rispettare, in un modo oltretutto particolarmente serio e solenne che si avvicina a forme cerimoniali proprie anche di ordinamenti liberaldemocratici⁷⁸. Nonostante questo innegabile passo avanti, a nostro giudizio resta lecito dubitare, per i motivi esposti più volte, dell'effettività vincolatività di una Costituzione nettamente ideologica e programmatica come quella cinese, le cui restrizioni scritte non sempre si sono tradotte nella pratica (anzi, ci pare che il fatto che anche in questo caso una decisione degli organi partitici abbia preceduto ed influenzato una revisione costituzionale illustri chiaramente quale sia la forza trainante e quale quella tenuta ad adeguarsi nell'ordinamento cinese)

Infine almeno un paio di disposizioni riformate sembrano mirare a ribadire e consolidare obiettivi ideologici generali già sanciti nel Preambolo.

Così, l'articolo 38 modifica l'art. 4, 1° comma Cost., di nuovo inserendo l'"armonia" fra le caratteristiche del tipo di relazioni fra nazionalità che deve essere favorito dallo Stato, ed a questo proposito si può rinviare a quanto già scritto a proposito dell'analogia previsione nel Preambolo e della sua *ratio*. Non è però fuori luogo ricordare come il concetto di armonia abbia un profondo radicamento nella cultura tradizionale cinese ispirata ai principi confuciani, da sempre propensa a risolvere le dispute attraverso regole morali e sociali, piuttosto che con il ricorso alla legge scritta, vista come portatrice di conflitti⁷⁹. Questo spiega perché, nonostante il riferimento apparentemente chiaro alla già citata dottrina del Presidente Hu, l'insistenza su tale nozione da parte del testo costituzionale

⁷⁷ Lo riferisce C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 6, che rinvia inoltre alla decisione del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale adottata al fine di implementare la nuova previsione costituzionale, consultabile all'indirizzo: npcobserver.com/2018/02/24/translation-npsc-decision-on-implementing-the-constitutional-oath-system-2018-revision/.

⁷⁸ A partire dai vertici stessi delle istituzioni statali: come ricorda R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era"*, cit., 309, "Il primo a celebrare questo rito civile è stato proprio Xi Jinping, neo-eletto Presidente della Repubblica e della Commissione Militare Centrale, il 17 marzo 2018".

⁷⁹ Così R. Tarchi (a cura di), *Appunti di diritto cinese*, 6 ss., delinea il rapporto fra *li* e *fa* nella Cina tradizionale.

presenti un forte carattere evocativo e simbolico, coerente con la recente rivalutazione dei valori cinesi del passato.

A seguire, secondo la nuova versione dell'art. 24, 2° comma Cost., come emendato dall'art. 39 della riforma, lo Stato, nell'ambito dell'educazione del popolo, è tenuto a sostenere “i valori fondamentali del socialismo”, oltre alle virtù civiche di amore per la patria, il popolo, la scienza, il socialismo etc. Ancora una volta l'accento è posto sui contenuti politico-ideologici, confermandosi la continua vigenza e la centralità della dottrina socialista in una realtà come quella cinese che, negli anni scorsi, era sembrata avvicinarsi notevolmente ai modelli capitalisti ed a concetti giuridici e politici occidentali.

4c) 1. Altre modifiche: il nuovo “Comitato Costituzionale e Legislativo” dell'Assemblea Nazionale

Prima di passare all'ultima sezione dell'analisi delle modifiche costituzionali, dove ci riserviamo di approfondire la nuova ed importante tematica degli organi di supervisione, dedicheremo una sezione a quei mutamenti che, per una ragione o per l'altra, non è facile classificare nelle due categorie delineate in precedenza. Si tratta di disposizioni che paiono dedicate a specifici aspetti dell'assetto costituzionale complessivo, ad esempio gli ambiti di competenza di organi statali o locali, ai quali recano modifiche dall'ampiezza ridotta, ma non per questo sono meno importanti. Se ne esamineranno qui alcuni esempi.

L'art. 44 dell'emendamento costituzionale, oltre ai contenuti che illustreremo più in là, interviene anche sull'art. 70, 1° comma Cost., laddove vengono elencati i Comitati permanenti istituiti in seno all'Assemblea Nazionale: con riguardo ad uno di essi, il Comitato Legislativo, si modifica la dizione in “Comitato Costituzionale e Legislativo”⁸⁰. Questo può apparire un passo limitato, ma ad un esame più accurato si rivela gravido di potenziali conseguenze. Il Comitato in questione, infatti, è titolare di importanti attribuzioni nell'ambito delle procedure parlamentari, poiché ad esso spetta il compito di redigere ed approvare le relazioni di accompagnamento ai disegni di legge da sottoporre all'approvazione parlamentare⁸¹.

In teoria, la nuova previsione sembra aprire ad una maggiore considerazione politico-istituzionale delle questioni relative alla compatibilità costituzionale delle leggi da approvare, argomento fortemente dibattuto nel mondo politico ed accademico cinese⁸², ormai convinto della necessità di introdurre un'alternativa

⁸⁰ “Constitution and Law Committee” nella versione inglese riportata da C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 7.

⁸¹A. Rinella, *Cina*, cit., 54. M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 143 s., accosta le competenze del Comitato in materia di esame preventivo dei progetti di legge al modello francese di sindacato costituzionale, anch'esso storicamente ispirato alla logica del controllo politico preventivo, e ricorda come *ex art.* 36 della Legge fondamentale sull'Assemblea Nazionale esso possa avvalersi della consulenza di giuristi esperti.

⁸² Già nel 2017, in occasione del XIX Congresso del Partito Comunista, la relazione del Presidente Xi includeva un accenno al concetto di *constitutional review* ed alla sua importanza al fine di assicurare il rispetto della Costituzione e salvaguardarne l'autorità (si veda all'indirizzo: www.xinhuanet.com/english/2017-10/20/c_136694449.htm). Ad ogni modo già nello scorso decennio, come accenna G. Ajani, *La Rule of Law in Cina*, cit., “il dibattito fra

all'attuale, macchinoso e di fatto inapplicabile sistema incentrato sull'Assemblea stessa, già al centro delle riferite critiche di coloro che predicano la necessità di un sistema di giustizia costituzionale vero e proprio in Cina al fine di completare la transizione a quel costituzionalismo solo formalmente abbracciato. Qualunque sia la soluzione alla fine prescelta⁸³, non va sottovalutato il citato segnale, che dimostra come la Costituzione ormai abbia acquisito una propria dignità e visibilità a livello politico, e l'esigenza di assicurarle riconoscimento e protezione dal punto di vista giuridico sia condivisa dall'*elite* politica cinese.

4c) 2. Le nuove competenze governative in materia ambientale

Proseguendo, l'art. 46 si propone di intervenire sull'art. 89 Cost., che disciplina funzioni e poteri del Consiglio degli Affari di Stato (ossia il Governo nazionale cinese), per includere nel n. 6 dell'elenco, oltre alla competenza a "dirigere ed amministrare gli affari economici e lo sviluppo urbano e rurale", quella a fare altrettanto per "la costruzione di una civiltà ecologica". La formula richiamata si rifà espressamente a quella impiegata nel Preambolo e sottolinea, ancora una volta, la serietà con la quale la dirigenza cinese si è assunta l'impegno di considerare lo sviluppo sostenibile, la protezione dell'ambiente ed il contrasto ai cambiamenti climatici problemi cruciali, ai quali dedicare, anche a livello di politica costituzionale, la massima attenzione. In particolare, si vuole attribuire un ruolo significativo in materia al Governo centrale, chiamato a dirigere in modo uniforme e coerente interventi che, per raggiungere obiettivi così vasti ed ambiziosi, dovranno sicuramente avere un'ampia portata.

4c) 3. I poteri normativi delle Città divise in distretti

Ancora, per restare nel campo delle variazioni relative all'articolazione territoriale del potere statale si veda il mutamento apportato dall'art. 47 dell'emendamento all'art. 100 Cost. Quest'ultimo viene integrato con un esteso secondo comma che recita: "Le assemblee popolari delle città divise in distretti e i loro comitati permanenti possono adottare regolamenti locali conformemente alle previsioni di legge, purché non contravvengano alla Costituzione, alle leggi, ai regolamenti amministrativi ed ai regolamenti locali delle province o regioni autonome corrispondenti, ed entreranno in vigore dopo essere stati segnalati a ed approvati dai comitati permanenti delle assemblee popolari delle province o regioni autonome

gli autori cinesi sulle diverse possibili modalità di controllo di costituzionalità [aveva] raggiunto una intensità notevole".

⁸³ Sulle eventuali forme che il futuro controllo di costituzionalità cinese potrebbe assumere si veda l'intervista rilasciata a *Legal Daily* da Liang Ying, "director of the Office for Recording and Reviewing Regulations under the Legislative Affairs Commission (LAC) of the NPC Standing Committee (NPCSC)" e riportata all'indirizzo: npcobserver.com/2018/01/26/npscsc-now-researching-expansion-of-constitutional-review/. Per un'analisi dottrinale si veda M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 151 ss., che distingue fra soluzioni praticabili a Costituzione invariata (sotto forma della "creazione di un organo specializzato, comunque subordinato sia all'Assemblea popolare nazionale che al suo Comitato permanente") e quelle che richiedono emendamenti costituzionali (come la creazione di appositi comitati equiordinati o subordinati all'Assemblea o l'attribuzione di compiti di supervisione costituzionale alla Corte Suprema).

corrispondenti”. La novità merita di essere sottolineata con una certa attenzione.

Occorre prima di tutto osservare che, nell’ambito del sistema delle fonti del diritto cinese, numerosi enti territoriali sub statali godono di potestà normative paralegislative che si esprimono attraverso regolamenti delle assemblee popolari locali e/o norme adottate dai governi locali: si tratta di fonti che fanno capo a Province, Regioni Autonome, Città direttamente sottoposte al Governo centrale, Regioni Amministrative Speciali, Zone Economiche Speciali. Le città suddivise in distretti, invece, non erano titolari di simili poteri ai sensi della Costituzione, anche se un primo passo avanti era già stato compiuto dalla riforma della Legge sulla Legislazione intervenuta nel 2015. Questa aveva provveduto a ad estendere l’autonomia normativa a quasi 300 entità municipali, un fatto accolto positivamente dalla dottrina e presentato dallo stesso legislatore come una scelta deliberata nel senso di un maggiore decentramento dell’ordinamento, di una riduzione dello stringente controllo esercitato dal centro sull’autonomia degli enti locali e sulla loro possibilità di disciplinare le varie questioni in modo conforme alle proprie peculiarità⁸⁴.

Proprio per questo la scelta compiuta dal legislatore costituzionale del 2018 assume contorni ancor più importanti, poiché procede a conferire uno *status* costituzionale alla precedente novella legislativa, attribuendole un valore speciale e proteggendola da eventuali tentativi di cancellarla per mezzo di una legge ordinaria⁸⁵. Si intravede una spinta verso il decentramento dell’ordinamento cinese ed una certa autonomia dei soggetti politici sub statali, con il riconoscimento che ad una varietà incommensurabile di condizioni locali differenti deve corrispondere una qualche autonomia delle autorità di governo territoriali per consentire loro di rispondervi nel modo più adeguato esercitando un qualche grado di discrezionalità e flessibilità. Questo non significa, ovviamente, una trasformazione della Cina in senso propriamente federale, dato il carattere tendenzialmente centralista degli ordinamenti socialisti, anche qualora formalmente essi si rifacciano a modelli propri di tale tradizione, come nel caso sovietico⁸⁶; né nello specifico sembra di poter rintracciare nel testo costituzionale indizi in tal senso, a parte limitate tracce di asimmetria istituzionale, con la previsione di diverse categorie di enti locali dotate di poteri e competenze diversificate (Regioni Autonome, Regioni Amministrative Speciali etc.).

Il conferimento di una potestà normativa rilevante a realtà municipali spesso di dimensioni tutt’altro che limitate potrebbe essere, se effettuato coerentemente,

⁸⁴ Così G. Mannocci, *CINA - Nuova legge sulla legislazione*, in *DPCE online* n. 2/2015 ((reperibile all’indirizzo: www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/231), 312, riprendendo le parole della Commissione affari costituzionali del Comitato Permanente, pur chiarendo al contempo che il processo di decentramento sarà graduale, dipenderà dalla legislazione provinciale e riguarderà solo una cerchia delimitata di materie.

⁸⁵ Secondo C. Wei, *Translation: 2018 Amendment to the P.R. C. Constitution*, cit., 8, i nuovi poteri introdotti nel 2015 necessitavano di un fondamento costituzionale, “though one could persuasively argue that they are an extension of provincial legislative powers”.

⁸⁶ Esponente, secondo P. Carrozza, *I rapporti centro-periferia*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I, Bari, 2014, 908 di un federalismo per così dire “etnico”, volto a facilitare la convivenza in un unico ordinamento statale di popolazioni divise dal punto di vista etno-culturale, ma “in larga misura di facciata”.

un buono strumento a questo fine.

4d) 1. L'innovazione più significativa: le Commissioni di Supervisione

Giunti a questo punto, è necessario esaminare per ultima una delle questioni più rilevanti sollevate dalla revisione costituzionale del 2018, forse la più significativa in assoluto, se solo si tiene conto delle conseguenze che è potenzialmente in grado di produrre, dal punto di vista sia politico che più propriamente legale ed istituzionale. Sono infatti numerose le previsioni costituzionali oggetto di modifica, se non di introduzione *ex novo*, dedicate al tema degli organi di supervisione, che costituiscono un'assoluta innovazione rispetto alla passata esperienza costituzionale. Procediamo allora ad analizzare gli emendamenti apportati alla Costituzione, considerandoli nell'ordine seguente: dapprima si guarderà al nucleo vero e proprio della riforma, ossia la nuova sezione della Carta dedicata proprio a questi organi ed alle loro funzioni (nonché ai motivi della loro adozione), aggiungendovi poi il riferimento a quelle previsioni che mirano ad integrare le nuove disposizioni nel *corpus* preesistente, alterando le competenze ed il ruolo di altri organi costituzionali. In conclusione, si cercherà di tracciare un bilancio dell'impatto della riforma sul sistema preesistente, anche alla luce delle sue potenziali connotazioni politiche.

4d) 2. Caratteri e scopi della nuova istituzione

Approfondendo le considerazioni di cui sopra, osserviamo che l'art. 52 della legge costituzionale approvata dall'Assemblea Nazionale apporta la modifica più vasta ed organica di tutte quelle contenute nella revisione, introducendo una nuova sezione (la n. 7, intitolata "Le Commissioni di Supervisione") nel capitolo III della Costituzione, che disciplina la struttura dello Stato e dei suoi organi. Anche in questo caso, per comprendere la *ratio* di una così consistente integrazione, devono essere presi in considerazione elementi politici estranei al testo.

Non va infatti dimenticato che una delle politiche più caratteristiche (e popolari nell'opinione pubblica⁸⁷) della Presidenza Xi è stata la lotta implacabile contro le forme di corruzione ed abusi dei pubblici ufficiali e membri del Partito, un fenomeno tanto diffuso e grave da apparire in precedenza pressoché inestirpabile e tale da rappresentare un ostacolo quasi insormontabile al rispetto concreto delle previsioni costituzionali e legislative formali ed all'affermazione di un sistema basato sul principio di legalità⁸⁸. Lo strumento del quale l'attuale Presidente si è avvalso con forza ed efficienza per reprimere ogni comportamento dei pubblici ufficiali non conforme ai propri doveri d'ufficio o alla legge è stato quello degli organi disciplinari interni al Partito⁸⁹, che non di rado hanno agito in

⁸⁷ Sui malumori della classe politica e sui sospetti di strumentalizzazione di tali indagini e procedimenti si veda C. Minzner, *China After the Reform Era*, cit., 137 s.

⁸⁸ Sul problema della corruzione in Cina si sofferma in numerosi passi R. Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, cit.

⁸⁹ Apparato significativamente definito "secretive" e gestito da "opaque rules" da C. Minzner, *China After the Reform Era*, cit., 138.

modo da soppiantare la giustizia ordinaria, ad ennesima dimostrazione del valore assai relativo del concetto di Stato di diritto trasportato nella realtà cinese.

La consacrazione a livello costituzionale di un sistema disciplinare parallelo a quello giurisdizionale generale ci appare, quindi, significativa, così come le caratteristiche e le funzioni attribuite agli organi istituiti. Procediamo quindi all'analisi dei cinque nuovi articoli aggiunti (123-127), i quali hanno peraltro prodotto la conseguenza di dover rinumerare tutte le disposizioni successive.

L'art. 123 afferma che le commissioni di supervisione ai vari livelli territoriali sono gli organi di supervisione dello Stato, mentre l'articolo successivo procede ad istituire una Commissione di Supervisione Statale ed altre a livello locale, specificando la composizione di tali enti. Ognuno di essi è dotato di un proprio Presidente destinato a restare in carica per un mandato pari alla durata della legislatura dell'assemblea popolare posta allo stesso livello di governo, dalla quale è eletto ed eventualmente rimosso. Si noti, peraltro, che il Presidente della Commissione Statale non può ricoprire più di due mandati consecutivi, secondo quanto era previsto fino al 2018 per il Presidente ed il Vicepresidente della Repubblica ed è ancora prescritto dalla Costituzione per il Primo Ministro, il suo vice ed i Consiglieri di Stato *ex art. 87*. L'art. 124 stabilisce inoltre una riserva di legge in materia di organizzazione, funzioni e poteri delle commissioni di supervisione, riserva alla quale ha dato seguito una legge fondamentale approvata sempre nel 2018⁹⁰.

158

L'art. 125 pone la Commissione di Supervisione Statale della Repubblica Popolare Cinese come vertice del sistema di supervisione, incaricata di dirigere l'operato delle commissioni di livello inferiore e di supervisionarne l'attività direttiva. L'art. 126, dal canto suo, delinea la responsabilità della Commissione Statale nei confronti dell'Assemblea Nazionale e del suo Comitato Permanente, parallelamente a quella che lega le commissioni locali da una parte agli organi del potere statale che le hanno create (ovvero le assemblee di vario livello ed i rispettivi comitati permanenti), dall'altra anche nei confronti degli organi di supervisione di grado superiore. Infine, l'art. 127 mira a conferire alle commissioni una posizione di (relativa) indipendenza, vincolandole esclusivamente al rispetto delle previsioni di legge e vietando espressamente ogni interferenza nelle loro attività da parte di ogni organo amministrativo, organizzazione pubblica o individuo, pur prevedendo, almeno sulla carta, spazi di collaborazione (ed al contempo di controllo reciproco) con organi giurisdizionali, procure e forze dell'ordine laddove si tratti di casi di "abuso illegale o criminale di pubblico ufficio" (2° comma).

Proseguendo col secondo dei passaggi che ci siamo posti, l'art. 37 interviene sull'art. 3, 3° comma Cost., prevedendo che oltre agli organi amministrativi, giurisdizionali e delle procure anche gli organi di supervisione siano creati dalle assemblee popolari, verso le quali sono responsabili ed alla cui supervisione sono assoggettati. Emerge così, come approfondiremo, una sostanziale equiparazione dei nuovi enti di supervisione ad organi già esistenti, ai quali sono accomunati soprattutto dal fatto di essere comunque assoggettati a responsabilità verso le

⁹⁰ Sulla quale si consulti R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era*, cit., 309 s.

assemblee popolari, titolari del potere politico supremo. L'argomento accennato viene sviluppato in particolare dagli artt. 41, 42, 43 e 44 dell'emendamento, i quali sono dedicati a tracciare i rapporti istituzionali fra l'Assemblea Nazionale e la corrispondente commissione statale.

Il primo attribuisce all'Assemblea Popolare Nazionale la competenza all'elezione del Presidente della Commissione di Supervisione Statale (art. 62, n.7 Cost.); il secondo provvede analogamente con riguardo al potere di rimozione (art. 63, n. 4 Cost.); il terzo estende le situazioni di incompatibilità per i componenti del Comitato Permanente, comprendendovi anche gli incarichi negli organi di supervisione statale (art. 65, 4° comma Cost.); l'ultimo, infine attribuisce al Comitato Permanente dell'Assemblea il potere di supervisione sulla Commissione di Supervisione Statale (art. 67, n. 6 Cost.). Con riguardo invece alle competenze governative, l'art. 89, n. 8 Cost. viene modificato (art. 46 dell'emendamento), sottraendo al Consiglio degli Affari di Stato il potere di dirigere ed amministrare le attività di supervisione. Lo scopo è evidentemente quello di tagliare ogni collegamento fra la nuova, importante branca del potere statale costituita dagli organi di supervisione ed il vertice dell'amministrazione nazionale, perseguendo scopi che illustreremo più chiaramente in conclusione della nostra analisi.

Quanto previsto a livello nazionale viene poi attentamente replicato ai livelli di governo inferiori, in modo da costruire un'organizzazione simmetrica ad ogni piano territoriale. Così, l'art. 48, nel suo modificare l'art. 101, 2° comma Cost., non fa altro che riprendere quanto già riferito *supra* a proposito degli artt. 41-42, poiché attribuisce alle assemblee popolari locali dal livello di contea in su il potere di eleggere i presidenti delle commissioni di supervisione istituite al medesimo livello di governo, replicando quanto stabilito per l'Assemblea Nazionale. Ugualmente, l'art. 49 estende anche ai membri dei comitati permanenti delle assemblee suddette il divieto di partecipare contemporaneamente agli organi di supervisione, oltre a quelli giurisdizionali e delle procure (art. 103, 3° comma Cost.). Restando in argomento, l'art. 50 riforma l'art. 104 Cost. assegnando ai comitati permanenti delle assemblee popolari locali il potere di supervisione sulle corrispondenti commissioni di supervisione, e l'art. 51 fa altrettanto con l'art. 107, 1° comma Cost., nel senso di togliere tale ruolo ai governi locali.

Come si può osservare, le previsioni relative al nuovo sistema di supervisione pubblica si presentano come innovative rispetto al testo originario, ma allo stesso tempo hanno le loro fondamenta nel panorama politico-costituzionale preesistente. Quello che il legislatore della revisione del 2018 ha cercato di effettuare, in buona sostanza, è stato il tentativo di rafforzare, migliorare e dare veste costituzionale a strumenti di lotta agli abusi già esistenti a livello di prassi politica adattandone alcune caratteristiche a schemi costituzionali già utilizzati, giungendo sino al punto di reimpiegare le stesse formule linguistiche.

Così, ad esempio, la posizione istituzionale delle commissioni di supervisione appare paragonabile a quella delle corti e delle procure popolari. In entrambi i casi l'organo è inserito in una gerarchia piuttosto rigida, disciplinata per legge ed organizzata su vari gradi corrispondenti ai diversi livelli di governo territoriale, al vertice dei quali è posto un organo supremo competente per l'intero territorio

nazionale e chiamato ad esercitare una forma di controllo sul funzionamento generale del sistema. Per tutti e tre gli ordini di istituzioni è previsto poi uno stretto legame con gli organi esponenziali del potere sovrano statale, ossia le assemblee popolari, alle quali spetta il potere di nominare il titolare della carica presidenziale dell'organo di vertice (Corte Suprema del Popolo, Procura Suprema del Popolo, Commissione di Supervisione Statale) ed anche eventualmente di rimuoverlo, facendo così valere la responsabilità dell'organo. Inoltre, secondo il canone socialista della doppia dipendenza, la responsabilità si indirizza anche verso gli organi della stessa categoria posti in posizione gerarchica sovraordinata⁹¹.

Né risulta contraddittorio o paradossale il fatto che, per tutte e tre le categorie di organi, la responsabilità nei confronti dell'organo assembleare si accompagni alla dichiarata soggezione esclusivamente alla legge ed alla proibizione di ogni forma di interferenza da parte dell'amministrazione, di enti pubblici o privati. Questi ultimi derivano infatti le proprie attribuzioni dall'assemblea, unica titolare dell'unitario potere statale e quindi legittimata a ridefinire le sfere di competenza dei suoi organi ausiliari mediante proprie leggi, senza che l'apparato della pubblica amministrazione possa esercitarvi forme di supervisione⁹². Ulteriori somiglianze sono costituite dalla previsione di forme di incompatibilità fra cariche all'interno dei vari organi (in particolare per coloro che già fanno parte dei comitati permanenti delle assemblee, ad assicurare una certa separazione istituzionale fra controllori e controllati) e dal riconoscimento che devono esistere forme di collaborazione fra organi deputati, in una veste o nell'altra, ad occuparsi della tutela della legalità e della repressione di illeciti, che avvenga in generale o con riferimento a reati specifici, come quelli commessi da pubblici ufficiali abusando delle loro funzioni⁹³.

4d) 3. Conseguenze politiche ed istituzionali: un nuovo potere dello Stato?

Tutto questo, dunque, pone l'introduzione nella Costituzione del sistema di supervisione pubblica in linea di continuità con i lineamenti generali dell'ordinamento cinese. Tuttavia, ci sono altri aspetti che inducono a pensare che la riforma da ultimo citata non sia un'operazione di integrazione e manutenzione come tutte le altre, ma proceda, proprio sotto l'apparente riparo della continuità e della familiarità dei concetti, ad operare uno sconvolgimento tutt'altro che superficiale.

Non manca chi, infatti, sostiene che con la costituzionalizzazione della supervisione si avrebbe addirittura la nascita di un nuovo potere dello Stato, diverso dai tre classici definiti da Montesquieu ed epigoni ed attinente piuttosto

⁹¹ *Ex art. 128 Cost.* questo schema non si applica alle Corti del Popolo, responsabili solo verso le corrispondenti assemblee popolari, anche se comunque sottoposte alla supervisione delle corti superiori. Per maggiori dettagli sull'organizzazione degli organi giudiziari in Cina, con riferimento tanto alle Corti quanto alle Procure del Popolo, si veda M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, cit., 81 ss.

⁹² Non a caso, come si è rilevato *supra*, la riforma del 2018 fra le molte previsioni è intervenuta anche per privare il Consiglio degli Affari di Stato ed i governi locali di tutti i poteri di direzione e supervisione relativi agli organi di supervisione ed alle loro attività.

⁹³ Si veda il nuovo art. 127, 2° comma come citato *supra*.

ad alcune concezioni politico-istituzionali tratte da epoche storiche passate, come l'apparato dei censori imperiali o la teoria dei cinque poteri di Sun Yat-Sen⁹⁴. Tali accenni sembrerebbero suggerire un'evoluzione in senso specificamente nazionale dell'ordinamento, con l'abbandono o quantomeno il ridimensionamento di modelli visti come frutto di influenze esterne o di un'imposizione culturale non più gradita ai sensi della nuova narrativa sino-centrica e nazionalista. Oltre a ciò, non si può negare che, nonostante il tentativo di ripercorrere i sentieri familiari dell'organizzazione gerarchica statale e di prevedere un almeno formale controllo assembleare sulle nuove commissioni, esse risentano profondamente dell'influenza della loro origine partitica ed extraistituzionale.

Ispirate da e destinate ad affiancare gli organi disciplinari istituiti nell'ambito del Partito Comunista col compito di far valere le responsabilità dei membri di quest'ultimo⁹⁵, il loro spazio di operatività viene delineato con estrema ampiezza dalle nuove norme costituzionali e legislative, acquisendo un'estensione indefinita e soprattutto dignità statale e costituzionale. Al contempo esse si mantengono separate dalla giustizia ordinaria (i rapporti con la quale sono improntati ad un principio di reciproca collaborazione ma anche di mutuo controllo che di fatto non chiarisce il punto di incontro delle rispettive competenze). Inoltre, per ed quanto le commissioni siano organizzate in modo tale da rispondere formalmente all'Assemblea Nazionale, alcuni autori hanno sospettato che, viste le loro origini politiche e l'onnipresenza del Partito nelle istituzioni, di fatto il vero rapporto di dipendenza intercorra con il Partito ed il Presidente/Segretario stesso⁹⁶.

Infine, colpisce, almeno in una prospettiva di nominale accettazione del concetto di *rule of law* (sia pur socialista)⁹⁷ il fatto che a tali organi sia attribuito il potere di adottare misure anche fortemente restrittive della libertà personale senza seguire le procedure maggiormente garantiste della giustizia ordinaria⁹⁸, ciò che mostra come, anche da questo punto di vista, il "costituzionalismo" cinese non sia (sempre) sinonimo di restrizione del pubblico potere.

⁹⁴ R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era*, cit., 310.

⁹⁵ Sistema che fra l'altro, come osserva R. Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, cit., 214, in passato si era prestato a numerosi abusi a favore di membri di spicco del Partito, esentandoli dalla giurisdizione ordinaria.

⁹⁶ Su queste ambiguità ed implicazioni si pronuncia R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era*, cit., 310, che ricorda i poteri molto ampi in materia di sorveglianza, ispezione, indagine e sanzione attribuiti alle commissioni di supervisione ed il numero notevole di categorie politiche e professionali suscettibili di vedere la propria condotta indagata e giudicata da esse.

⁹⁷ Che pure aveva registrato negli anni precedenti alcuni passi avanti quanto al concepire lo strumento legislativo come mezzo di tutela dei diritti; G. Mannocci, *CINA- Nuova legge sulla legislazione*, cit., 311 s., ricorda ad esempio la riserva di legge in materia tributaria introdotta dalla riforma della Legge sulla Legislazione del 2015.

⁹⁸ R. Cavalieri, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era"*, cit., 310, rileva delle continuità fra i poteri concessi ai nuovi organi e quelli dei loro predecessori.

5. Conclusioni

In breve, cerchiamo di riassumere i numerosi punti sollevati dalla riforma costituzionale cinese del 2018 per trarre un quadro d'insieme finale.

Abbiamo iniziato l'indagine per cercare di rispondere al quesito se essa, a prescindere dalla sensazione suscitata da tali dettagli, si incentri o meno esclusivamente sull'eliminazione di ogni limite al numero di mandati del Presidente della Repubblica e sulla celebrazione del suo pensiero, e sia pertanto volta a conferire meramente una patina di costituzionalità ad uno sviluppo in senso maggiormente autoritario e personalistico dell'ordinamento cinese. La constatazione non è priva di fondamento, ma occorre effettuare delle precisazioni.

Non si può negare che la citata previsione sui mandati presidenziali, unita all'espressa costituzionalizzazione del pensiero di Xi Jinping, risponda ad esigenze politiche contingenti di consolidamento del potere dell'attuale *leader* e della sua teoria politica (con l'aggiunta che in questo caso il riconoscimento costituzionale avviene, in maniera alquanto eccezionale, *durante* il suo mandato, e non in seguito alla sua cessazione come per i *leader* precedenti). Ciò si situa in una cornice più ampia di rafforzamento dell'autorità del Partito, di nuovo menzionato dal testo costituzionale vero e proprio dopo una quasi quarantennale assenza come carattere essenziale ed ineliminabile del socialismo con caratteristiche cinesi.

Più in generale, la revisione in questione appare un tentativo di aggiornare l'ordinamento costituzionale della Repubblica Popolare a quelle che vengono percepite come le esigenze concrete e le sfide del futuro, introducendo nuovi valori fondamentali e nuovi obiettivi nella parte programmatica (ma non per questo meno importante) della Carta e procedendo a fornire costruzioni alternative dell'architettura statale e dell'equilibrio dei poteri.

Queste ultime sono visibili, ad esempio, nella tendenza al decentramento legislativo, nell'attribuzione al Governo di importanti competenze per la gestione della politica ambientale (oggetto di più di un richiamo in varie parti del testo) e nell'introduzione degli organi di supervisione, i quali, come si è visto, sono destinati con ogni probabilità a svolgere anche una funzione squisitamente politica. La stessa Costituzione sembra ricevere una maggiore attenzione e dignità rispetto al passato, come dimostrano la previsione di uno specifico giuramento per il suo rispetto da parte dei pubblici funzionari e di un'apposita commissione permanente dell'Assemblea Nazionale dedicata a questioni costituzionali (anche se dai contorni ancora poco chiari), entrambe forme di protezione e di esaltazione della Carta e dei valori fondamentali che rappresenta.

L'impressione che ne deriva è quella di una realtà che, a seguito di decenni di apertura ed imitazione di modelli liberaldemocratici, si trova nella difficile posizione di dover scegliere fra mantenersi fedele ai propri principi basilari, mai rinnegati, ed anzi continuamente confermati, ed un'ulteriore evoluzione verso il concetto occidentale di Stato di diritto/*rule of law*, o almeno la sua trasposizione più fattibile nel contesto cinese. Con i suoi caratteri ambivalenti, la revisione della quale abbiamo parlato sembra comunque dar luogo ad una ragionevole aspettativa di ripercussioni future non necessariamente coincidenti con l'auspicata trasformazione del sistema in senso favorevole ad un'effettiva centralità dei diritti

costituzionali fondamentali, secondo quanto sembrava possibile immaginare un tempo sulla scia del caso *Qi Yuling*.

In effetti, se solo si prende in considerazione l'ultima riforma costituzionale precedente, quella del 2004, appare evidente come essa fosse rivolta in buona misura ad aprire la realtà cinese all'esterno, allineandola ad un insieme di paradigmi e concezioni comunemente considerati centrali dalla comunità internazionale ai fini della liberalizzazione economica e (in parte) politica, il tutto sullo sfondo dell'incalzare della globalizzazione e della necessità di forme di collaborazione sovranazionale. Al contrario, la revisione del 2018 pare invece ripiegarsi su se stessa, risultando strumentale ad obiettivi essenzialmente di politica interna, di consolidamento del potere di una classe politica e delle istituzioni ove questa esercita il proprio ruolo, e ribadendo i cardini ed i valori chiave dell'ordinamento socialista, che viene aggiornato e rafforzato per resistere alle sfide del futuro, se necessario attraverso strade diverse rispetto a quelle del recente passato. Leggendo soprattutto le parti maggiormente programmatiche ed ideologiche aggiunte dalla nuova riforma si coglie nettamente l'insistenza sulle caratteristiche specificamente cinesi del sistema politico e delle istituzioni socialiste disciplinate, ed il clima appare molto meno favorevole all'importazione di esperienze straniere.

Con ogni probabilità, in conclusione, i veri effetti della riforma, politici e giuridici, si vedranno solo col tempo⁹⁹.

⁹⁹ Lo prediceva già prima dell'attuale revisione costituzionale C. Minzner, *China After the Reform Era*, cit., 142, come effetto a lungo termine degli eventi del 1989.

Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni

di Giuseppe Franco Ferrari

Abstract: Corruption and anti-corruption; general features and commonplaces – This paper introduces the subject of corruption and of the fight to corruption.

Keywords: Transparency; Corruption; Public administration.

1. La corruzione nel diritto comparato

La lotta alla corruzione è divenuta ormai uno dei filoni più importanti dell'evoluzione del diritto penale come di quello amministrativo praticamente in tutto il mondo: la letteratura sul tema, sia su profili generali che con riferimento a singoli ordinamenti, è di mole schiacciante; l'attenzione delle istituzioni internazionali e globali, a cominciare dal business e dalla finanza, è elevatissima; la diffusione crescente delle graduatorie internazionali riflette una sensibilità da tempo uscita dalla sfera etica per muoversi su molti versanti del terreno giuridico, alla ricerca di rimedi adeguati; questa esplorazione ha però ormai lasciato da parte approcci massimalisti e volontaristici per indagare anche le controindicazioni, in termini di rapporto tra costi e benefici, di talune delle soluzioni ipotizzate; si è infine ormai imparato ad evitare di chiudere il cerchio con conclusioni che rinviavano con rassegnazione al dato antropologico, o a fattori meramente culturali, prendendo atto della difficoltà di contenere il fenomeno corruttivo dentro rigidi schemi interpretativi ed a maggior ragione prescrittivi, specie in una mai così difficile ottica comparata.

Molti ordinamenti, in specie quelli europei, hanno iniziato ad occuparsi del fenomeno autonomamente, a vario titolo. In Francia, ad esempio, la prima Loi Sapin¹ ha avviato nel 1993 un processo di razionalizzazione delle misure di contenimento, perfezionato poi con gli ulteriori interventi normativi del 2007², 2013³ e 2016⁴; la dottrina ha accompagnato e assecondato, quando non sollecitato queste riforme, a prescindere da forze di influenza esterna⁵. In Italia, risalgono agli anni '90 del secolo

¹ Loi n. 1993-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

² Loi n. 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

³ Loi n. 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

⁴ Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁵ V. ad es. J. Tulard, G. Thuillier, *Administration et corruption*, in *Rev. Adm.*, 1993, n.272, 111 ; J.-B. Auby, *Les voies de la lutte contre la corruption administrative*, in *Droit adm.*, 1999, 3.

scorso sia le iniziative investigative penali più note sia le discipline procedurali intese a semplificare l'azione amministrativa, anche nel tentativo di renderla meno permeabile ad intermediazioni burocratiche ed a conseguenti approcci estorsivi⁶; anche da noi la dottrina ha esercitato spesso un ruolo trainante di fronte ad incertezze e lentezze del legislatore parlamentare e governativo: anche prescindendo dal Rapporto Giannini del 1979, la letteratura amministrativa, penale ed economica sul fenomeno, contenente diagnosi ma anche raccomandazioni e sollecitazioni⁷. In Gran Bretagna, dove peraltro la cultura del redress of grievances affonda le radici in una storia secolare, la creazione delle due Law Commissions rispettivamente per Inghilterra e Galles e per la Scozia, a fini di garanzia della qualità del prodotto normativo e per conseguenza adeguati livelli di certezza del diritto risale addirittura agli anni '60, mentre il collegamento con la prevenzione della corruzione è emerso sul finire degli anni '90, con la pubblicazione di uno specifico report⁸, anche se gli interventi legislativi hanno dovuto poi attendere fino al 2010, con la promulgazione del Bribery Act di quell'anno⁹. In Germania, infine, risale al 1997 il Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, che ha sistematizzato le discipline penalistiche, adeguandole alle esigenze di un'economia con componenti privatistiche molto più marcate.

Il fenomeno corruttivo nella sfera politico-amministrativa ha dunque cominciato ad essere percepito come sistemico, al di là delle fattispecie criminose a livello micro, per le quali le disposizioni penali esistenti, anche laddove frammentarie e risalenti nel tempo, poteva essere sufficienti, subito dopo l'avvio dei fenomeni riconducibili alla globalizzazione, ovvero dopo la fine dei blocchi e l'internazionalizzazione dell'economia. Non è improbabile che le misure di contenimento, prevenzione e repressione precedentemente in uso divenissero o per lo meno apparissero subitaneamente inadeguate in presenza del nuovo dinamismo che investiva le democrazie occidentali e con esse gradualmente il mondo intero. Tale effetto può ricondursi ad almeno due cause, tra loro connesse. Da un lato, la trasformazione del ruolo dei soggetti pubblici in presenza di fenomeni massicci di liberalizzazione e privatizzazione, contestati da pochi, almeno fino alla crisi iniziata nel 2008, con conseguente apertura delle pubbliche amministrazioni a moduli organizzativi e procedurali prima poco utilizzati o del tutto ignoti¹⁰. Dall'altro, il depotenziamento della sovranità statale, specialmente sul terreno delle prerogative economiche e finanziarie, ha innescato non solo la pressoché totale libera circolazione dei capitali e la internazionalizzazione degli investimenti, ma anche, e per conseguenza,

⁶ Ovvio il riferimento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo ed alle due leggi cd. Bassanini, 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127, e poi ancora alle leggi 16 giugno 1998, n. 191 e 8 marzo 1999, n. 50.

⁷ Basterà ricordare a titolo di mero esempio, nella imponente produzione degli anni '90, D. Della Porta, A. Vannucci, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, 1994; M. D'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994; S. Cassese, G. Galli (a cura di), *L'Italia da semplificare: I. Le istituzioni*, Bologna, 1998.

⁸ *Law Commission, Legislating the Criminal Code: Corruption Consultation Paper*, CP n.145.

⁹ Preceduto dalla pubblicazione di un altro report della Law Commission, *Reforming Bribery. A Consultation Paper*, CP n. 229.

¹⁰ Cfr. ad es. M. Bianco, P. Sestito, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo*, Bologna, 2010 e G. Amato, *Liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. Torchia, F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005.

l'avvio di nuovi meccanismi competitivi per l'allocazione delle risorse accompagnati dalla ricerca emulativa di un'immagine di efficienza e di responsabilità, di correttezza e di eticità. Questo secondo, irresistibile trend ha indotto prima le democrazie classiche e poi gradualmente gli ordinamenti di Asia, Africa e America latina, che in passato non avevano vissuto i fenomeni corruttivi come un grave problema o addirittura se ne erano avvalsi come segno distintivo a fini letterari¹¹, culturali, economici, a cimentarsi in un'analisi introversa, finalizzata prima di tutto a risultati di pulizia di immagine ed in secondo luogo, e forse in subordine, di rinnovata ed adeguata razionalizzazione istituzionale.

È solo dopo questo risveglio di attenzione da parte degli Stati che prende forma l'intervento di organismi internazionali, a cominciare dall'ONU e proseguendo con OCSE, World Bank e Transparency International, che avviano sia iniziative promozionali che classificazioni su scala globale, a metà tra meri indici di valutazione e soft law, per l'efficacia dispiegata sul piano della considerazione internazionale nei rapporti economici, finanziari ed in ultima analisi politici. Il Worldwide Governance Indicator della World Bank nasce infatti nel 1996, con il supporto di una serie di surveys di natura mista, elaborati da soggetti di diritto internazionale e NGOs, che si allargano dal ristretto dato del control of corruption a rule of law e regulatory quality. Il Corruption Perception Index (CPI) di Transparency International risale invece al 1995, quando un gruppo di ricercatori tedeschi, con base presso l'Università di Passau iniziano ad incrociare una dozzina di altre istituzioni, tra cui ancora il WBG ed il World Economic Forum, oltre ad altre unità universitarie di ricerca, giungendo ad oggi ad esaminare 180 Paesi: la correlazione dei progressi in questo ranking con la crescita del PIL. Nel 2004 nasce invece il Global Competitiveness Report, creato dal World Economic Forum, fondato su circa 110 variabili, per circa due terzi di provenienza privatistica ed un terzo a genesi pubblicistica, che tende a misurare la capacità di utilizzare produttivamente le risorse disponibili per generare prosperità ed a tradurre queste valutazioni micro- e macro-economiche in un Index annuale, che reca rankings per Paese e genera competizione emulativa tra ordinamenti non solo sul terreno economico ma, almeno indirettamente, anche su quello politico, potendo fungere da guida per gli investimenti di fondi e operatori tradizionali: qui la corruzione penalmente rilevante si collega al tasso di efficienza del sistema giudiziario, alla qualità della regolazione, all'invasività del red tape. Si tratta ovviamente di valutazioni fondate su criteri economici, che spesso richiedono metodologie da economic analysis of law, che peraltro spesso finiscono col trasformare raffinati questionari individuali in rozze approssimazioni generali. Altri rapporti ad orientamento economico ma inclusivi della valutazione del fenomeno corruttivo sono il Doing Business sempre del World Bank Group e l'Index of Economic Freedom della Heritage Foundation e del Wall Street Journal. Il primo, strutturato come un gioco, consistente nel calcolo della distanza dal frontier score, è nato nel 2001 e si incentra soprattutto sulle riforme amministrative, facendo grande uso di scritti accademici. Il secondo, ideato nel 1995 e sviluppato da fine millennio, che utilizza parametri come l'indipendenza ed efficienza del Giudiziario,

¹¹ Molta letteratura del XIX e del XX secolo descrive il rapporto tra protagonisti occidentali e realtà del secondo o del terzo mondo coloniale e post-coloniale in termini che considerano la corruzione ordinaria e forse commendevole, se non necessaria: si pensi tra i tanti a Kipling, Conrad, Melville, London, Verne, Hemingway, Greene.

la presenza e la percezione della corruzione in quanto correlate all'integrità delle politiche governative, la salute fiscale, i regimi della moneta, del commercio, della proprietà.

Non può sfuggire che questi indici, tutti business-oriented, dopo mediamente oltre un decennio dalla loro introduzione, presentano ancora debolezze metodologiche e gaps fattuali, sono stati anche aspramente criticati da Governi tra i meglio indicizzati, come quello norvegese, e non sono esenti da contraddizioni. Ad esempio, la rapidità nel mettere mano a riforme normative può non essere o essere inversamente correlata al tasso di democrazia; il non richiedere dimensioni minime ad un investimento colloca al primo posto del relativo parametro la Colombia, il cui tasso di corruzione non è certo modesto. E così via.

Altre iniziative continentali o globali si sono mosse su di un piano più istituzionale.

E' nato così nel 1999 il GRECO (Group of States against corruption), organo del Consiglio d'Europa, con allo stato 49 membri effettivi (tra cui gli USA) e 10 osservatori, che opera anche più incisivamente mediante raccomandazioni generali indirizzate a tutti i membri, ad esempio per l'adozione diffusa di rules of conduct, o specificamente destinate ad alcuni in ordine a singoli fenomeni.

Sono altresì fiorite le convenzioni internazionali su scala sia continentale sia globale, sempre sul finire degli anni '90. In Europa, la Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità, del 1995, con il relativo Protocollo di Dublino del 1996, la Convenzione di Varsavia del 2005, sul money laundering, promossa dal Consiglio d'Europa, e, sempre dietro iniziativa di quest'ultimo, le due Convenzioni, civile e penale, del 1999. A livello planetario le Convenzioni OCSE on Combating bribery of foreign public officials del 1997 e la Convention against corruption delle Nazioni Unite (UNCAC), datata 2003¹².

Le iniziative statali degli anni '90 vengono così riprese, raddoppiate e superate di slancio da un folto numero di trattati, protocolli e softlaw, in cui organizzazioni internazionali di diritto pubblico e organizzazioni non-governative si intersecano, si sostengono a vicenda, contribuiscono a creare un diritto globale sempre meno soft. Si è insomma venuto a creare una forma di circolazione verticale di istituti e modelli, tra ordinamenti statali, attivi per primi in ordine di tempo, e livelli continentali e globali, sensibilizzati non da subito ma divenuti prontamente protagonisti di una produzione normativa e classificatoria alluvionale e capace di grande influenza mediatica e persuasiva. Si tratta in realtà di una modalità tipica della comparazione degli ultimi decenni, ma di particolare intensità, dato il numero degli interventi e la velocità della circolazione dei loro contenuti. In parallelo a questa sinergia circolatoria, il formante dottrinale ha ovviamente conosciuto un rigoglioso sviluppo, arricchendo la bibliografia di un numero di titoli ormai soverchiante sui più diversi versanti della problematica: dalle cause ai rimedi, dai controlimiti alle tecniche rimediali al bilanciamento degli altri interessi pubblici con questa nuova forma di interesse pubblico ormai generalizzato, dalle fenomenologie regolatorie all'uso delle tecnologie più recenti come strumento di

¹² Su questi ed altri atti convenzionali, cfr. L. Borlini, *Not such a retrospective: riflessioni sull'origine, sviluppo e conseguimenti della cooperazione internazionale anticorruzione*, in questa *Rivista*, 2019, 275 e prima ancora M. Arnone, L. Borlini, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham, 2014.

contrasto, dalle tipologie di tecniche sanzionatorie ai controlli interni ed esterni ed alloro controindicazioni¹³. Ma non è mancato uno straordinario sviluppo della ricerca storica¹⁴, di fronte al quale le rituali citazioni di qualche caso storico famoso, da Temistocle a Bismarck, dalla Banca romana al Cancelliere Kohl o alla vicenda Lockheed, sbiadiscono e lasciano spazio a ricostruzioni precise e dettagliate.

Nonostante l'enorme crescita delle informazioni disponibili, l'ormai diffusa percezione che nell'economia globalizzata i fenomeni corruttivi assumono natura profondamente diversa dal passato, ed il coinvolgimento nel problema e nelle sue prospettive di soluzione di un numero e di una tipologia di attori senza precedenti, il concetto stesso di corruzione è ancora in discussione. La stessa formulazione più ristretta, vicina alle definizioni penalistiche abbastanza simili almeno nel contesto europeo, è venuta ampliandosi a dismisura: il Rapporto Onu del 2015¹⁵ elenca undici fattispecie penalmente rilevanti, ed i relativi termini diffusi nei sistemi anglo-sassoni¹⁶. Con questi dati si rimane però al livello micro, della corruzione soggettiva¹⁷, mentre il fattore che ha generato l'esplosione di interesse istituzionale e dottrinale per i fenomeni corruttivi è stato proprio il loro dilatarsi ad una dimensione oggettiva e sistemica, che per altro verso contribuisce a renderne più difficilmente misurabili l'estensione e l'efficacia dei rimedi¹⁸.

A questo punto, quindi, l'indagine si allarga al lobbismo ed alle sue regole (o mancanza di regole), alla cattura dei regolatori, studiata peraltro dalla dottrina amministrativistica statunitense almeno dagli anni '50 del secolo scorso, ai codici di condotta delle pubbliche amministrazioni e poi a quelli delle imprese private, alla disciplina più o meno penetrante dei conflitti di interesse, alla trasparenza dei dati

¹³ A titolo puramente esemplificativo, v. D. della Porta, A. Vannucci, *The Hidden Order of Corruption. An institutional approach*, Aldershot, 2012; J. Monk, *Reform of Regulatory Enforcement and Inspections in OECD Countries*, OECD, 2012; P. Graeff, J. Grieger, *Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung*, Baden-Baden, 2012; R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford, 2012; D. Lawler, *Frequently Asked Questions in Anti-Bribery and Corruption*, Chicago, Ill. 2012; J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud, *Corruption and Conflict of Interest. A Comparative Law Approach*, Northampton, Ma., 2014; A. del Vecchio, P. Severino, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014; M. de Benedetto, *Administrative Corruption*, in J. Backhaus, *Encyclopedia of Law and Economics*, Berlin, 2014; G. Barbieri, F. Giavazzi, *Corruzione a norma di legge*, Milano, 2014; M. D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

¹⁴ V. ad es. R. Kroeze, A. Vitória, G. Gueltner, *Anti-corruption in History: From Antiquity to the Modern Era*, Oxford, 2017; F. Heimann, M. Pieth, *Confronting Corruption: Past Concerns, Present Challenges, and Future Strategies*, Oxford, 2018: questo secondo volume si spinge fino all'analisi a tappeto, relativamente all'età contemporanea, dei fenomeni corruttivi settore per settore, come ad esempio nell'arte, nello sport, nell'industria per la difesa ed in quella farmaceutica, in quella estrattiva ed in quella delle infrastrutture (Part Three). Cfr. anche nella letteratura pubblicistica italiana G. Melis, *La lunga storia della corruzione italiana*, febbraio 2017, in www.eticapa.it; ma dello stesso autore (a cura di) v. già *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999.

¹⁵ *United Nations Development Program, User's Guide to Measuring Corruption and Anti-Corruption*, New York, NY.

¹⁶ Bribery, extortion, fraud, embezzlement, collusion, abuse of discretion, favoritism, gift-giving, nepotism, cronyism, patronage: *ibidem*, 11.

¹⁷ Terminologia che si deve a M. D'Alberti, *Corruzione 'soggettiva' e 'oggettiva'*, in M. D'Alberti, M. Finocchi, *Corruzione e sistema istituzionale*, cit., 13.

¹⁸ V. ancora la *User's Guide to Measuring Corruption*, cit. sub n.16, 20 ss.

relativi al funzionamento dei soggetti pubblici, alla qualità della regolazione legislativa ed amministrativa, al grado di contraddittorio garantito nei procedimenti amministrativi o almeno in quelli di adjudication, al grado di discrezionalità decisionale delle pubbliche amministrazioni ed al numero delle autorità indipendenti, all'efficienza del sistema di giustizia amministrativa nel rimuovere vizi comunque imputabili sia a difetti procedurali che ad eccessi di potere sostanziale, al grado di efficienza e rapidità del sistema giudiziario civile e penale nel portare a compimento gli accertamenti necessari e ad irrogare le necessarie sanzioni, alla semplificazione legislativa ed amministrativa, al numero, alla tipologia ed alla capacità di pianificazione dei controlli interni ed esterni, all'istituzione ed alle funzioni di specifiche autorità anticorruzione. L'elenco dei versanti di interesse anti-corruttivo, nella dimensione del diritto pubblico dell'economia, si allarga a dismisura ed anzi è dubitabile che possa essere completo¹⁹. Di fatto, pressochè l'intero diritto amministrativo e una parte non trascurabile di quello costituzionale diventano terreno di misurazione competitiva in prospettiva anti-corruttiva. L'intera governance pubblica, concetto già di per sé sfumato, entra in discussione e si apre a misurazioni anti-corruttive. Si aggiungono poi concetti di economia aziendale, integrativi del quadro giuridico e talora in contrasto con esso. La misurazione sia del fenomeno che dei suoi rimedi riesce quindi aleatoria, tanto più in quanto il suo oggetto si allarga, anche a prescindere dalle difficoltà di parametrizzazione tipiche delle scienze sociali non "dure".

Ancora più opinabili, nonostante gli sforzi di statistici e sondaggisti, le misurazioni di percezione di corruzione, che sfruttano indici a matrice troppo socio-psicologica per essere davvero fedelmente rappresentativi dei fenomeni sottostanti. Nel ranking del Corruptions Perception Index del 2017²⁰, l'Italia, pur avendo risalito otto posizioni nell'ultimo anno, appare cinquantaquattresima, preceduta da tre Stati africani, tra cui la Namibia che si trova immediatamente sopra in graduatoria, tre arabi, numerosi ordinamenti caraibici tra cui la Repubblica dominicana, altri latino-americani, tra cui il Costa Rica, che da anni ha perduto la antica reputazione di integrità, e la Georgia, nota per la diffusione della delinquenza mafiosa non troppo decisamente contrastata. Pur non negando problemi antichi e recenti, vi è da domandarsi se non pesino troppo, almeno nelle rilevazioni domestiche, componenti culturali concernenti il senso di identità nazionale²¹ o la sfiducia nelle istituzioni pubbliche in generale o infine l'approccio di parte della stampa²².

¹⁹ V. infatti F. Galtung, *Measuring the Immeasurable: Boundaries and Functions of (Macro) Corruption Indices*, in A. Shaklock, F. Galtung, C. Sampford, *Measuring Corruption*, London, 2006, 2016; C. Arndt, C. Oman, *Uses and Abuses of Governance Indicators*, OECD, 2006; A. McDevitt, *Gateway: Mapping the Corruption Assessment Landscape*, Transparency International, 2012.

²⁰ Transparency International, 2018, www.transparency.org/cpi.

²¹ Su cui è doveroso il rinvio agli scritti di E. Galli Della Loggia, come ad es. *La morte della Patria*, Roma-Bari, 1996; *L'identità italiana*, Bologna, 1998

²² La letteratura critica delle classifiche è ormai abbondantissima: v. ad es. T. Thompson, A. Shah, *Transparency International's Corruption Perceptions Index: Whose Perceptions Are They Anyway?*, Discussion Paper, 2005; W. De Maria, *Measurements and markets: deconstructing the corruption perception index*, 21 Int. J. of Pub. Sector Man. 777 (2008); B. De Maria, *Neo-colonialism through measurement: a critique of the corruption perception index*, 4 Critical pers. on int. bus. 184 (2008), A. Zama, Faiz-Ur-Rahim, *Corruption: measuring the unmeasurable*, 25 Humanomics 117 (2009); S. Morse, *Out of Sight, Out of Mind. Reporting of three Indices in the UK National Press between 1990 and 2009*, 21 Sust. Dev. 242 (2013); D. V. Malito, *Measuring Corruption Indicators and Indices*, European

2. Corruzione e repressione

Ammesso che l'oggetto ed i metodi della misurazione siano accettabili, rimane aperto ogni discorso concernente i rimedi, pur sperimentati con ampiezza dai legislatori nazionali ed investigati attentamente dalla dottrina. Il primo e più ovvio dei quali è naturalmente quello repressivo, nelle sue diverse espressioni.

Nell'ultimo decennio, tutti i principali ordinamenti europei hanno messo mano almeno una volta alla disciplina penalistica, riordinando le fattispecie, nel tentativo di aggiornarle alle forme di criminalità da contrastare, e di solito aumentato le pene e/o circondato i reati di questa categoria di inasprimenti relativi ad elementi essenziali del reato, quali la prescrizione, di aggravanti, di misure patrimoniali di contorno ma di grande incisività, di conseguenze civili ed amministrative. Per l'Italia, basti ricordare gli interventi legislativi del 2012²³, del 2015²⁴ e del 2017²⁵, altro essendo ancora verosimilmente in programma. Il Bribery Act britannico, preceduto da lunga elaborazione, risale al 2010 ed è ritenuto uno dei testi normativi più drastici nell'orizzonte comparato, tanto da dovere essere addolcito in via interpretativa da linee-guida governative²⁶. E' stato preceduto dal Fraud Act, 2006, ma osservatori internazionali ancora rilevano un gran numero di norme penali tuttora variamente applicabili. La razionalizzazione tedesca, con aggravamenti di pene, risale, come già detto, al 1997, ma nuova legislazione è stata introdotta a fine 2015 e rafforzata in taluni ambiti applicativi a giugno 2016²⁷.

Ovunque, insomma, le discipline penalistiche vengono razionalizzate e inasprite. Mancano però studi comparati sull'incidenza causale dell'inasprimento delle pene sul numero di reati consumati o tentati. I criminologi²⁸ rilevano semmai una diminuzione delle denunce in ciascun anno immediatamente successivo agli interventi normativi, ma questo dato non pare significativo, data la necessità di tempo per l'assimilazione delle nuove discipline da parte dell'opinione pubblica e ancor più per il riscontro applicativo in sede giudiziale. Altro leit-motif italiano è la perenne, enorme discrasia tra numero di denunce e numero di condanne, destinata ad accrescersi con l'introduzione del whistleblowing: la risposta normativa in tempi di populismo dilagante consiste di solito in un ulteriore aggravamento delle pene e nell'allungamento dei termini prescrizionali. Ma questa impostazione non solo crea un circolo vizioso, sostituendo l'efficienza del sistema giudiziario con proxies di dubbia

University Institute, working paper, 2014; M. Fazekas, G. Kocsis, *Uncovering High-Level Corruption: Cross-national Corruption Proxies Using Government Contracting Data*, Ercas working papers, 2015; Hui Li, Min Tang, N. Huhe, *How does democracy influence citizens' perception of government corruption? A cross-national study*, 23 *Democratization* 892 (2016).

²³ L. 6 novembre 2012, n. 190, su cui ad es. B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

²⁴ L. 27 maggio 2015, n. 69.

²⁵ L. 30 novembre 2017, n. 179.

²⁶ Cfr. l'articolo di P.M. Heywood, *Clean but compromised: corruption in the U.K. Administration*, in questa *Rivista*, 513 ss.

²⁷ V. il contributo di A. De Petris, *Corruption and bribes in the German public sector. A long lasting challenge and the efforts to win it*, in questa *Rivista*, 437 ss.

²⁸ V. ad es. G. Marotta, *Aspetti criminologici del fenomeno corruttivo*, in M. D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 101 ss.

efficacia, ma anzi non manca chi sostiene che il suo effetto sia solo quello di innalzare il pretium sceleris in ragione della maggiore pericolosità delle condotte criminose²⁹.

Un discorso analogo vale per la responsabilità penale degli enti, di cui, in Italia, al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231, figlio peraltro di norme europee³⁰ e derivante anch'essa dalla dottrina americana delle corporate criminal sanctions, nata già sul finire degli anni '60 dietro impulso della Scuola di Chicago e dei movimenti per la tutela del consumatore³¹. L'incisività di queste misure dipende dall'uso che ne viene fatto in sede giudiziale. La preoccupante tendenza a parificare, nell'esercizio dell'azione penale, in sede di patteggiamento e persino di condanna, società multinazionali o comunque di grandi dimensioni, che si sono dotate di articolati e costosi piani di prevenzione, a piccoli e medi operatori che ne sono del tutto privi non giova certo all'incisività dello strumento né alla promozione della sua diffusione. La responsabilità cosiddetta amministrativa rischia così di trasformarsi nella mera produzione di documenti, oltretutto di utilità assai limitata.

La responsabilità contabile conseguente a fatti corruttivi accertati ha del pari notevole forza di dissuasione, forse anzi superiore a quella della responsabilità penale, almeno nel contesto italiano, se non altro per la sua frequenza statistica nell'applicazione, rispetto a vicende penali concluse, e per la sostanziale quasi-imprescrittibilità, data la decorrenza dalla scoperta del fatto³². L'utilizzo delle risultanze probatorie dell'indagine penale, anche se non sfociata in giudicato, e il gioco delle presunzioni rispetto a quest'ultima produce infatti un elevatissimo tasso di condanne contabili rispetto al numero di giudizi instaurati³³. La Corte costituzionale italiana, invero, ha da sempre ammonito a tenere distinti il canale del controllo contabile da quello della giurisdizione, anche nel timore di un serio pregiudizio ai diritti di difesa del contabilmente responsabile³⁴, ma nei fatti l'integrazione tra controllo, giurisdizione penale e giurisdizione contabile pare ormai più piena, con ottime risultanze sul piano repressivo. Pare auspicabile, semmai, una maggiore apertura del controllo contabile alla pareristica preventiva,

²⁹ Cfr. ad es. S. Seminara, *Corruzione e anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1125 ss.; M. Pelissero, "Nuove" misure di contrasto alla corruzione?, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 5 ss.

³⁰ Essenzialmente la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, Bruxelles, 26 luglio 1995 e la Convenzione per la lotta contro la corruzione, Bruxelles, 26 maggio 1997. Ma v. anche la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche interazionali, Parigi, 17 dicembre 1997.

³¹ V. ad es. R. Nader (Ed.), *The Consumer and Corporate Accountability*, New York, NY, 1973; R. Nader, M. Green, J. Seligman, *Taming the Giant Corporation*, New York, NY, 1976. In realtà la giurisprudenza statunitense ammette con larghezza almeno dalla fine degli anni '50 che la sanzione penale possa essere irrogata a soggetti diversi dalla persona fisica, in base alla disposizione di 1 U.S.C. §1 che definisce persona anche "corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, joint stock companies, as well as individuals", salvo che non sia diversamente disposto. E' a questo ambito che si ricollega la nozione di "white collar crime", piuttosto che ai fenomeni corruttivi nell'ambito della pubblica amministrazione.

³² Cfr. ad es. Corte conti, sez. riun., 29 gennaio 1992, n. 743; Corte conti, sez. giur. Piemonte, 21 giugno 2000, n. 1345; Corte conti, sez. giur. Marche, 3 maggio 2017, n. 22.

³³ Cfr. ad es. l'elaborazione dei dati ANAC in S. De Nitto, *La corruzione in Italia: un'analisi alla luce dell'attività della Corte dei conti e dei giudici penali*, in M.D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 185 ss.

³⁴ Sent. 15 giugno 1995, n.29, in *Giur. Cost.* 1995, 278 ss.

3. Corruzione, trasparenza, disordine normativo

Se si passa poi alla corruzione sistemica come frutto di scarso ordine delle fonti normative, inefficienza, eccesso di discrezionalità e insufficienza di imparzialità, difetto di trasparenza, le ricadute sugli ordinamenti amministrativi sono praticamente illimitate, così da trasformare la lotta alla corruzione in un interesse pubblico generale, trasversale a molti tra i più importanti dei settori del diritto amministrativo, fino al punto di dover essere bilanciato con altri più circoscritti o finalizzati³⁵.

Anzi tutto, il disordine normativo. Le esperienze europee di avanguardia non mancano: da quella britannica della Law Commission a quella francese delle codificazioni sistematiche, gestite dalla Commission supérieure de codification³⁶. Simile anche se differente quella americana, gestita dalla House of Representatives (Office of the Law Revision Counsel), che risale al 1926³⁷ e comporta la produzione ogni sei anni, con aggiornamenti annuali, dello U.S. Code, in versione anche annotata; le norme amministrative federali o di agenzie indipendenti sono invece pubblicate a cura dell'Office of the Federal Register nel Code of Federal Regulations. Organismi internazionali di diversa natura hanno a più riprese suggerito modalità e indicato percorsi, da ultimo più volte l'OCSE³⁸. L'esperienza italiana è contrassegnata da alti e bassi, non sufficienti a raggiungere un livello di risultati omogeneo e stabile. Il ricorso ai regolamenti di delegificazione³⁹ è stato in gran parte sostituito, dopo la revisione costituzionale del 2001, dai testi unici misti, alla francese, a cui hanno fatto seguito i tentativi di codificazione di settori come i contratti pubblici, nonché le manovre taglia-leggi⁴⁰. Altro strumento impiegato con insufficiente metodicità è l'analisi di impatto della regolazione (AIR), nata sempre dalla l.246/2005 e integrata da norme successive⁴¹.

E' ovviamente molto difficile quantificare, tanto più in chiave comparata, la ricaduta positiva della qualità della legislazione sulla governance di un Paese, ed a maggior ragione, per via derivata, sulla capacità di offrire ad un ordinamento mezzi efficaci di contrasto alla corruzione. E' scontato che in tempi di straordinaria accelerazione dei processi decisionali e di rapida volatilità dell'elettorato la disponibilità di uno strumentario efficiente e collaudato per tenere sotto controllo la

³⁵ Cfr. sul tema A. Moliterni, *La prevenzione della corruzione tra politica di settore e obiettivo generale dell'ordinamento*, ivi, 207 ss.

³⁶ Creata con décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 ed attiva presso la Presidenza del Consiglio, gode di limitata autonomia.

³⁷ Pub. L. 69-440, 44 Stat. 777.

³⁸ V. da ultimo OECD, *Recommendation on Regulatory Policy and Governance*, November 2, 2012 e *Regulatory Policy Outlook*, 2015.

³⁹ Art.17, c.2, l. 23 agosto 1988, n. 400.

⁴⁰ A partire dalla l. 2005, n. 246, legge di semplificazione. Seguono poi le l. 6 agosto 2008, di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n.112, che peraltro, all'insegna della tutt'altro che piena perfezione, ha avuto bisogno di un correttivo per rimediare agli errori di inserimento: d.l. 22 dicembre 2008, n. 200, convertito in l. 18 febbraio 2009, n. 9.

⁴¹ Essenzialmente il dpcm 11 settembre 2008, n. 170, la l. 11 novembre 2011, n. 180 (Statuto delle imprese) e il d.l. Semplifica Italia, 5 febbraio 2012, convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35. Ma v. da ultimo i dpcm 25 gennaio 2013 e 15 settembre 2017, n. 169. Le notizie sullo stato di applicazione di questa e di altre tecniche di drafting nell'Osservatorio AIR presso la Presidenza del Consiglio. Sulla G.U. del 10 aprile 2018, n. 83 è ora apparsa la Guida del DAGL sulle modalità operative di tali tecniche.

produzione normativa primaria e secondaria sia più che una semplice opportunità. Per altro verso, la competizione tra sistemi giuridici per risalire posizioni nei diversi ranking di classifiche gestite da organizzazioni globali è in qualche misura suscettibile di incentivare politiche di promozione dell'immagine attraverso riforme il cui effetto è in concreto limitato o addirittura ridotto da parziali disapplicazioni o da misure di segno contrario. Problematico, quindi, è distinguere tra operazioni di maquillage talora finalizzate al marketing nel quadro delle classifiche globalizzate e iniziative serie e incisive. Naturalmente non è questo il caso di ordinamenti storicamente avvezzi a curare codificazione e qualità della normazione con modalità non effimere.

Considerazioni molto simili valgono per le varie forme di semplificazione amministrativa che da circa tre decenni affaticano la dottrina amministrativistica europea⁴², spesso dietro spinta o persuasione di organismi internazionali⁴³. E' chiaro che disfunzioni amministrative gravi aprono il sistema complessivo ad un correlativo grado di permeabilità ad abusi, incentivano l'aggiramento delle prescrizioni normative e regolamentari e, più ancora nel profondo del sentire sociale, contribuiscono ad abbattere la percezione del disvalore dei fenomeni corruttivi. Al tempo stesso, però, occorre interrogarsi sui limiti del ricorso a tecniche di sostituzione di provvedimenti e procedimenti amministrativi classici con "corsie di sorpasso" talora troppo veloci. La totale assenza di procedure di impatto ambientale per nuove opere in contesti naturali ancora incontaminati, tipica di quasi tutti i Paesi dell'America latina, va riguardata con favore? Gli interessi pubblici igienici, sanitari, ambientali fino a che punto possono venire compressi in accelerazioni semplificatorie? Il fatto che vi siano ordinamenti nei quali una nuova attività imprenditoriale possa essere avviata in un solo giorno va premiato dalle classifiche internazionali come indice di efficienza? Forse vale la pena stabilizzare almeno alcune figure organizzative e procedurali già collaudate, invece di inseguire continuamente formule sempre più spinte, che spesso mettono in difficoltà i giudici amministrativi, costretti a cimentarsi con autocertificazioni e comunicazioni private⁴⁴ la cui impugnabilità non può non essere problematica⁴⁵.

L'ambigua versatilità delle semplificazioni amministrative è in qualche modo comprovata dalle opposte valutazioni dottrinali sul rapporto tra corruzione e decentramento/accentramento. Si reperiscono, talora perfino all'interno dello stesso lavoro, critiche al centralismo burocratico, responsabile di favorire l'intermediazione e l'uso improprio di poteri amministrativi, e contestazioni all'eccesso di frammentazione dei centri di acquisto, negli enti locali e nella sanità⁴⁶, contro cui peraltro il legislatore

⁴² Cfr. ad es. G.F. Ferrari (a cura di), *Semplificazione amministrativa, privatizzazioni e finanza locale: esperienze nazionali a confronto*, Venezia, 2014.

⁴³ V. ad es. OECD, *Cutting Red Tape: National strategies for administrative simplification*, Paris, 2006; Id., *Cutting Red Tape: Comparing administrative burdens across countries*, Paris, 2007; Id., *Cutting Red Tape: Why Is Administrative Simplification So Complicated?*, Paris, 2010.

⁴⁴ La letteratura sul tema è enorme, e in questa sede non ne possono essere affrontati neppure i filoni principali. V. ad es. N. Longobardi, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La "direttiva Bolkenstein" modello di semplificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 703 ss.

⁴⁵ Cfr. ad es. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15; Tar Veneto, sez.II, 5 marzo 2012, n. 298; Cons. Stato, sez.IV, 6 ottobre 2017, n. 4659.

⁴⁶ Nel primo senso, ad es., G. Ridolfi, *Storia e percezione della corruzione nella Gran Bretagna e nella Germania moderne*, in M. D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 57. Nel secondo, M. Anchini, *Semplificazione normativa in Italia e contrasto alla corruzione*, ivi, 222 e in specie 226.

del codice appalti ha reagito con il rafforzamento delle stazioni uniche di committenza⁴⁷.

Analogamente, il contrasto ai fenomeni corruttivi è indifferente al rapporto tra ceto politico e dirigenza amministrativa, che si commisura in linea di principio a ben altri parametri strutturali relativi alla conformazione organizzativa della pubblica amministrazione. Il sistema britannico, che ha percorso con coerenza e determinazione il cammino della autonomizzazione del Civil service dalla politica, realizzando un vero modello che si completava già a inizio del '900 e si è poi venuto affinando, da un lato sembra ricercare ulteriori e più sofisticate forme di protezione contro i fenomeni corruttivi⁴⁸, e dall'altro nel secondo dopoguerra ha dovuto fare i conti con i casi più clamorosi di corruzione politica. Il tradizionale prestigio della burocrazia francese, rispettata e presidiata da regole che ricordano i vincoli feudali, non ha del pari impedito che scandali di primo piano lambissero la Presidenza della Repubblica o figure ministeriali di riguardo. In Italia, la legislazione Bassanini, pensata per lasciare alla politica soltanto un ruolo strategico e di indirizzo, ha di fatto trasferito sui dirigenti molte fattispecie corruttive. Pur evitando di antropologizzare il fenomeno o di risolverlo in termini meramente culturali, talune correlazioni di esso con il tasso di accentramento/decentramento o con il rapporto tra dirigenza pubblica e politica sono assolutamente indimostrabili.

Molto complesso, anche se semplificabile all'estremo, è infine il discorso relativo alle privatizzazioni, da taluno individuate come rimedio principe contro l'intermediazione burocratica e quindi come strumento mediato di riduzione del potenziale estorsivo dei funzionari pubblici ed eventualmente del ceto politico operante a stretto contatto con essi⁴⁹. Questa posizione è stata talvolta fatta propria anche da organizzazioni internazionali di grande rilievo⁵⁰. E' ormai dimostrato, peraltro, che le privatizzazioni, generando una trasformazione del ruolo dei soggetti pubblici in direzione regolatoria anziché gestionale, tendono a sviluppare forme di lobby molto invasive e sofisticate, ai limiti del fenomeno corruttivo, oltre a presentare il rischio della "capture" dell'autorità regolatrice da parte dei regolati, segnalato dalla letteratura giuridica americana sin dagli anni '50 del secolo scorso⁵¹ e studiato in prospettiva economica ancora una volta dalla Scuola di Chicago negli anni '70⁵². Il problema del contrasto alla corruzione si trasferisce dunque su altri versanti, ma certo non viene superato. Il caso italiano della privatizzazione formale dei rapporti di impiego pubblici offre utili indicazioni di pretese contrastanti della pubblica opinione: la scelta del primario ospedaliero o comunque del dirigente sanitario da parte del direttore generale nell'ambito di una terna di idonei da parte di commissione di concorso⁵³ è stata salutata con favore, all'insegna della responsabilizzazione delle strutture pubbliche e

⁴⁷ V. ad es. G. Romeo, *Il contenimento della spesa sanitaria nei servizi sanitari regionali: la riorganizzazione dei sistemi di acquisto*, in *Le Regioni*, 2009, 545 ss.

⁴⁸ Cfr. ancora la relazione di P.M. Heywood, *Clean but compromised*, cit., 522.

⁴⁹ G. Marotta, *Aspetti criminologici del fenomeno corruttivo*, cit., 107; V. Musacchio, *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella Pubblica Amministrazione*, in *Gazz. amm.* 1/2012, 308.

⁵⁰ Cfr. ad es. OECD, *Cutting Red Tape*, cit.

⁵¹ V. ad es. M. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, NJ, 1955.

⁵² Il saggio fondativo di questo filone dottrinale si assume essere quello di G. Stigler, *The theory of economic regulation*, 2 Bell J. Econ. Man. Sci. 3 (1971).

⁵³ Introdotta dall'art. 4 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189.

della aziendalizzazione, salvo poi venire aspramente criticata per il carattere lottizzatorio che questi meccanismi hanno evidenziato.

4. – Corruzione e gruppi di interesse

La prospettiva istituzionalistica, che ricerca cause strutturali della corruzione, sposta l'analisi ad un livello superiore, vicino o interno al diritto costituzionale. In particolare, la disciplina legislativa dell'attività lobbistica potrebbe avere l'effetto di dare alla contiguità tra politica e mondo degli affari qualche regola certa, capace non solo di prevenire forme di persuasione anomale, ma anche di assicurare l'opinione pubblica circa la non permeabilità dell'amministrazione ad interessi diversi da quelli pubblici. Ciò nonostante che, sotto altro profilo, dalla fine degli anni '70⁵⁴ l'apertura procedimentale agli interessi privati sia stata invocata a gran voce come panacea dell'eccessiva chiusura dell'amministrazione al dato sociale.

In effetti, l'esempio statunitense, molto risalente nel tempo, è venuto allignando in Europa all'incirca dal volgere del secolo. Il Regulation of Lobbying Act del 1946⁵⁵ è stato il primo al mondo nel prescrivere criteri di trasparenza nell'accesso ai due rami del Congresso, obblighi per i lobbisti di registrazione, tenuta di registri delle spese, dichiarazioni relative ai rapporti con la stampa. Dopo l'intervento della Corte Suprema con una interpretazione restrittiva⁵⁶ e le conseguenti difficoltà dei segretari delle Camere a dare attuazione ai precetti della legge, nel 1995 il Lobbying Disclosure Act⁵⁷ ha generalizzato l'obbligo di registrazione, definendo con precisione l'attività soggetta a controllo e le figure soggettive implicate, introdotto prescrizioni applicative molto puntuali e rafforzato i poteri del Clerk of the House e del Secretary of the Senate. L'esempio americano è stato seguito nel 2016 dall'ordinamento francese⁵⁸, che ha messo così fine all'autonomia in materia delle Camere, che dal 2009 provvedevano a disciplinarla individualmente con autonomi Codes de conduite applicables aux représentants d'intérêts, attualizzati nel 2013. A partire dalla nuova legge, i poteri in materia sono trasferiti alla Haute Autorité pour la transparence de la vie publique⁵⁹, che gestisce il registro unico e può irrogare sanzioni. Del pari, il Regno Unito ha aderito alla linea della regolazione legislativa del fenomeno lobbistico nel 2014, a seguito dell'usuale teoria di libro bianco e discussione pubblica delle misure proposte, con il Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act. La figura del consultant lobbyist è ora definita con la consueta

⁵⁴ Cfr. G. F. Ferrari, *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, in G. Arena (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, 120 ss.

⁵⁵ P.L. 79 – 601.

⁵⁶ *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612 (1954): la decisione confermava la legittimità costituzionale dell'Act a condizione che venisse interpretato restrittivamente con esclusivo riguardo ai finanziamenti destinati a condizionare l'attività congressuale.

⁵⁷ P.L. 104-65. L'evoluzione storica in W.V. Luneburg, *The Evolution of Federal Lobbying Regulation: Where We Are Now and Where We Should Be Going*, 41 McGeo.L. rev. 85 (2009). Nell'ultimo decennio, un'ondata di critiche contro il lobbismo si è tradotta prima nell'Honest Leadership and Open Government Act (HLOGA), P.L. 110-81, §1(a), 121 Stat 735 (2007) e poi in alcuni Executive Orders del Presidente Obama (il più importante dei quali è il No.13,490, Jan. 21, 2009).

⁵⁸ Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁵⁹ Su cui, v. infra, par. 5.

chiarezza e così la sua attività, mentre viene istituito un Registrar preposto alla tenuta dei dati ed abilitato ad irrogare sanzioni pecuniarie. Solo l'ordinamento tedesco, tra quelli di antica democrazia, resiste nel lasciare alle Camere di disciplinare il fenomeno con decisioni proprie, anche se il Beschluss del Bundestag in materia è precoce per i parametri europei, risalendo al 1972⁶⁰. Quello italiano ha tentato un adeguamento tardivo con l'approvazione da parte della Camera, nel 2016, di un regolamento⁶¹, che a sua volta crea un registro, riserva spazi fisici e strumenti informatici nei locali della Camera⁶², ma non è munito di significativi poteri sanzionatori.

Altra misura generale di portata amministrativa, ma ritenuta in grado di contenere i fenomeni corruttivi è l'adozione di codici di condotta per i pubblici dipendenti. Si tratta ovviamente di regolare in forma analitica i rapporti tra impiegati e dirigenti da un lato e consumatori ed utenti dall'altro: tali discipline possono essere generali o specificamente ritagliate sulle esigenze di singole amministrazioni, centralizzate nella redazione o lasciate all'autonomia regolamentare dei soggetti pubblici. Su questo terreno antesignano in Europa è stato l'ordinamento britannico, da sempre attento agli standards of conduct in public life: il Nolan Report ha rappresentato un vero modello⁶³. Molti altri Stati europei lo hanno seguito, ad esempio quelli dell'Est post-sovietico⁶⁴. Il codice federale statunitense è inserito nel Code of Federal Regulations⁶⁵ sin dal 1978⁶⁶. Una rapida ricerca su internet consente di individuare versioni del Code pressochè in ciascuno Stato del mondo. L'ordinamento italiano ha aderito a questo trend con ritardo⁶⁷, ma ormai il modello è divenuto un vero e proprio must, considerato imprescindibile dagli autori delle classifiche globali del contrasto alla corruzione. La sua diffusione è dunque totale, ma proprio per questo le valutazioni dovranno farsi sul grado di effettività della sua applicazione, piuttosto che sul mero dato documentale.

Un terzo canale a carattere non repressivo è normalmente identificato nella trasparenza in tutte le sue forme: pubblicità di dati relativi ad amministratori e funzionari, accesso individuale ai dati propri e di terzi, eventuale sistema di ricorsi finalizzato all'ostensione di informazioni o atti negati. Ancora una volta, il Freedom of

⁶⁰ Registrierung von Verbänden und deren Vertretern, 21.9.1972.

⁶¹ 26 aprile 2016, entrato in vigore il 10 marzo 2017: Regolamentazione dell'attività di rappresentanza di interessi nelle sedi della Camera dei deputati.

⁶² In precedenza v. P.L. Petrillo, *L'irresistibile (ed impossibile) regolamentazione delle lobbies in Italia*, in *An. giur. dell'ec.*, 2013, 466 ss.; R. Di Maria, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa*, Milano, 2013. Sul livello regionale di governo v. ora M. Durante, *La disciplina del lobbying nel sistema autonomistico italiano. Alla ricerca di una legge generale in materia e l'attivismo di alcune Regioni*, in *Dir. reg.*, 2017.

⁶³ V. ancora il saggio di P.M. Heywood, *Clean but compromised*, cit.

⁶⁴ Cfr. J. Paliduskaite, *Codes of Conduct for Public Servants in Eastern and Central European Countries: Comparative Perspectives*, paper, 2011 e J. Paliduskaite, A. Pevkur, I. Reinholde, *A Comparative Approach towards Public Service Ethics in Estonia, Latvia and Lithuania*, paper, 2007.

⁶⁵ Sub 5 CFR Part 2635.

⁶⁶ 5 U.S.C. §§ 7301, 7351, 7353.

⁶⁷ L'obbligo di adottare piani triennali di prevenzione della corruzione da parte delle amministrazioni centrali è nato con l'art. 5 della l. 190/2012 (con l'art. 6 per le amministrazioni locali), in coordinamento con il piano nazionale (PNA), approvato con determinazione ANAC n. 831 del 3 agosto 2016. Ogni ente è tenuto altresì alla istituzione della figura di responsabile anti-corruzione, sempre in base alla l. 190/2012, stimolata dall'art. 6 della Convenzione ONU.

Information Act statunitense del 1966⁶⁸ ha rappresentato il benchmark, circolato poi in praticamente tutti gli ordinamenti di lingua inglese⁶⁹ e gradualmente affermatosi anche nei sistemi di civil law. Il legislatore italiano è giunto tra gli ultimi con l'approvazione del d.lgs 97/2016⁷⁰. Va da sé che, a parte le technicalities del rapporto tra regole ed eccezioni, che ciascun testo normativo tende a disciplinare in termini conformi alle proprie peculiarità, gli interventi legislativi più recenti devono fare i conti con una sensibilità molto più affinata che in passato per la riservatezza, con il risultato che i bilanciamenti tra l'interesse pubblico alla disponibilità e quelli privati o anche pubblici alla non esibizione sono divenuti via via più sofisticati.

Infine, altro strumento di contrasto ai fenomeni corruttivi è quello dei controlli, interni o esterni, in forma ispettiva o altrimenti. Su questo tema la comparazione è però estremamente difficoltosa, in ragione del diverso riparto delle funzioni legislative ed amministrative negli ordinamenti federali, regionali, unitari, e della natura variabile degli ambiti operativi considerati. Anche in questo settore l'OCSE non ha mancato di far sentire la sua voce a sollecito di iniziative adeguate⁷¹. Non mancano indicazioni favorevoli a questa strategia, magari selettivamente messa in atto in settori come sanità ed opere pubbliche. Occorre per converso tenere conto dei costi dei controlli, degli appesantimenti burocratici che si muovono in controtendenza rispetto alle istanze di semplificazione, e di altri fattori ancora. Inoltre, o i controlli assumono natura formale, di stretta legittimità, ed in tal caso è improbabile che riescano a mettere a nudo fatti corruttivi, o si trasformano in controlli di gestione, assumendo una valenza aziendalistica, ma in tal caso rischiano di mettere in secondo piano il rispetto dei vincoli formali⁷².

5. – Il (possibile) ruolo delle agenzie indipendenti

Altra risorsa sempre più frequentemente utilizzata come arma per così dire “sul campo” per il contrasto alla corruzione è l'istituzione di agenzie indipendenti o semi-indipendenti ad hoc (ACAs). Anche questo modello organizzativo, almeno nell'ultimo decennio, è stato sollecitato, se non imposto, da organizzazioni internazionali⁷³. Nato, pare, a Hong-Kong e Singapore nel clima di transizione dal colonialismo britannico alla tendenziale incorporazione nel nuovo impero cinese, è penetrato in Europa anche grazie all'azione promozionale dell'OCSE, a riprova del fatto che nel mondo globalizzato i trapianti non si verificano ormai più solo a partire dalla prospettiva eurocentrica.

⁶⁸ P.L. 89 – 487, 5 U.S.C. §552.

⁶⁹ Cfr. G. F. Ferrari, *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, cit., 127 ss.

⁷⁰ Del 25 maggio, modificativo della disciplina sull'accesso civico contenuta nel d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

⁷¹ V. infatti J. Monk, *Reform of Regulatory Enforcement and Inspections in Oecd countries*, Paris (OECD), 2102, F. Blanc, *Inspections reforms: Why, How, and with What Results*, Paris (OECD), 2013 e *Regulatory Enforcement and Inspections*, Paris, 2014.

⁷² Cfr. per tutti, nella dottrina recente, M. Di Benedetto, *Corruzione e controlli: una introduzione*, in M. D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 377 ss.

⁷³ Cfr. infatti OECD, *Specialised Anti-Corruption Institutions: Review of Models*, Paris, 2003, 2008, 2013; Transparency International, *Anti-Corruption Agencies, International Experience and Reform Options for Georgia*, 2014.

Allo stato esistono autorità nazionali anti-corruzione in Italia, Francia e Gran Bretagna. La prima, istituita dalla più volte citata l. 190/2012 ed a più riprese arricchita funzionalmente⁷⁴, è subentrata alla precedente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP). L'Agence française anticorruption (AFA) nasce invece nel 2016⁷⁵ per trasformazione del precedente Service central de prévention de la corruption (SCPC), ed è vigilato dai Ministeri di giustizia e del bilancio, mentre il Serious Fraud Office britannico risale al 1987⁷⁶ e viene qualificato come dipartimento governativo non ministeriale, che risponde all'Attorney General, titolare del potere di nomina del Director, che a sua volta può assumere barristers e solicitors. In Spagna, invece, le funzioni nazionali di controllo, prevenzione repressione continuano ad essere concentrate nella Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, dipendente dalla Procura generale ma integrata nel Ministero delle finanze; sono state create varie agenzie di comunità autonoma, destinate, a partire dal giugno 2018, ad operare in rete.

Le funzioni delle agenzie in esame, al di là dell'apparente somiglianza, sono molto diverse. L'SFO britannico è in sostanza una struttura prosecutorial, con poteri di indagine specificamente descritti ma analoghi a quelli degli uffici del pubblico ministero. Semmai, si riscontra qualche maggior misura di autonomia dall'Attorney General, ad esempio nella discrezionalità nel procedere ad indagini a richiesta di autorità straniere. Piuttosto colpisce che nel sito ufficiale dello SFO, oltre che su Wikipedia, tra gli scopi dell'agenzia appaia "to enhance the reputation of the City of London and the UK as a safe place to do business". Al di là dell'intento didascalico, simili frasi la dicono lunga circa la funzionalizzazione di simili autorità ad influire sulla percezione della corruzione ed a difendere l'immagine del Paese. L'Agence francese ha invece natura propriamente amministrativa, di guida e controllo sui soggetti pubblici centrali e locali; è presieduta da un magistrato nominato per sei anni dal Presidente della Repubblica ed è sottratta a istruzioni ministeriali; adotta raccomandazioni prive di efficacia obbligatoria per l'adeguamento delle misure anticorruzione e trasmette dati penalmente rilevanti alle Procure, oltre a predisporre un rapporto annuale. L'autorità più dotata di attribuzioni è indubbiamente quella italiana, che assomma competenze consultive, regolatorie, investigative.

⁷⁴ Ad es. dal d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito in l. 30 ottobre 2013, n. 125; dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90; dal d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, convertito in l. 1 dicembre 2016, n. 225; dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito in l. 21 giugno 2017, n. 96.

⁷⁵ Loi n. 2016-1691, du 9 décembre 2016, cd. loi Sapin 2.

⁷⁶ Criminal Justice Act, 1987, 35 Eli. II ch. 38.

Not Such a Retrospective: riflessioni sull'origine, sviluppo e conseguimenti della cooperazione internazionale anti-corruzione

di Leonardo Borlini

Abstract: Not such a Retrospective: Reflections on the Origins, Evolution and Outcome of the International Anti-Corruption Cooperation – The article is a retrospective on the origin and evolution of the international legal framework against corruption. It is developed in two main parts. The first sketches the genealogy of the international legal framework regarding corruption, with a view to showing the multiple elements that have driven its advancement. The second offers a tour d'horizon of the international anti-corruption norms, by showing their main features, common elements and divergences and, ultimately, their achievements, complementing the discussion by highlighting their main deficiencies.

Keywords: International anti-corruption treaties; Bribery; Good governance; Monitoring systems; International trade law; Soft law.

1. Introduzione

Nonostante gli ultimi due decenni abbiano visto un'esplosione delle pubblicazioni in materia,¹ vi sono ancora numerosi studiosi, soprattutto giuristi ed esperti di altre scienze sociali, interessati al problema della corruzione perché si renda opportuna un'avvertenza: questo scritto non è né una storia, né un esame esteso di tale problema e di come esso è affrontato dal diritto internazionale. Lascio ad altri la cura di dare, dell'argomento, una veduta d'insieme, la quale non potrà essere che storica, critica e attenta alle esigenze di integrare approcci pluridisciplinari articolati per comprendere

¹ Limitando lo sguardo agli studi giuridici, ricordo che per alcuni autori la disciplina anticorruzione costituirebbe addirittura «*a new, independent branch of law*». Così M.J. Bonell, O. Meyer, *The effects of Corruption in International Contracts*, relazione presentata al XIX congresso della Interdisciplinary Association of Comparative and Private International Law di Vienna, 20-26 luglio 2014, reperibile sul sito internet: www.iacl2014congress.com/fileadmin/user_upload/k_iacl2014congress/General_reports/Bonell_Meyer_The_Effects_of_Corruption_in_International_Commercial_Contracts.pdf. Rilevo ancora che anche nel settore del diritto internazionale le pubblicazioni in materia continuano ad aumentare. Ad esempio, nel solo mese di luglio del 2018, è stata annunciata la pubblicazione dei seguenti articoli: R. Brewster, C. Dryden, *Building Multilateral Anticorruption Enforcement: Analogies between International Trade & Anti-Bribery Law*, in 57(2) *Va. J. Int'l L.*, 2018, 222; A. Moiseienko, *The Ownership of Confiscated Proceeds of Corruption Under the UN Convention Against Corruption*, in 67(3) *Int'l. & Comp. L. Q.* e S. Kang, *Rethinking the Global Anti-Money Laundering Regulations to Deter Corruption* in *Ib.*; e dei volumi: G. Ferguson, *Global Corruption: Law, Theory & Practice*, 3rd Edition, Victoria, 2018; C. Rose, M. Kubiciel, O. Landwehr, (eds), *A Commentary on the United Nations Convention Against Corruption*, Oxford, 2018 (in corso di pubblicazione).

le multiformi caratteristiche della corruzione e le complessità delle iniziative volte a prevenirla e reprimerla.² In realtà, considero acquisito un dato fondamentale: pressoché inesistente fino all'ultimo decennio del secolo scorso, la normativa internazionale contro la corruzione ha conosciuto di recente una considerevole espansione.³ Inoltre, i principali aspetti dei diversi strumenti internazionali sono già stati estensivamente studiati,⁴ ciò che esclude l'utilità di una loro (ri-)esposizione sistematica. Le riflessioni che seguono costituiscono, quindi, una retrospettiva: piuttosto che all'analisi meticolosa dell'apparato giuridico esistente, esse tendono a soffermarsi su alcuni momenti e motivi fondamentali che hanno segnato l'origine e lo sviluppo della cooperazione internazionale volta al contrasto della corruzione. In sintesi, questo scritto riguarda, anzitutto, le ragioni che hanno dato origine alle diverse forme di cooperazione ed iniziative internazionali 'anti-corruzione' e che ne hanno, in seguito, determinato l'evoluzione. In secondo luogo, esso propone una presentazione della disciplina stabilita dai principali trattati internazionali in materia, mettendone in risalto i tratti salienti, i principali conseguimenti e quelle che ritengo essere le deficienze più significative. Si cercherà, al contempo, di dar conto di alcuni elementi relativamente poco indagati; in particolare, degli sviluppi più recenti nell'azione internazionale di contrasto alla corruzione e dei temi che verosimilmente impegneranno le iniziative di assistenza tecnica negli anni a venire. Tutto ciò nella speranza di arricchire la letteratura esistente con osservazioni critiche e, forse, qualche spunto originale.

² Così anche G. Brooks, D. Walsh, C. Lewis, H. Kim (eds), *Preventing Corruption. Investigation, Enforcement and Governance*, New York, 2013, 44-59. Sui rischi e le difficoltà di approcci interdisciplinari al diritto internazionale v., tuttavia, P. Palchetti, *An Interdisciplinary Approach to International Law? Some cursory Remarks*, in M. Meccaralli (ed), *Reading the Crisis: Legal, Philosophical and Literary Perspectives*, Madrid, 2017, p. 199 ss. e la letteratura ivi richiamata.

³ Il regime convenzionale dedicata alla lotta della corruzione è attualmente composto dalla Inter-American Convention against Corruption, del 29 Marzo 1996, adottata sotto l'egida dell'Organizzazione degli Stati Americani; dalla Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 26 Maggio 1997; dalla OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, adottata il 21 Novembre 1997; dalla Criminal Law Convention on Corruption e dalla Civil Law Convention on Corruption, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa rispettivamente il 27 gennaio e il 4 novembre 1999; dalla African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, adottata dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione Africana il 12 luglio 2003, dopo che la Comunità per lo Sviluppo dell'Africa del Sud (*Southern African Development Community*, SADC) aveva adottato un Protocollo contro la corruzione il 14 agosto 2001; infine, dalla United Nations Convention against Corruption, adottata a Merida con la risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003, dopo che, il 15 novembre 2000, con risoluzione della stessa Assemblea generale 55/25, venne adottata a Palermo la United Nations Convention against Transnational Organized Crime, che si occupa esplicitamente anche di corruzione.

⁴ Così, tra gli altri, Ferguson, cit., 73 ss.; A. Del Vecchio, P. Severino (cur.), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014; J. Wouters, C. Ryngaert, A.S. Cloots, *The International Legal Framework Against Corruption: Achievements and Challenges*, in 14 *Melb. J. Int. Law*, 205; M. Arnone, L. Borlini, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham/Northampton Massachusetts, 2014, 183 ss.; J. Hatchard, *Criminalizing Corruption. The Global Initiative*, in N. Boister, R.J. Currie (eds), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, New York, 2015, 347.

2. Genealogia: origine e sviluppo della cooperazione internazionale anti-corruzione

Origine e sviluppo della cooperazione internazionale nella materia in esame sono normalmente descritti in termini di progresso, secondo una lettura che presenta i caratteri del determinismo:⁵ dalla presa di coscienza di un problema comune all'adozione di strumenti internazionali e strategie condivise per affrontarlo, muovendo, quindi, nella direzione desiderabile di modalità più avanzate ed efficaci per la tutela della buona e corretta amministrazione della *res publica* domestica e 'oltre confine'.⁶ È indubitabile che la cooperazione internazionale per il contrasto di fenomeni criminali di carattere transnazionale o diretti a realizzare utilità economiche, tra cui la corruzione, abbia progressivamente acquisito maggiore importanza e risulti, oggi, inserita stabilmente tra gli obiettivi dell'agenda di alcuni degli Stati che, per il loro peso economico e politico, costituiscono l'espressione delle c.d. "forze sociali prevalenti".⁷ Tuttavia, nel caso specifico della corruzione, ogni ricostruzione che riduca a poche e determinate esigenze sociali o interessi preminenti le ragioni alla base dell'affermarsi dei diversi strumenti internazionali di contrasto rischia di eccedere in semplificazione. Lasciando a margine, almeno per ora, ogni valutazione circa l'esito ultimo di questo processo, si può affermare, invece, che è stata una combinazione di circostanze diverse - alcune casuali e, comunque, non tutte correlate tra loro - ad averlo determinato.⁸

L'origine recente delle iniziative internazionali in materia si spiega, anzitutto, con la contrapposizione di Stati Uniti ed Unione sovietica durante la Guerra fredda, con entrambe le potenze determinate a consolidare le rispettive sfere di influenza e sostanzialmente disinteressate alla diffusione della corruzione all'interno dei Paesi

⁵ Così, ad esempio, C. Rose, *International Anti-Corruption Norms. Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, 2015, 4-6. Sebbene caratterizzato da argomentazioni più articolate e letture non prive di fondamento, ritroviamo forzature nell'interpretazione della normativa internazionale e del processo che ha portato alla sua affermazione anche in E. Zaniboni, *Ordine internazionale e lotta alla corruzione*, in questa *Rivista*, 2014, 1920 ss.

⁶ La nozione di progresso dell'umanità che sembra sottesa è quella, assai nota, di J.B. Bury, *The Idea of Progress: An Inquiry into Its Origin and Growth* (London, 2006 [1920]), 5 ss., secondo cui la civiltà si è mossa, si sta muovendo e si muoverà in futuro in una direzione desiderabile per i più.

⁷ In questo senso, ad esempio, Zaniboni, cit., 1920-23. Sulla nozione di "forze sociali prevalenti" v. P. Picone, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in P. Picone, G. Sacerdoti, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, 61 ss., ora riprodotto in P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, Napoli, 2012, 127 ss.

⁸ È invero sempre più difficile difendere la tesi che il diritto internazionale sia, *automaticamente* o *necessariamente*, uno strumento di progresso. Un tale assunto muove da concezioni idealistiche o da una pretesa oggettivazione dell'idea stessa di progresso. Ritengo, invece, che esso non descriva la realtà '*an sich*', ma imponga su di essa un preciso inquadramento, una cornice. Basta rimuovere tale cornice che l'immagine si fa più confusa: il progresso di uno, diventa regressione, stagnazione o semplice direzione di movimento, per l'altro. V., per tutti, M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, 2005) 513 e C. Focarelli, *International Law as Social Construct*, Oxford, 2012, 66-86. Efficacissimo nello smontare l'idea di progresso come realtà in sé, proprio in tema di corruzione, è l'aforisma 23 (*Gli indizi della corruzione*) de *La gaia scienza* di Nietzsche, di cui riporto la frase di chiusura: "Corruzione è una parola di vituperio per indicare gli *autunni* di un popolo", (F. Nietzsche, *Die fröhliche Wissenschaft*, "La gaia scienza", Leipzig, 1887, ed. italiana condotta sul testo critico di G. Colli e M. Montinari, Milano, 1978).

alleati.⁹ Inoltre, negli anni '70 e '80 del secolo scorso, l'interesse delle scienze economiche per la corruzione era ancora relativamente marginale e vi erano studiosi – alcuni influenti – secondo i quali, in determinate circostanze, la corruzione poteva essere benefica per l'economia. Le differenti posizioni a sostegno di tale tesi possono compendiarsi con la nota affermazione di Samuel Huntington, per cui “*the only thing worse than a society with a rigid, overcentralized, dishonest bureaucracy is one with a rigid, overcentralized, honest bureaucracy*”.¹⁰

Il disinteresse politico delle due potenze mondiali dominanti e teorie economiche come quelle accennate sono, dunque, stati di ostacolo allo sviluppo della cooperazione internazionale per il contrasto della corruzione. Nel corso dei successivi anni '90, invece, alcuni accadimenti determinarono l'avvio di iniziative dirette all'approfondimento dello studio del fenomeno corruttivo e alla cooperazione internazionale per il suo contrasto in seno a diverse organizzazioni inter-governative. Come noto, i negoziati che hanno portato alla conclusione delle prime convenzioni internazionali in materia hanno trovato impulso decisivo nella reazione delle imprese americane all'adozione del *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977 sotto l'amministrazione Carter,¹¹ a seguito del disvelamento dello scandalo *Watergate* e di alcuni importanti casi di corruzione in cui furono coinvolte importanti imprese statunitensi (tra cui Exxon, ITT e Lockheed). Lo 'svantaggio competitivo' derivante all'industria statunitense dall'applicazione del FCPA (percepito o effettivo che fosse)¹² è all'origine dell'impegno delle successive amministrazioni degli Stati Uniti nell'esportare i propri *standards* attraverso la conclusione di accordi internazionali.¹³

⁹ M. Kubiciel, *Core Criminal Law Provisions in the United Nations Convention against Corruption*, in 9 *Int'l Crim L Rev.*, 2009, 139, 140.

¹⁰ S. P. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, New Haven, 1968, 69. Si v., tra gli altri, N.H. Leff, *Economic Development through Bureaucratic Corruption*, in 8(3) *Am. Behav. Sci.*, 1964, 8–14; P.J. Beck, M.W. Maher, *A Comparison of Bribery and Bidding in Thin Markets*, in 20 *Economics Letters*, 1986 1; D.H.D. Lien, *A Note on Competitive Bribery Games*, in 22 *Economic Letters*, 1986, 337–41; più recentemente, A.I. Eiras, *Ethics, Corruption, and Economic Freedom*, Heritage Lecture No. 813, 9 December 2003.

¹¹ Foreign Corrupt Practices Act of 1977, 15 USC § 78dd-1, §§ 78dd-1 *et seq.* (1977) (as amended 1988 and 1998) ('FCPA').

¹² Non si deve infatti dimenticare che il FCPA può facilmente trovare applicazione anche nei confronti di imprese registrate e stabilite in ordinamenti stranieri. Non solo esso colpisce ogni persona fisica o giuridica che corrompe un pubblico ufficiale straniero mentre si trova nel territorio degli USA (15 U.S.C. § 78dd-3) - a perfezionare la condotta criminosa può bastare, ad esempio, il semplice invio di un'email - ma si applica *ratione personae* anche ad ogni “*issuer*”, definito come un'impresa che “*has a class of securities registered*” con la SEC ai sensi della rilevante legislazione statunitense o quando è “*required to file reports*” alla medesima agenzia sempre in forza delle normativa USA che disciplina le società quotate e i mercati finanziari (15 U.S.C. § 78dd-1).

¹³ Si v., tra gli altri, G. Sacerdoti, *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery in International Business Transactions. An Example of Piece-Meal Regulation of Globalization*, in *IYIL*, 1999, 26, 27; A. Posadas, *Combating Corruption under International Law*, 10 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2000, 345, 348; Wouters, Ryngaert, Cloots, cit., 5-6; Arnone, Borlini, cit., 217-222. Questi ed altri contributi sottolineano come il percorso che portò all'adozione della Convenzione del 1997 fu complesso. Dopo che, con l'amministrazione Clinton, nel 1993 la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali transnazionali era tornata tra le priorità della loro agenda di politica estera, grazie all'attività di lobby e al supporto finanziario degli Stati Uniti, l'*ad hoc* OECD Working Group on Bribery in International Business ('Working Group on Bribery') promosse, anzitutto, l'adozione di due strumenti di *soft law*: la Raccomandazione del 1994 del Consiglio sulla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali (Council, Organisation for Economic Co-Operation and Development, Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions,

Questo ha incontrato per vent'anni notevoli resistenze, in particolare in Europa, dove le istituzioni comunitarie si concentravano sulle frodi «interne» a danno degli interessi finanziari delle CE. Non meraviglia, dunque, che la prima convenzione internazionale contro la corruzione sia stata stipulata nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) nel 1996, su iniziativa di alcuni Stati dell'America latina guidati dal Venezuela e deciso supporto degli Stati Uniti. A essa è seguita, nel 1997, la Convenzione dell'OCSE contro la corruzione dei pubblici funzionari stranieri nelle transazioni commerciali internazionali che, limitando il proprio ambito di applicazione *ratione materiae* alla sola corruzione attiva dei pubblici funzionari stranieri nel contesto di transazioni commerciali internazionali, si conformò all'approccio mercantile alla base del FCPA.¹⁴

Negli stessi anni inizia a crescere l'interesse degli studiosi di economia e delle istituzioni finanziarie internazionali al fenomeno della corruzione e, conseguentemente, la raccolta e analisi sistematica di dati estratti da campioni significativi di Paesi per delineare con maggior precisione e completezza la dinamica delle sue cause ed effetti.¹⁵ La diffusione degli studi sulla giustizia sociale di Amartya

OECD Doc C(94)75/FINAL (27 May 1994)) e un testo rivisto e integrato con alcune nuove disposizioni della stessa raccomandazione nel 1997 (Council, Organisation for Economic Co-Operation and Development, Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions, OECD Doc C(97)123/FINAL (23 May 1997)). La raccomandazione del 1994 conteneva già i principi base della futura convenzione e fu il consenso per un accordo da adottare in un secondo momento fu di fatto cristallizzato che venivano successivamente integrati con alcune nuove disposizioni dalla Raccomandazione del 1997. Lentamente, ma in modo costante, il processo negoziale e gli studi svolti in seno allo stesso Working Group on Bribery permisero di mettere in luce le principali problematiche e le più significative aree di convergenza tra gli Stati che vi parteciparono. Infine, concentrando gli sforzi sulle questioni individuate come prioritarie e lasciando stare quelle eccessivamente divisive, i negoziati permisero di adottare il testo della Convenzione del 1997 prima della scadenza prevista.

¹⁴ L'OCSE ha dunque costituito per gli USA il consesso internazionale certamente più adatto per 'esportare' il modello del FCPA. Al riguardo, è significativo rilevare che i negoziati precedentemente condotti su iniziativa statunitense in seno al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) fallirono nel 1981 a seguito delle richieste dei Paesi in via di sviluppo di legarne l'esito all'adozione di un codice di condotta per le imprese multinazionali e della divisione tra questi Paesi e quelli economicamente più avanzati sull'opportunità di inserire misure di contrasto relativamente a condotte riconducibili al lato passivo della corruzione (come, ad esempio, l'istigazione alla corruzione). V. P. Webb, *The United Nations Convention against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?* in 8 *JIEL*, 2005, 191, 193. Successivamente fallirono anche i tentativi della diplomazia statunitense di inserire la corruzione nell'agenda dell'Organizzazione mondiale del commercio a stretto giro dalla sua istituzione. La proposta degli Stati Uniti di indagare l'impatto della corruzione sul commercio internazionale fu infatti ufficialmente respinta dopo le manifestazioni di dissenso dei Paesi asiatici. Sul punto v. K.W. Abbott, *Rule-Making in the WTO: Lessons from the Case of Bribery and Corruption*, in 4 *JIEL*, 2001, 275. Per una critica argomentata della prospettiva della corruzione come distorsione dei flussi commerciali (o come barriera non-tariffaria) v. D. Rodrik, *Comments* in K.A. Elliot (ed.), *Corruption and the Global Economy*, 1997, Washington, DC, 109.

¹⁵ Arnone, Borlini, cit., 13-15. L'affinamento degli studi economici sulla corruzione è tuttora in corso. È importante precisare che la nozione di corruzione a fondamento di tali indagini comprensibilmente non coincide di regola con l'una o l'altra delle fattispecie penale previste nei vari ordinamenti giuridici nazionali. Per le necessità dell'indagine economica la corruzione è di norma definita in termini comportamentali, comprendendo tutti quei casi in cui un soggetto privato o un funzionario pubblico accetta, o chiede, di discostarsi dai criteri che dovrebbero guidare il suo comportamento, a scopo di guadagno personale; nondimeno, fra le diverse forme che essa può assumere, molti studi si concentrano sulle dinamiche legate al (generico) abuso di funzioni pubbliche per guadagni privati.

Sen,¹⁶ la rivisitazione critica dell'economia del benessere e dell'utilitarismo¹⁷ e un affinamento progressivo delle tecniche di analisi in micro e macroeconomia applicate al problema della corruzione¹⁸ - anche con la proposizione di nuove chiavi di lettura, come ad, esempio, quelle della *'behavioural economics'*¹⁹ - hanno permesso di contrastare efficacemente le tesi degli epigoni di Huntington e contribuito a consolidare modelli più articolati.²⁰ Al riguardo, soprassedendo sull'esame della corruzione in un'ottica di distorsione del funzionamento dei mercati,²¹ ci si è chiesti quale sia il suo impatto sulla crescita della ricchezza dei Paesi e quali siano i principali canali attraverso cui si manifestano gli effetti della corruzione. Va subito detto che non sempre è chiara la direzione nella quale si muove la relazione causale tra corruzione e ricchezza economica perché molto spesso le due variabili si influenzano vicendevolmente. Sembra, comunque, che generalmente, i Paesi più poveri non dispongano dei mezzi necessari a creare sistemi amministrativi efficienti o autorità di controllo della corruzione, anche perché più basso è il reddito e più alta è la probabilità di ricorrere ad atti corruttivi a fini di mera sopravvivenza. A una simile conclusione - che, comunque, non nega l'"ubiquità" del fenomeno corruttivo²² - si può giungere prendendo in considerazione la relazione tra l'indice di percezione della corruzione elaborato annualmente da *Transparency International* (TI) e il PNL pro-capite.²³ Peraltro, un tale approccio statico - basato sull'utilizzo di un indicatore del livello del reddito pro-capite - è incapace di cogliere le relazioni fra le variabili e quindi lascia in ombra le dinamiche dei fenomeni che vi stanno alla base e i relativi legami di causa-effetto. È per questo motivo che si è cercato di mettere in risalto i canali attraverso cui corruzione influenza la crescita economica. Se dal livello del prodotto di un Paese si passa a considerare il

¹⁶ Per un'efficace ricostruzione di sintesi dei contributi di Sen in tale ambito si rinvia a S.R. Osmani, *The Sen System of Social Evaluations*, in K. Basu, R. Kanbur (eds), *Arguments for a Better World. Essays in Honour of Amartya Sen*, Vol. I, Oxford, 2008, 15.

¹⁷ Su tale rivisitazione v. E. Screpanti, S. Zamagni, *An Outline of the History of Economic Thought*, Oxford, 2005, ch 10.

¹⁸ Per alcuni esempi dell'arricchimento dei modelli economici in materia, v., *ex multis*, i diversi contributi raccolti in G.T., Abed, S. Gupta, (eds), *Governance, Corruption and Economic Performance*, Washington DC, 2002; S. Rose-Ackerman (ed), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Cheltenham/Northampton Massachusetts, 2006 e S. Rose-Ackerman, T. Søreide (eds), *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*, Cheltenham/Northampton Massachusetts, 2011. V. anche M. Arnone, E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005

¹⁹ V. G.A. Akerlof, R.J. Shiller, *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, Princeton, NJ, 2009, spec. 26-40.

²⁰ Si v., tra i primi contributi, V. Tanzi, *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*, in Abed, Gupta, cit., ch. 2.

²¹ Su tali effetti si rinvia a Arnone, Borlini, cit., 19-51. V. anche F. Recanatini, *I costi della corruzione per i cittadini e le imprese*, in AA.VV., *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali. Atti del Convegno di studio. Courmayeur, 28-29 settembre 2012*, Milano, 2013, 63.

²² B. Buchan, L. Hill, *An Intellectual History of Political Corruption*, London, 2014, 1.

²³ Arnone, Borlini, cit., 53-56, analizzando per tre sottogruppi di Paesi - avanzati, emergenti e in via di sviluppo - si osserva la medesima relazione negativa: a più alti livelli di ricchezza nazionale corrispondono più bassi livelli di corruzione, cioè un più alto Indice di Percezione della Corruzione (CPI). Il CPI di Transparency International misura la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica in numerosi Paesi di tutto il mondo. Lo fa basandosi sull'opinione di esperti e assegnando una valutazione che va da 0, per i Paesi ritenuti molto corrotti, a 100, per quelli "puliti". La metodologia cambia ogni anno per riuscire a dare uno spaccato sempre più attendibile delle realtà locali. Per informazioni di maggiore dettaglio v. il sito internet: <https://www.transparency.it/indice-percezione-corruzione/>.

suo tasso di crescita, si osserva l'esistenza di una significativa relazione inversa con il grado di corruzione: un dato, questo, ampiamente segnalato in letteratura. E, tuttavia, l'effetto diretto della corruzione sulla crescita (mantenendo ferme cioè le variabili che la letteratura economica sulla crescita individua come determinanti principali: investimenti; tassi di interesse; rischio; investimenti esteri diretti ecc.) sembra essere poco significativo; il che fa pensare che la natura della relazione sia più che altro di tipo indiretto, cioè agisca più sui singoli fattori determinanti della crescita che non sul dato complessivo.²⁴ Su tale premessa si è sviluppata l'analisi nella letteratura specialistica più recente, giungendo a dimostrare la correlazione tra corruzione e variabili che incidono sullo sviluppo economico degli Stati. Mi limito a ricordare alcuni risultati particolarmente significativi. Anzitutto, la corruzione ha un impatto negativo sul rapporto tra investimenti e PIL, ciò che a sua volta può determinare una riduzione del tasso di crescita.²⁵ In secondo luogo, per via di un aumento del livello di rischio del prestito, la corruzione può riflettersi in un maggior costo del denaro.²⁶ L'effetto negativo della corruzione è particolarmente significativo per quanto concerne gli investimenti esteri diretti (IDE).²⁷ Più in generale, la valutazione dell'opportunità di investire in un'attività economica non può prescindere da uno studio delle caratteristiche ambientali; profitti attesi, costi-opportunità e rischi devono essere contemporaneamente soppesati e confrontati. La relazione tra crescita economica e stabilità politica, ad esempio, riflette il fatto che costi relativi a rischi politici inibiscono l'attività economica. In effetti, i dati mostrano come un miglioramento dell'indice di corruzione sia associato a una maggiore "stabilità politica" e abbia, generalmente, un effetto positivo sulla crescita economica.²⁸

L'evidenza empirica prova anche significativi effetti distorsivi della corruzione sul funzionamento del settore pubblico. Quanto alla relazione tra introiti fiscali dello Stato e corruzione interna, è ragionevole pensare che in sistemi burocratici pervasi profondamente da episodi di corruzione una parte delle risorse pubbliche venga sottratta dai pubblici ufficiali. I dati mostrano che il livello di corruzione interna è

²⁴ Tutte le evidenze riportate in questo paragrafo sono riprese dal testo scritto con Marco Arnone e frutto della sua paziente attività di ricerca e rielaborazione dell'evidenza empirica e degli studi esistenti sull'argomento.

²⁵ La relazione negativa tra investimenti e corruzione riflette il fatto che il pagamento delle tangenti è un costo aggiuntivo per le imprese, tanto maggiore se si considerano anche gli oneri relativi all'adempimento di questo particolare accordo. Così, poiché gli accordi raggiunti tramite il pagamento di tangenti sono, per ovvie ragioni, illegali – e, quindi, senza la possibilità di essere garantiti dall'ordinamento giuridico – al costo netto dalla tangente stessa, si aggiungono tanto i costi relativi a un eventuale mancato rispetto dell'accordo quanto quelli del mantenimento della segretezza durante tutta la vicenda corruttiva.

²⁶ Così, esaminando lo spread tra tassi di deposito e prestito – variabile che approssima il grado di rischio percepito da parte del settore bancario nel concedere prestiti – risulta che in tutti i Paesi nel mondo nel 2009, più alti livelli di corruzione sono associati a più alti costi del credito. V. ancora Arnone, Borlini, cit., 60.

²⁷ Gli IDE sono capitali stranieri destinati ad attività economiche di natura imprenditoriale che, a differenza di quelle finanziarie, presentano un basso grado di liquidità poiché gli operatori assumono un impegno di medio-lungo termine nel Paese destinatario. Pertanto, gli investitori danno particolare attenzione a tutti i possibili rischi relativi all'ambiente economico nel quale investono. Quasi superfluo dire che la corruzione e i suoi relativi costi impattano negativamente sul processo decisionale degli investitori internazionali. I dati dimostrano che i Paesi in cui il livello di corruzione è più basso sono caratterizzati da un maggiore rapporto degli IDE sul PIL, mostrando che gli investitori internazionali sembrano preferire i Paesi meno corrotti.

²⁸ Arnone, Borlini, cit., 59-60, 69.

correlato in modo negativo all'ammontare delle entrate dello Stato. Si stima che un peggioramento unitario dell'indice di corruzione provochi una diminuzione totale dell'1,5% delle entrate pubbliche (entrate sul PIL).²⁹ La corruzione ha, d'altro lato, effetti anche sulla spesa pubblica, influenzando anche il processo decisionale relativo alle scelte di spesa per cui la destinazione delle risorse viene distorta. Sottraendo risorse a disposizione dello Stato incide sull'offerta di servizi pubblici sia nel prezzo (maggiore) che nella quantità (di necessità, inferiore). Dai dati si inferisce, altresì che in assenza di effetti sul prezzo, è la qualità a poterne risentire.³⁰ Inoltre, alti livelli di corruzione sono solitamente associati a maggiore povertà e disuguaglianza sociale.³¹ La corruzione ha conseguenze particolarmente negative sullo sviluppo economico dei Paesi più poveri.³² Infine, quando colpisce i mercati finanziari, può provocare distorsioni sul meccanismo di formazione dei prezzi degli strumenti finanziari e inficiare i meccanismi di supervisione.³³

Misure anticorruzione venivano intanto intraprese dalle principali istituzioni finanziarie internazionali, in particolare nel quadro della condizionalità dei prestiti concessi dalla Banca mondiale. Indagini interne portarono i vertici dell'istituzione a conoscenza che l'utilizzo di una parte rilevante dei prestiti erogati veniva distorto attraverso frodi e pratiche corruttive.³⁴ Episodi di corruzione, come quelli avvenuti in Kenya negli anni '90 con la distrazione di fondi prestati dalla Banca Mondiale, stimolarono il Consiglio dei governatori ad una nuova riflessione sul problema.³⁵ Precedentemente la Banca Mondiale mostrò, infatti, decisa reticenza nell'impegnarsi in iniziative specifiche di contrasto alla corruzione, ritenendole contrarie al proprio mandato che imponeva di astenersi da considerazioni di carattere politico nell'attività di assistenza finanziaria.³⁶ Non è superfluo notare che uno dei direttori generali regionali della Banca Mondiale - Peter Eigen, che contribuì poi a fondare Transparency International - si dimise a seguito del rifiuto dei vertici dell'istituzione

²⁹ Ibidem, 78-79.

³⁰ Nel primo caso, l'onere della tangente ricade direttamente sul cittadino il quale è costretto a pagare un prezzo superiore per i servizi erogati. Nel secondo caso, la tangente viene sottratta dalle risorse pubbliche e ricade sul cittadino in modo indiretto, attraverso una qualità inferiore dei servizi e l'incremento della spesa pubblica debito.

³¹ Gli effetti della corruzione sulla disuguaglianza sociale possono manifestarsi attraverso canali diversi, tra cui la riduzione delle risorse da destinare alle spese sociali e ai servizi pubblici come sanità e istruzione e distorsioni relative alle scelte di spesa pubblica. Così, tra gli altri P. Mauro, *Corruption and the Composition of Government Expenditure*, in 69 *J. Public Econ.*, 1998, 263; V. Tanzi, R.H. Davoodi, *Corruption, Growth, and Public Finances*, IMF Working Paper, 00/182, 2000 e, più recentemente, O. Bandiera, A. Prat, T. Valletti, *Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment*, in 99(4) *Am. Econ. Review*, 2009, 1278 e Arnone, Borlini, cit. 78-85.

³² Le ragioni degli effetti particolarmente perniciosi della corruzione sui Paesi in via di sviluppo sono diverse e ampiamente indagate dalla letteratura economica. Per uno studio di sintesi v. B.A. Olken, R. Pande, *Corruption in Developing Countries*, in 4 *Annu Rev Econom*, 2012, 479.

³³ Arnone, Borlini, cit., 97-98; 153-164.

³⁴ R.A. Johnson, S. Sharma, *About Corruption*, in R.A. Johnson (ed), *The Struggle against Corruption: A Comparative Study*, London, 2004, 1, 10.

³⁵ V., e.g., J.P. Jr. Wesberry, *International Financial Institutions Face the Corruption Eruption: If the IFIs put Their Muscle and Money Where Their Mouth is, the Corruption Eruption May be Capped*, 18 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 1997-8.,

³⁶ Cfr. International Bank for Reconstruction and Development, IBRD Articles of Agreement (27 June 2012) World Bank, art IV s 10, disponibile sul sito internet: <http://go.worldbank.org/OFICOZQLQ0>.

di contrastare la corruzione anche attraverso la politica di concessione dei prestiti.³⁷ A partire dal 1996, sotto la presidenza di James Wolfensohn, che in un noto discorso pubblico descrisse la corruzione – invero, senza eccessivo sforzo retorico – come un “cancro”,³⁸ la politica della Banca mondiale mutò invece radicalmente. Il tema della corruzione fu integrato in un più ampio programma di *good governance*, lanciato dalla Banca e imposto ai Paesi beneficiari dei prestiti attraverso la condizionalità.³⁹ La Banca mondiale incorporò così la ‘condizionalità anti-corruzione’ nella più ampia narrazione dello sviluppo economico.⁴⁰ D'altronde, sebbene nei singoli accordi di prestito della Banca mondiale sia declinata in maggior dettaglio in considerazione del peculiare contesto dei diversi beneficiari, la nozione di *good governance* rientra negli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, i concetti giuridici vaghi e a significato variabile che caratterizzano la disciplina dell'assistenza allo sviluppo⁴¹ e che, proprio per essere tali, possono facilmente essere interpretati estensivamente ed adoperati per stimolare la riforme e le iniziative di volta in volta considerate opportune dall'ente erogante il prestito, incluse, ovviamente, quelle in materia di lotta alla corruzione, considerata dalla Banca Mondiale come uno dei principali ostacoli per l'attuazione dei *Sustainable Development Goals* promossi dall'ONU.⁴² Anche il Fondo Monetario Internazionale (FMI) si dimostrò inizialmente riluttante ad aderire a programmi di *good governance*, ritendendoli eccedenti rispetto agli obiettivi del proprio statuto.⁴³ Ma nel biennio 1996-7, anche a seguito di alcuni studi pubblicati da suoi economisti sull'impatto economico della corruzione,⁴⁴ l'FMI si risolse a seguire la nuova prassi della Banca Mondiale, inserendo obiettivi e parametri di *good governance* tra le condizioni dei propri prestiti.⁴⁵ Questo iniziale impegno delle istituzioni finanziarie internazionali nello

³⁷ Johnson, Sharma, cit., 11.

³⁸ J. Wolfensohn, *People and Development*, Speech delivered at the Annual Meeting of the World Bank and International Monetary Fund, Washington DC, 1 October 1996, disponibile sul sito: <http://go.worldbank.org/PUC5BB8060>.

³⁹ J.T. Gathii, *Defining the Relationship between Human Rights and Corruption*, in 31 *U. Pa. J. Int'l L.*, 2009, 125, 127.

⁴⁰ Si v. Johnson, Sharma, cit., 11. Le critiche alla politica di condizionalità delle istituzioni finanziarie internazionali sono ampiamente note e fuoriescono evidentemente dall'ambito della presente trattazione. Per un primo esame v., *ex multis*, U. Mattei, L. Nauder, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Oxford, 2008, 53-63.

⁴¹ Sul concetto di *good governance* nel diritto internazionale si rinvia, tra gli altri, a E. Brown Weiss, A. Sornarajah, (voce), *Good Governance*, in MPEPIL, 2013.

⁴² Cfr. World Bank, *Combating Corruption*, 26 September 2017, disponibile sul sito internet: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>

⁴³ Cfr. International Monetary Fund, *Articles of Agreement of the International Monetary Fund* (26 January 2016), art I, disponibile sul sito internet: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/pdf/aa.pdf>. Per un'analisi giuridica della politica di condizionalità del FMI, v. G. Adinolfi, *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012, 156-203.

⁴⁴ Si v. P. Mauro, *Corruption and Growth*, in 110 *Q J Econ*, 1995, 681; Id., *Corruption and the Composition*, cit., 263; V. Tanzi, *Corruption, Governmental Activities, and Markets*, in IMF Working Paper, 94/99, Washington DC, 1994; *Corruption Around the World – Causes, Consequences, Scopes, and Cures*, in IMF Working Paper, 98/63, Washington, DC, 1998.

⁴⁵ Gathii, cit., 145. V. anche J. Wouters C. Ryngaert, *Good Governance: Lessons from International Organizations*, in D.M. Curtin, R.A. Wessel (eds), *Good Governance and the European Union: Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Cambridge, 2005, 69 e D. Siegel, *Governance/Anti-corruption. Legal Issues in the Work of the IMF*, in N. Passas, D. Vlassis, (eds.), *The United Nations Convention against Corruption as a way of life, Selected papers and contributions from the International*

stimolare riforme volte al contrasto della corruzione e, più in generale, migliori forme di governo e amministrazione pubblica nei Paesi beneficiari dei rispettivi prestiti, è stato foriero di ulteriori iniziative che Banca mondiale e FMI – insieme ad altre organizzazioni di carattere regionale – hanno successivamente posto in essere sia all'esterno che all'interno della loro organizzazione.⁴⁶

Nonostante tali attività e l'entrata in vigore dei nuovi trattati internazionali, alcuni fattori che emersero nel decennio immediatamente successivo alla fine della Guerra fredda facilitarono, per certi aspetti, la diffusione di pratiche corruttive e, sicuramente, alcuni importanti mutamenti nella fenomenologia della corruzione. Tra essi spiccano la caduta dei regimi comunisti senza che essi fossero rimpiazzati nel breve periodo da sistemi democratici e liberali capaci di esprimere istituzioni e amministrazioni trasparenti e affidabili; l'ondata di privatizzazioni e la conseguente *de-regulation* dell'economia;⁴⁷ soprattutto, l'evoluzione tecnologica che ha reso istantanea la possibilità di comunicazione e di movimentazione di denaro e altri valori, comprimendo al tempo stesso i limiti spaziali dell'agire umano e mettendo in crisi l'alternativa terra-mare, elaborata da Carl Schmitt.⁴⁸

Peraltro, non è dato sapere se i numerosi casi di corruzioni in cui sono state coinvolte primarie società e importanti figure politiche negli ultimi due decenni segnino un sicuro aumento quantitativo rispetto al passato. Può essere che il loro disvelamento e esposizione siano dovuti anche a miglioramenti delle tecniche investigative e a una maggiore capacità o attenzione dei media. Nondimeno, è quasi un luogo comune affermare che, con assai maggiore frequenza del passato, i reati di corruzione si consumano 'a cavallo' di più ordinamenti giuridici, sfruttandone le differenze e le lacune e avvalendosi dell'opacità di operazioni strutturate e compiute in Stati diversi, anche quando il bene giuridico offeso resta propriamente domestico.⁴⁹ È

Conference on "The United Nations Convention against Corruption as a way of life" (Courmayeur, 15–17 December 2006), Milan, 2007, 47.

⁴⁶ V. *infra* § 3.4 e *amplius*, J. Kunicova, *The Role of the World Bank in Promoting Good Governance and Anti-Corruption Reforms: A View from the Europe and Central Asia Region* in S. Rose-Ackerman, P. Carrington (eds.), *Anti-Corruption Policy Can International Actors Play a Constructive Role?*, Durham, North Carolina, 2013, 41; Arnone, Borlini, cit., 270-308.

⁴⁷ Così, ad esempio, J. Cartier-Bresson, *Corruption, libéralisation et démocratisation* [*Corruption, Liberalisation and Democratisation*], in 41 *Revue tiers monde*, 2000, 9.

⁴⁸ V., tra i molti, S. Sur, *The State between Fragmentation and Globalization* in 8 *EJIL*, 1997, 421; G. Rossi, *Globalizzazione economico-finanziaria e valori etici*, in N. Boschiero (dir.), *Ordine internazionale e valori etici*, Napoli, 2004, 295 e F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, spec. 24-32; 197-203.

⁴⁹ Per l'illustrazione di alcuni noti casi di corruzione e ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito rinviare ancora a Arnone, Borlini, cit., spec. 183-206. Elementi di transnazionalità hanno altresì numerosi casi più recenti, tra cui lo scandalo che ha investito nel 2015 la FIFA, (v. C. Rose, *The FIFA Corruption Scandal from the Perspective of Public International Law*, in 19(23) *ASIL Insights*, 23 October 2015); il caso delle presunte tangenti pagate da ENI e Shell per l'acquisizione della licenza per lo sfruttamento del giacimento petrolifero OPL-245 in Nigeria (v. S. Reed, *Shell and Eni to Be Tried Over \$1.3 Billion Nigerian Oil Deal*, in *New York Times*, 20 December 2017, disponibile sul sito internet: <https://www.nytimes.com/2017/12/20/business/energy-environment/shell-eni-italy-nigeria.html>); i casi di violazioni del FCPA che hanno coinvolto la Rolls-Royce plc, la Société Générale S.A. in Libia e la Credit Suisse Group AG in Asia, tutti terminati tra il 2017 e il 2018 tramite una procedure conciliativa ("*settlement*") tra la società e il Department of Justice degli USA e il conseguente pagamento di ingenti cifre di denaro ai fini conciliativi da parte delle medesime società (cfr. le informazioni pubblicate sul sito internet: <http://www.fcpablog.com/>).

ben noto, infatti, che i pagamenti di corruzione a funzionari stranieri di alto rango per importi consistenti vengono effettuati ‘estero su estero’ mediante i canali bancari e l’uso di intermediari finanziari in Paesi terzi, di solito i centri finanziari *off-shore*, dotati per lo più di rigidi segreti bancari e poco propensi alla collaborazione internazionale. In tali centri sono attivi intermediari e c.d. ‘*corporate service providers*’ che offrono i propri servizi per strutturare complesse strutture giuridiche transnazionali allo scopo di celare condotte illegali, i mezzi finanziari impiegati per commetterle e i profitti generati.⁵⁰

Si può, infine, concludere che alcuni altri fattori hanno determinato l’ulteriore sviluppo degli strumenti internazionali anti-corruzione e la conclusione dell’unico trattato a portata universale in materia, la Convenzione ONU del 2003. In proposito, rilevo anzitutto che tale avanzamento si inserisce in una più generale evoluzione del diritto internazionale penale contemporaneo, il quale oltre a occuparsi di dettare le norme per perseguire i crimini internazionali in senso stretto, le regole procedurali e sostanziali di coordinamento per l’esercizio delle potestà punitive statali concorrenti e promuovere accordi internazionali diretti a favorire la cooperazione tra Stati per la repressione di alcuni reati,⁵¹ consta oggi di un *corpus* sempre più ampio e articolato di trattati, di portata sia universale che regionale, diretti a contrastare forme di criminalità assai diverse anche tramite calibrate misure preventive e disposizioni volte a favorire la cooperazione internazionale in forma di assistenza tecnica e finanziaria, scambio di informazioni e condivisione delle c.d. *best practices*.⁵² In secondo luogo, la diffusione dei reati di corruzione negli anni ’90 del secolo scorso – molti dei quali lesivi di beni giuridici domestici e segnati dal coinvolgimento, dal lato attivo, di importanti società e, dal lato attivo, di ufficiali ai vertici della pubblica amministrazione⁵³ – ha suscitato nuove riflessioni nei principali consessi internazionali, contribuendo ad evidenziare i limiti dell’approccio mercantilistico modellato sul FCPA statunitense della Convenzione OCSE:⁵⁴ soprattutto, a prescindere dal focus sul solo lato attivo del reato, l’assenza di norme sulla corruzione *inter privatos* e dirette al contrasto di pratiche

⁵⁰ V., recentemente, M. Pieth, J. Stiglitz, *Overcoming the Shadow Economy*, November 2016, disponibile sul sito internet: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/12922.pdf>; M. Footer, *The Panama Papers, Corporate Transnationalism and the Public International Order*, in 6(1) *ESIL Reflections*, 23 January 2017.

⁵¹ Ampiamente sul punto C. Focarelli, *Criminalità transnazionale (repressione della)*, in *Enciclopedia del Diritto*, annali IV, Milano, 2011, 249.

⁵² V. N. Boister, *The Concept and Nature of Transnational Criminal Law*, in Boister, Currie, cit., 11. Peraltro, al contrario di Boister, ritengo che la cooperazione tra Stati in materia penale diretta al contrasto di crimini che presentano elementi di transnazionalità non costituisca un settore a sé stante del diritto internazionale (appunto, il c.d. ‘diritto penale transnazionale’), ma rappresenti semplicemente una delle contemporanee espressioni del diritto internazionale penale. Tale posizione è autorevolmente sostenuta, tra gli altri, anche da R. O’Keefe, *International Criminal Law*, Oxford, 2015, spec. 66-7, 84, 229-49, il quale opportunamente distingue tra “*crime under international law*”, e, in particolare, “*crime international customary law*” e “*crime under a treaty*”, da un lato e “*crime pursuant to a treaty*”, dall’altro.

⁵³ Si pensi da ultimo ai casi di corruzione che hanno portato alla condanna dell’ex presidente del Brasile Luiz Inacio Lula da Silva e all’*impeachment* della ex presidentessa della Corea del Sud Park Geun-hye, oltre che all’arresto di alcuni dirigenti apicali della Samsung Electronics Co. e alla condanna del vicepresidente esecutivo della società Lee Jae-yong.

⁵⁴ D. Vlassis, *The United Nations Convention against Corruption: a Way of Life*, in Passas, Vlassis, cit. 15.

corruttive non direttamente collegate a transazioni commerciali.⁵⁵ Altri scandali, come quello che ha investito la gestione del programma *Oil for Food* in Iraq da parte dell'ONU,⁵⁶ hanno evidenziato che anche le organizzazioni inter-governative non sono immuni dalla corruzione e che essa può guastare i più ambiziosi programmi di assistenza posti in essere da tali istituzioni. È, inoltre, corretto ritenere che le esigenze di prevedibilità connaturate allo sviluppo dell'economia di mercato abbiano contribuito a promuovere strumenti internazionali volti a colpire, oltre alla condotta del corruttore, la corruzione domestica e il comportamento degli ufficiali corrotti.⁵⁷

Da ultimo, non può sottovalutarsi il ruolo avuto da un'emergente e sempre più attiva comunità epistemica. Ho già sottolineato il decisivo contributo degli studiosi di economia e di altre scienze sociali, oltre che di organizzazioni governative come TI e *think-tanks* specializzati come U4,⁵⁸ per la comprensione del fenomeno, delle sua complessa morfologia, delle sue cause ed effetti. Con particolare riguardo al diritto internazionale, noto altresì che la proliferazione degli strumenti in materia di contrasto alla corruzione non ha mancato di ispirare studi in alcuni dei suoi settori diversi dal diritto internazionale penale,⁵⁹ in altri c.d. *self-contained regimes*" (per usare le categorie dei teorici della frammentazione del diritto internazionale⁶⁰). Alcuni di questi studi

⁵⁵ Wouters, Ryngaert, Cloots, cit., 8-9.

⁵⁶ V. Independent Inquiry Committee into the Oil-For-Food Programme's Report on the Impact of the UN Oil-for-Food Programme on the Iraqi people, 7 September 2005, disponibile sul sito internet: <http://www.iic-offp.org>.

⁵⁷ Come già osservato da Max Weber, lo sviluppo dei mercati in regime di concorrenza presuppone indispensabili garanzie di calcolabilità. V. M. Weber, *Economia e società*, tr. it., Milano, 1981, vol. II, 7 e anche J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, tr. it., Bari, 2008, 92-93, citati, al riguardo, anche da Zaniboni, cit., 1932-3.

⁵⁸ L'Anti-Corruption Resource Centre (U4), istituito nel 2002 presso il Chr. Michelsen Institute a Bergen in Norvegia, pubblica studi di ricerca applicata per coadiuvare la comunità dei *donors* e delle agenzie impegnate nella cooperazione tecnica in materia di prevenzione e repressione della corruzione. Per maggiori informazioni cfr. il sito internet: <https://www.u4.no/>.

⁵⁹ Anche tale settore ha conosciuto studi originali, per non dire eccentrici, come confermato dalla recente ripresa del dibattito scientifico, in corso da anni, circa l'opportunità di includere le fattispecie di *grand corruption*, imputabili agli organi di vertice degli Stati, tra i veri e propri crimini internazionali e, in particolare, nella categoria dei crimini contro l'umanità rientranti nella giurisdizione della Corte penale internazionale. V. I. Bantekas, *Corruption as an International Crime and Crime against Humanity*, in *J. Int. Crim. Justice*, 2006, 466; S. Starr, *Extraordinary Crimes At Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations*, in *Northw. Un. L. Rev.*, 2007, 1257.

⁶⁰ Cfr., International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by Marti Koskeniemi, Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006

sembrano fondati e giustificati da problematiche effettivamente emerse nella prassi.⁶¹ Altri avanzano tesi e approcci più controversi e discussi.⁶²

3. Uno sguardo d'insieme alla cooperazione internazionale per il contrasto della corruzione

Non è utile riproporre qui l'analisi dettagliata delle diverse convenzioni internazionali anti-corruzione, tema a cui la dottrina si è già ampiamente dedicata. Mi pare, invece, opportuno offrire uno sguardo d'insieme, capace di evidenziare quali siano gli elementi più importanti di tali strumenti nella prospettiva del diritto internazionale; illustrarne i tratti comuni e le differenze più marcate; in ultima analisi, coglierne i principali conseguimenti e le mancanze più significative.

Considerando anche gli atti di diritto derivato delle organizzazioni internazionali interessate (in particolare della UE e della Banca mondiale)⁶³ volti a reprimere e sanzionare i diversi tipi di corruzione, emerge un quadro complesso, che da un lato palesa frammentarietà e duplicazioni (si pensi al contesto europeo), ma dall'altro dimostra che una articolata normativa internazionale di contrasto alla corruzione ha ormai preso forma a livello sia regionale, sia universale. Essa ha natura tipicamente pattizia e per lo più dimensione regionale, con la rilevante eccezione rappresentata dalla citata Convenzione delle Nazioni Unite del 2003.

3.1. La disciplina sostanziale e procedurale delle convenzioni internazionali: gli obblighi in materia penale

192

Le norme dei trattati internazionali in materia di contrasto della corruzione sono perlopiù non immediatamente eseguibili (non *self-executing*).⁶⁴ Così la maggior parte

⁶¹ Sono ormai numerosi gli studi in materia di diritto degli investimenti internazionali e corruzione: essa è infatti sempre più frequentemente invocata negli arbitrati tra Stati e investitori esteri. Si v., senza pretesa di esaustività, L. Crema, *Il caso WDF: corruzione e ordine pubblico transnazionale innanzi alla giurisdizione ICSID*, in 44 RDIPP, 2008, 111; G. Sacerdoti, *Corruption in Investment Transactions: Policy Initiatives, Legal Principles and Arbitral Practice*, in 2(1) ICSID Rev.-FILJ, 2009, 565; A.J. Menaker, *The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations*, in 1(1) ICSID Rev.-FILJ, 2009, 67; J. Webb Yackee, *Investment Treaties and Investor Corruption: An Emergent Defense for Host States?*, in 52 Va. J. Int'l L., 2012, 723; J. Pauwelyn, *Different Means, Same End: The Contribution of Trade and Investment Treaties to Anti-Corruption Policy*, in Rose-Ackerman, Carrington, cit., 247; A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*. Oxford, 2014.

⁶² Controverso, ad esempio, è il c.d. '*human rights approach to corruption*'. Si v. Wouters, Ryngaert, Cloots, cit., 66-71 e C. Rose, *The Limitation of a Human Rights Approach to Corruption*, in 65(2) Int'l & Comp. L. Q., 2016, 405. Ma sul tema v. le considerazioni di J. Hatchard, *Adopting a Human Rights Approach towards Combating Corruption* in M. Boersma, H. Nelen (eds), *Corruption & Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, 2010, 7, 17-18 e, più recentemente, A. Peters, *Corruption as a Violation of International Human Rights*, in MPL Research Papers 2016-18 (2016). In proposito, ricordo che l'unico testo convenzionale che, oltre ai generici richiami preambolari, contiene un preciso riferimento ai diritti umani che possono essere violati in conseguenza di atti corruzione è la Convenzione dell'UA all'art. 3 (*Principles*).

⁶³ Cfr., *amplius*, Arnone, Borlini, cit., 217-310.

⁶⁴ Una norma internazionale è suscettibile di immediata applicazione "quando contiene in sé tutti gli elementi idonei a consentire, a chi deve applicare le norme interne di adattamento, di ricavare, dal contenuto della norma internazionale, il contenuto delle norme interne che servono a dare esecuzione alla norma internazionale" (T. Treves, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 689). Le norme *self-executing* sono, quindi, "norme internazionali che possono essere

delle norme di natura penale. Tra queste spiccano le disposizioni con funzione definitoria delle condotte oggetto dell'obbligo di criminalizzazione;⁶⁵ quelle che contengono indicazioni in materia di tipo e commisurazione della sanzione;⁶⁶ le prescrizioni concernenti il regime di responsabilità per le persone giuridiche⁶⁷ e quelle relative ai criteri sui quali fondare l'esercizio della giurisdizione penale.⁶⁸ Invece, numerose disposizioni relative alla cooperazione internazionale in materia penale sono immediatamente eseguibili e, dunque, suscettibili di applicazione diretta da parte degli operatori giuridici interni.⁶⁹

Riguardo all'ambito di applicazione *ratione materiae* degli strumenti convenzionali vigenti, pur nelle note differenze,⁷⁰ le vigenti convenzioni adottano una nozione ampia di corruzione, che comprende (peraltro, non senza incertezze interpretative) l'offerta, la promessa, la dazione di denaro o di altri vantaggi a favore di un funzionario pubblico domestico, straniero o di un'organizzazione internazionale; la richiesta e l'accettazione di compensi indebiti da parte di questo; nonché il tentativo e la partecipazione al reato.⁷¹ Gli strumenti convenzionali fanno obbligo agli Stati parti di introdurre nei loro ordinamenti disposizioni che rendano penalmente rilevanti tali atti. Centrale risulta dunque la nozione di funzionario pubblico, anch'essa tendenzialmente ampia, ma (ovviamente) non del tutto uniforme negli accordi esaminati.⁷² Accanto alle condotte di corruzione è poi richiesta agli Stati contraenti la

applicate negli ordinamenti interni e concorrere così con le norme interne alla disciplina delle condotte individuali" (così, E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, terza ed., Torino, 2016, 510).

⁶⁵ Cfr. Convenzione OAS del 1996, artt. VI, VIII-IX; Convenzione OCSE del 1997 Art. 1; Convenzione UE del 1997, artt. 2-3; Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa del 1999, artt. 2-15; Convenzione AU del 2003, artt. 4, 7; Convenzione ONU del 2003, artt. 15-25.

⁶⁶ Cfr., e.g., Convenzione OCSE del 1997, art. 3 e Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa del 1999, art. 19.

⁶⁷ Cfr. Convenzione OCSE del 1997, art. 2; Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa del 1999, art. 18; Convenzione ONU del 2003, art. 26.

⁶⁸ Cfr., e.g., Convenzione OCSE del 1997, art. 4.

⁶⁹ Ad esempio, le norme in materia di estradizione e mutua assistenza giudiziaria della Convenzione ONU del 2003 e della Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa del 1999.

⁷⁰ È utile ricordare che le fattispecie disciplinate dai trattati internazionali in materia differiscono significativamente. Come già osservato la Convenzione OCSE criminalizza soltanto la corruzione attiva dei pubblici ufficiali stranieri nell'ambito di transazioni commerciali internazionali, alcune forme di complicità e il riciclaggio dei proventi derivanti da questi reati. La Convenzione OAS, invece, criminalizza la corruzione sia interna (attiva e passiva) che transazionale, nonché il c.d. "illecito arricchimento" del pubblico ufficiale, mentre la convenzione UE la corruzione attiva e passiva del pubblico funzionario dell'UE o di un suo Stato membro. La Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa criminalizza la corruzione attiva e passiva di pubblici ufficiali, parlamentari e giudici nazionali, stranieri e internazionali (un protocollo del 2003 include anche gli arbitri e i giurati, sia nazionali che stranieri), nonché la corruzione attiva e passiva nel settore privato, il traffico di influenza, il riciclaggio dei proventi, alcune pratiche contabili e alcune forme di complicità. La Convenzione dell'UA criminalizza, *inter alia*, la corruzione nel finanziamento dei partiti politici. La Convenzione ONU del 2003 è la più ampia: criminalizza la corruzione attiva e passiva di pubblici ufficiali intesi in senso lato; la corruzione attiva di pubblici ufficiali stranieri e di organizzazioni internazionali; la diversione di fondi pubblici; il riciclaggio dei proventi; l'intralcio alla giustizia nei casi di corruzione o di altri reati da essa 'coperti', oltre a richiedere agli Stati contraenti di considerare se introdurre i reati di traffico di influenze, corruzione nel settore privato, illecito arricchimento e abuso di ufficio.

⁷¹ Per un dettagliato esame orizzontale si rinvia a Arnone, Borlini, cit., 311-349; Hatchard, *Criminalising...*, cit., 353-355.

⁷² Arnone, Borlini, cit., 331-338.

criminalizzazione di un numero più o meno a ampio, a seconda del singolo trattato,⁷³ di altre condotte lesive del buon funzionamento della pubblica amministrazione (e.g. il peculato e la diversione di fondi pubblici⁷⁴) o strumentali al loro compimento (tra cui il riciclaggio dei proventi delle condotte criminali previste dalle diverse convenzioni⁷⁵). L'introduzione di altre fattispecie penali (come la corruzione tra privati, la controversa figura dell'illecito arricchimento e il traffico di influenze), tramite apposite norme incriminatrici, costituisce invece una facoltà per gli Stati (peraltro, prevista solamente da alcuni testi convenzionali).⁷⁶ Relativamente alla *mens rea*, dal testo delle singole disposizioni risulta che gli elementi richiesti per tutti i reati in esame sono, come di consueto, la conoscenza dell'obiettivo criminoso e l'intenzionalità della condotta.

Elemento comune degli accordi in esame è la richiesta che le sanzioni previste negli ordinamenti degli Stati contraenti per i reati di corruzione siano "effettive, proporzionate e dissuasive".⁷⁷ Si tratta di requisiti alquanto generici, che lasciano flessibilità agli Stati purché questi prevedano un livello minimo sanzionatorio, non necessariamente di tipo penale quando il reato non è commesso da persone fisiche. Ho

⁷³ Si v. *amplius* Hatchard, *ult.op.cit.*, 353-359.

⁷⁴ Cfr., e.g., Convenzione ONU del 2003, art. 17 (*Embezzlement, misappropriation or other diversion of property by a public official*).

⁷⁵ I legami tra corruzione e riciclaggio di denaro sporco sono stati ampiamente illustrati in dottrina. Per un'efficace ricostruzione, anche nella prospettiva della disciplina prevista dai rispettivi strumenti internazionali, v. N. Kyriakos-Saad, G. Esposito, N. Schwarz, *The Incestuous Relationship between Corruption and Money Laundering*, in 83(1), *RID pén.*, 2012, 336. Un aspetto che vale la pena di evidenziare è che le condotte di riciclaggio sono sovente frammentate sul territorio di più Stati. Ciò rende solitamente perseguibili i riciclatori e i loro 'clienti' corruttori e corrotti in giurisdizioni diverse da quella nazionale dove indagini a loro carico possono essere improbabili o avere scarse chance di successo. Il caso di James Ibori, menzionato anche da T. Daniel, J. Maton, *Is the UNCAC an Effective Deterrent to Grand Corruption?*, in J. Horder, P. Alldridge (eds.), *Moder Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, 2013, 293, 306-9, è al riguardo estremamente significativo: probabilmente anche a ragione del forte sostegno politico di cui egli godeva in patria, le indagini penali a carico dell'allora Governatore dello Stato del Delta in Nigeria non ebbero successo, nonostante vi fossero prove della sua corruzione. Tuttavia, nel 2012 fu condannato da un tribunale a Londra per il coinvolgimento nel riciclaggio di circa 50 mln. di sterline, parte dei quali presumibilmente derivanti da atti di corruzione.

⁷⁶ Ricordo che l'accordo più recente e completo in tema di contrasto ai fenomeni corruttivi, la Convenzione ONU del 2003 adotta un approccio di contrasto al fenomeno ad ampissimo spettro, rinunciando ad offrire una definizione unitaria di corruzione. Stante la disparità di definizioni accolte negli ordinamenti interni, in fase di elaborazione del testo della Convenzione del 2003 si è deciso di definire un'ampia gamma di condotte di cui agli Stati impone o spesso solo richiede la criminalizzazione, per rendere omogenee le quali lo sforzo di sistemazione e standardizzazione compiuto è stato notevole. Cfr. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, Vienna, 2006. Come accennato, alcune disposizioni del capitolo III della Convenzione si limitano a richiedere ai contraenti di considerare l'opportunità di introdurre una nuova figura di illecito penale, ad esempio, per le ipotesi di *Trading in influence*, *Abuse of functions*, *Illicit enrichment*, *Bribery in the private sector*, *Concealment*. Le ragioni dietro questa scelta di non compiutezza del precetto internazionale sembrano potersi individuare nell'avvertita esigenza (e considerevole difficoltà) di prevedere precise e vincolanti ingiunzioni per le numerose e divergenti legislazioni statuali delle Parti in materia e delle discussioni avvenute in sede negoziale sulla compatibilità con i principi giuridici dei singoli contraenti di alcune figure di illeciti, come quella dell'arricchimento illecito. Anche la Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa prevede l'obbligo di criminalizzare il traffico di influenze e la corruzione *inter privatos*. Peraltro, ai sensi dell'art. 37 del medesimo trattato, gli Stati contraenti possono riservarsi di non dare attuazione a tali norme.

⁷⁷ Cfr., e.g., Convenzione OCSE del 1997, art. 3; Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa, art. 19; Convenzione dell'UE, art. 5.

altrove analizzato il significato della formula quasi-stereotipata che si ritrova nella maggior parte dei testi convenzionali: mentre il canone della proporzionalità non pone problemi interpretativi di rilievo, il testo dei trattati in esame non sembra specificare in modo sufficientemente chiaro la differenza tra ‘sanzione dissuasiva’ ed ‘effettiva’. Nel valutare il seguito dato dagli Stati parti agli impegni stabiliti da alcuni trattati in materia di contrasto alla corruzione, i relativi meccanismi di controllo,⁷⁸ pur riconoscendo la stretta connessione tra i due canoni, hanno permesso di chiarire che il parametro dell’effettività, più che con riferimento alla misura della pena in astratto comminata, deve valutarsi anche sulle base delle norme procedurali che, rapportate alla complessità delle indagini necessarie per accertare i crimini in questione, permettono (o meno) l’irrogazione concreta della pena.⁷⁹ Nel testo di alcune convenzioni sono relativamente più dettagliate, le indicazioni relative alle misure cautelari reali (sequestro) e, soprattutto, alle misure di sicurezza di natura patrimoniale (confisca). Ad esempio, l’art. 3(3) della Convenzione OCSE del 1997 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché le autorità giurisdizionali competenti provvedano al sequestro, alla confisca della tangente e dei proventi ottenuti dal corruttore a seguito dell’illecita transazione, ovvero di beni il cui valore corrisponda a tali proventi (c.d. “confisca di valore” o “confisca per equivalente”).⁸⁰

Un altro tratto saliente degli accordi in esame è, come noto, è l’obbligo per le Parti di adottare, secondo i propri principi giuridici, le misure che si rendano necessarie per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche e degli enti per le condotte oggetto dei medesimi accordi convenzionali.⁸¹ Ciò si è tradotto nella promozione, in via mediata, di modifiche legislative, anche di rilievo, in ordinamenti, come quello italiano, tradizionalmente refrattari a riconoscere forme autonome di responsabilità da reato delle persone giuridiche.⁸² La clausola di compatibilità con i principi degli

⁷⁸ La dottrina assolutamente prevalente interpreta il canone della proporzionalità in maniera analoga a quanto stabilito dalla Corte di giustizia dell’UE in proposito delle sanzioni previste per condotte lesive degli interessi finanziari dell’Unione. Cfr. Case 122/78, *SA Buitoni v. Fonds d’orientation et de régulation des marchés agricoles* (1979) ECR 677, para. 16: “As regards the problem of proportionality, it should be examined whether the penalty laid down by the (EC Regulation) for failure to comply with the period of presentation of the proofs proscribed by that provision exceeds what is appropriate and necessary to attain the objective sought”.

⁷⁹ V. L. Borlini, *The Achievements and Limits of Italian Anti-Corruption Legislation in Light of the International Legal Framework* in XXV, IYIL, 2015, 275, 292-4. Tentando di attribuire un valore autonomo a ciascuno dei termini, si è sostenuto, *in primis*, che proporzionalità e deterrenza, si riflettono, soprattutto, sul carico sanzionatorio e sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale. In tale prospettiva, esse introducono, rispettivamente, un limite verso il basso e, un altro verso l’alto, per i legislatori dei singoli Contraenti, allorché questi ultimi debbano valutare la risposta politico-criminale per i reati di corruzione introdotti in attuazione della Convenzione. Il requisito dell’effettività, invece connoterebbe più specificatamente il momento esecutivo della pena. Peraltro, la sintetica formula, utilizzata dalla disposizione in esame, non esprimerebbe altro che mere indicazioni di metodo, la principale delle quali risiederebbe nella proporzionalità della sanzione penale.

⁸⁰ Dispongono nello stesso senso, ad es., l’art. 31 della Convenzione ONU e l’art. 19 della Convenzione sul diritto penale del Consiglio d’Europa.

⁸¹ Non prevedono una specifica norma al riguardo la Convenzione OAS del 1996 e la Convenzione UA del 2003.

⁸² Oltre che per l’Italia con la l. 300/2000 e il d. lgs. 231/2001 come successivamente integrato e modificato, riforme in tal senso si sono avute, ad esempio, nel Regno Unito con l’adozione del UK Bribery Act nel 2010. Prima dell’adozione di tale legge, il Working Group on Bribery dell’OCSE aveva formulato diversi rilievi e critiche sulla legislazione precedentemente in vigore nel Regno Unito, (cfr. OECD UK-Ph1, 1999, 25; OECD UK-Ph1bis 2003; OECD UK-Ph1ter 2010; OECD

ordinamenti giuridici dei diversi contraenti sembra significare che i Paesi in cui non vige il principio sintetizzato dal noto brocardo «*societas delinquere non potest*» e che, quindi, ammettono forme di responsabilità penale delle persone giuridiche, devono estendere tale forma di responsabilità anche rispetto ai reati introdotti per dare attuazione agli obblighi internazionali scaturiti dai trattati in materia di contrasto alla corruzione. D'altro canto, non è richiesta l'introduzione di una responsabilità penale degli enti nei Paesi in cui questa non è, allo stato della legislazione, già contemplata.

Comune alle diverse convenzioni internazionali in materia è l'indicazione dei criteri in base ai quali gli Stati contraenti possono asserire la propria giurisdizione per perseguire i reati da esse contemplati. Attesa l'asserita inesistenza - almeno per la generalità dei reati - di norme internazionali generali, che impongano agli Stati di esercitare la propria giurisdizione penale in base ad un determinato criterio di collegamento, non stupisce che le disposizioni in esame sia stata oggetto di delicate trattative nel corso dei negoziati che hanno preceduto l'adozione di alcuni testi convenzionali.⁸³ La disciplina posta dalla Convenzione ONU è abbastanza esemplificativa dell'approccio adottato dai testi convenzionali in generale. Vi è, però, un'importante differenza: diversamente dal trattato dell'ONU, gli altri accordi prevedono come obbligatorio *anche* il criterio della nazionalità attiva e, frequentemente, quelli della nazionalità passiva e della protezione degli interessi dello Stato.⁸⁴ Infatti, l'art. 42 della Convenzione ONU indica i criteri in base ai quali gli Stati possono esercitare giurisdizione per perseguire i reati contemplati dagli artt. 15-27 del Trattato. Sono previsti, quali criteri di collegamento sussidiari al tradizionale principio della territorialità, la nazionalità passiva e la protezione degli interessi dello Stato, oltre alla nazionalità del reo. Tuttavia, le disposizioni contenenti tali riferimenti sono formulate in modo da non imporre alle Parti alcun obbligo stringente quanto alla previsione di uno o l'altro dei criteri in questione, posto, *ça va sans dire*, che i criteri eletti consentano (almeno in astratto) di perseguire efficacemente le condotte interessate. Dato che si tratta del criterio di collegamento più diffuso e delineato come cardine anche dal testo della Convenzione ONU (e delle altre convenzioni anti-corruzione),⁸⁵ è opportuno soffermarci sul riferimento al principio della territorialità richiamato dal par. 1 dell'art. 42 della Convenzione ONU.⁸⁶ La disposizione in esame

UK-Ph2 2005; OECD UK-Ph2bis 2008), arrivando, nel 2008, a richiedere alle autorità britanniche di relazionare ogni quattro mesi dell'anno, sottolineando che “ . . . *failing to enact effective and comprehensive legislation undermines the credibility of the UK's legal framework and potentially triggers the need for increased due diligence over UK companies by their commercial partners or Multilateral Development Banks*”(OECDm UK-Ph2bis 2008, 70-71.

⁸³ Il punto è stato a lungo dibattuto durante i negoziati delle Convenzioni OCSE al fine di «raggiungere un equilibrio di obblighi» tra le Parti e «un'applicazione bilanciata ed efficace delle norme repressive». Così G. Sacerdoti, *La Convenzione OCSE del 1997 e la sua laboriosa attuazione in Italia*, in Id. (cur.), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Milano, 2003, 76.

⁸⁴ Per una disamina approfondita della disciplina stabilita dai diversi trattati e delle importanti questioni applicative sottostanti sia consentito rinviare ancora a Arnone, Borlini, cit., 377-393.

⁸⁵ Cfr. anche Convenzione OAS, art. V; Convenzione OCSE, art. 4; Convenzione UE, art. 7; Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa, art. 17; Convenzione UA, art. 13.

⁸⁶ È previsto che ogni Parte adotti le misure che si rendano necessarie per esercitare la propria giurisdizione penale con riferimento ai reati introdotti ai sensi del Trattato, quando essi sono

non pone particolari problemi esegetici: un'interpretazione di tipo logico-teleologico consente agevolmente di affermare che per l'applicazione del criterio di territorialità non sia necessaria la commissione integrale del fatto-reato sul territorio di una Parte, ciò essendo confermato anche dai lavori preparatori.⁸⁷ Ancora, pur non precisando alcunché sul punto, avendo riguardo, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, all'oggetto e allo scopo del trattato,⁸⁸ sembra si possa concludere che non sia necessario un 'esteso' collegamento materiale con il fatto-reato.⁸⁹

Completano l'apparato penalistico, le disposizioni sulla cooperazione giudiziaria in materia penale. Le norme sulla cooperazione giudiziaria e l'extradizione in tema di reati di corruzione sono caratterizzate da principi generali relativamente uniformi (*aut dedere aut prosequi*, doppia incriminazione, sequestro e confisca dei proventi della corruzione e degli altri reati oggetto della disciplina convenzionale, inopponibilità del segreto bancario e via dicendo), che trovano ulteriore riscontro negli accordi bilaterali e regionali esistenti in materia. Tali principi sono comunque specificati ed integrati, ad esempio, dalle norme del capitolo 4 della Convenzione ONU del 2003. Esso contiene, *inter alia*, dettagliate e articolate disposizioni in materia di estradizione;⁹⁰ mutua assistenza giudiziaria;⁹¹ trasferimento delle persone riconosciute colpevoli di reati di corruzione e condannate a sanzioni limitative della libertà personale;⁹² trasferimento dei procedimenti penali;⁹³ creazione di organi investigativi comuni,⁹⁴ tecniche di indagine speciali.⁹⁵ Si tratta di disposizioni di rilevanza pratica fondamentale, stante, ad esempio, la frequente utilizzazione di canali finanziari internazionali per il pagamento di tangenti all'estero ed il conseguente frazionamento del *locus commissi*

commissi: a) sul suo territorio o b) a bordo di una nave battente bandiera della Parte medesima o di un veicolo aeromobile registrato ai sensi della legge di tale Paese al *tempus commissi delicti*.

⁸⁷ Cfr. UNODC, *Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention Against Corruption*, n. 41. Re., art. 42, sub par. 1, a): «*The travaux préparatoires will reflect the understanding that the offence might be committed in whole or in parting the territory of the State party*».

⁸⁸ Com'è noto, le regole generali di interpretazione degli trattati tra Stati sono codificate agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati stipulati tra Stati, adottata il 23 maggio 1969, e.v. il 27 gennaio 1980. Al par. 1, l'31 (Regola generale di interpretazione) così dispone: «Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario dei termini, nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo»

⁸⁹ Tale interpretazione sembra preferirsi alla luce di argomenti testuali-sistematici combinati con criteri finalistici. Quanto al primo profilo, rileva l'ampiezza della descrizione delle condotte tipiche, che, ad esempio, per l'illecito di corruzione attiva di pubblici funzionari stranieri o internazionali contempla l'offerta, promessa, (oltre che la dazione) [...], diretta o tramite intermediari, [...] del vantaggio indebito [...]. Il caso dell'offerta effettuata, per il tramite di un intermediario con sede in uno Stato terzo, ma attraverso una telefonata iniziale (o una e-mail) a questi, partita dal territorio di uno Stato parte, è da ritenersi «coperto» dall'illecito-tipo delineato dall'art. 16 della Convenzione ONU. Quanto al secondo profilo è evidente che un'interpretazione restrittiva del criterio di territorialità condurrebbe al risultato di limitare, *de facto*, la possibilità di reprimere penalmente illeciti come quelli esemplificati.

⁹⁰ Convenzione ONU, art. 44, *Extradition*

⁹¹ *Ib.*, art. 46, *Mutual legal assistance*.

⁹² *Ib.*, art. 45, *Transfer of sentenced person*.

⁹³ *Ib.*, art. 47, *Transfer of criminal proceedings*.

⁹⁴ *Ib.*, art. 49, *Joint Investigation*. L'importanza di indagini comuni nel quadro dei crimini transnazionali è efficacemente messa in luce da E. Rosi, *Problematiche di accertamento delle tipologie corruttive*, in G. Forti, (cur.), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano, 2003, 233.

⁹⁵ Convenzione ONU, art. 50, *Special investigative techniques*.

delicti. Al riguardo, mi limito ad alcune considerazioni di sintesi: il fine comune, evidentemente, è la promozione di una cooperazione internazionale in materia penale quanto più possibile ampia, pronta ed effettiva. In alcuni dei trattati anti-corruzione, la tecnica utilizzata per redigere queste disposizioni è minuziosamente descrittiva.⁹⁶ Inoltre, la maggior parte delle disposizioni relative alla cooperazione internazionale sono immediatamente eseguibili e, dunque, suscettibili di applicazione diretta da parte dei singoli Contraenti. La portata di queste disposizioni non deve, comunque, nemmeno sopravvalutarsi: gli istituti su cui incidono (*e.g.* l'estradizione) sono tradizionalmente oggetto di condizioni poste da regole interne e da accordi internazionali, le quali solitamente vengono fatte salve dai trattati anti-corruzione.⁹⁷

3.2. (Segue) Il carattere interdisciplinare delle convenzioni anti-corruzione: gli impegni di natura non penale

Gli accordi internazionali di contrasto alla corruzione si discostano dal modello tradizionale delle convenzioni di repressione penale poiché adottano un approccio interdisciplinare (o, come si suole dire, 'integrato') prevedendo, a seconda dei diversi strumenti, più o meno ampi impegni per la prevenzione del fenomeno; disciplinando, in alcuni casi, le conseguenze di diritto civile degli atti di corruzione; nel caso della Convenzione ONU, articolando un complesso sistema di norme dirette alla restituzione dei proventi della corruzione⁹⁸ e promuovendo iniziative, procedure e organi dediti all'assistenza tecnica e finanziaria per l'attuazione delle norme pattizie, allo scambio di informazioni inerenti agli illeciti di corruzione e alla condivisione delle *c.d. best practices* in materia di prevenzione e contrasto.⁹⁹ Se ne deduce che il profilo della repressione penale si colloca in un contesto assai più esteso, di cui essa costituisce uno degli elementi portanti.

Alla prevenzione della corruzione sono dedicate norme diverse che nel tempo, con l'adozione dei diversi trattati, si sono affinate e articolate.¹⁰⁰ Si tratta di misure di

⁹⁶ Così è, ad es., per le menzionate disposizioni della Convenzione ONU e gli artt. 21-23 della Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa, in ciò differenziandosi dalle disposizioni della Convenzione OCSE parimenti dedicate alla mutua assistenza giudiziaria e all'estradizione.

⁹⁷ Cfr., oltre alle disposizioni già richiamate nelle note precedenti, gli artt. XIV-XX della Convenzione OAS; artt. 8-10 della Convenzione UE e artt. 15, 18-21 della Convenzione UA.

⁹⁸ Cfr. il capitolo 5 (*Asset recovery*) della Convenzione ONU del 2003.

⁹⁹ Le disposizioni del capitolo VI (*Technical assistance and information exchange*) della Convenzione ONU perseguono la finalità di creare e sviluppare sistemi di assistenza tecnica e circuiti di comunicazione tra i diversi Stati contraenti, anche attraverso lo sviluppo di specifici programmi di addestramento del personale responsabile per la lotta e la prevenzione degli illeciti di corruzione ed il coinvolgimento di esperti in materia. Nell'ambito di tale capitolo, particolarmente rilevanti appaiono le disposizioni contenute nell'art. 62.2. Esse prescrivono agli Stati parte di coordinarsi tra loro, anche per il tramite di organizzazioni regionali, allo scopo di rafforzare la capacità dei PVS di contrastare e prevenire le pratiche corruttive e migliorare l'assistenza materiale, finanziaria e tecnica agli stessi di modo da facilitare loro l'attuazione della Convenzione ONU. Sull'importanza della cooperazione tecnica per l'attuazione dei trattati internazionali anti-corruzione v. L. Borlini, *Article 60*, in Rose, Kubiciel, Landwehr, cit. e K. Hussmann, M. Peñailillo, *How can Technical Assistance support the implementation of the UNCAC?*, in *U4 Background paper 2007*, available at: <<http://www.U4.no>>.

¹⁰⁰ Ad esempio, le sole disposizioni della Convenzione OCSE di natura non strettamente penale consistono nelle misure relative alla contabilità aziendale, con funzione di trasparenza e prevenzione, previste dall'art.8, mentre più articolate sono le diverse misure di prevenzione previste dall'art. IV della Convenzione OAS. Particolare rilievo rivestono le norme relative alla

profilassi dirette tanto al settore pubblico che a quello privato, tra cui, l'adozione di *standards* fiscali e contabili e l'elaborazione di codici di condotta da parte delle imprese; l'adozione di regole deontologiche per i pubblici ufficiali; l'istituzione di organismi di controllo; misure di prevenzione della corruzione privata; il divieto della deducibilità fiscale delle spese utilizzate *de facto* per corrompere; appropriati sistemi di gestione delle procedure per l'acquisizione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione, basati sui principi di trasparenza, concorrenza e oggettività nella fase di assegnazione; l'adozione di criteri di trasparenza per il finanziamento dei partiti politici. Particolarmente significative risultano, per il settore privato, la previsione di misure di tutela e incentivi ai c.d. *whistleblowers*¹⁰¹ e, per il settore pubblico, l'istituzione di organi e agenzie indipendenti specializzate nella prevenzione dei reati di corruzione, capaci di attuare ed, eventualmente, coordinare le politiche e pratiche anti-corruzione adottate a livello nazionale, nonché di sviluppare metodi per accrescere la conoscenza del fenomeno ed identificare i differenti tipi di corruzione e i suoi canali di diffusione.¹⁰² In testi come la Convenzione ONU, il numero, la complessità e l'incisività che le misure preventive potrebbero avere sugli apparati normativi degli Stati contraenti sembrerebbero indicare che la prevenzione è stata individuata dai negoziatori come momento privilegiato della lotta alla corruzione. È altresì interessante notare che, talvolta, qualora non si sia formato consenso sufficiente per inserire nella disciplina pattizia incisive norme di natura penale su fattispecie specifiche – come, ad esempio, sempre per la Convenzione ONU, la corruzione privata e il finanziamento illecito dei partiti – si sono comunque concordate norme per la prevenzione di quelle condotte. Tuttavia, numerose disposizioni contenenti impegni sulla prevenzione non obbligano gli Stati contraenti dei trattati anti-corruzione, essendone l'attuazione lasciata alla discrezione degli Stati stessi.¹⁰³ Sovente le formule verbali utilizzate esprimono, infatti, una mera facoltà al cui esercizio si esorta lo Stato contraente. Inoltre, anche quando dispongono impegni vincolanti, si tratta normalmente di norme di natura programmatica: da un lato, quindi, la loro attuazione nei singoli ordinamenti nazionali può costituire un importante momento per l'elaborazione da parte dei legislatori nazionali di riforme di assai ampio respiro nel settore della prevenzione della corruzione; dall'altro, forse in misura ancora maggiore che le disposizioni di natura penale, la loro efficacia non può che dipendere dalla capacità e possibilità dei singoli Stati di articolare e porre in essere tali riforme.

La Convenzione sul diritto civile del Consiglio d'Europa, anch'essa del 1999, stabilisce un'articolata disciplina sulle conseguenze civilistiche dei reati di corruzione (*e.g.* nullità per il patto corruttivo in senso lato e per tutti gli accordi a esso collegati o conseguenti; natura e quantificazione del danno derivante da atti di corruzione; disciplina procedurale dell'azione civile di risarcimento dei danni derivanti dal reato di

prevenzione degli illeciti oggetto della Convenzione ONU, la quale dedica un intero capitolo, il secondo, alle *Preventive Measures* (artt. 5-14), dirette tanto al settore pubblico che a quello privato.

¹⁰¹ Per un esame critico di queste disposizioni v. Arnone, Borlini, cit., 330-6 e la bibliografia ivi richiamata. Sull'utilità dello strumento del *whistleblowing* e sulle possibili opzioni normative per darne efficace attuazione si v., tra gli altri, G. Frascini, N. Parisi, D. Rinoldi, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2011.

¹⁰² Si v. F. Recanatini, *Anti-corruption Authorities: An Effective Tool to Curb Corruption?*, in Rose-Ackerman, Søreide, cit., 528.

¹⁰³ Così Arnone, Borlini, cit., 418-436 e Rose, *International Anti-Corruption Norms...*, cit., 107-109.

corruzione; cooperazione giudiziaria per l'acquisizione di prove; adozione di misure cautelari volte a conservare i beni e i valori oggetto della contesa in attesa dell'esecuzione finale della sentenza).¹⁰⁴ Singole disposizioni in materia sono contenute anche dalla Convenzione ONU.¹⁰⁵ Il potenziale dissuasivo dei rimedi giudiziari aperti ai privati non è certo da sottovalutare:¹⁰⁶ casi come la controversia civile che ha visto contrapporsi in Italia i gruppi Cir e Fininvest¹⁰⁷ palesano, da un lato, il divario esistente in taluni ordinamenti giuridici fra la normativa penale vigente e la sua concreta applicazione e, dall'altro, l'importanza di parallele azioni in sede civile. D'altronde, un utilizzo più frequente di meccanismi di *private enforcement* sembra ben rispondere alla logica di veicolare l'azione individuale al raggiungimento di interessi collettivi prima del, ovvero insieme al, soddisfacimento di interessi individuali. Il consolidato sistema di *enforcement* del diritto antitrust statunitense mi sembra paradigmatico di un impianto che coniughi al meglio la risposta sanzionatoria di tipo pubblicistico con l'iniziativa dei singoli privati volta al risarcimento del danno subito per la pratica illecita. Ciò potrebbe e dovrebbe aversi già anche nei casi di corruzione: far valere in sede civile la nullità del patto corruttivo e i danni subiti a causa di pratiche corruttive è una possibilità attuale che potrebbe rilevarsi efficace per combattere i fenomeni in esame, soprattutto dove l'entità del danno è cospicua. In tutta evidenza, una causa civile promossa dai concorrenti di una gara d'appalto che facciano valere la nullità dei contratti per fatti di corruzione e i danni loro derivati rafforza anche l'efficacia deterrente dell'azione penale. In tale prospettiva, corrotti e corruttori devono temere non solo un'eventuale condanna penale, ma anche i costi della soccombenza in sede civile e il travolgimento di tutta l'attività già svolta in esecuzione dei contratti viziati.

Come accennato, il capitolo V della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 introduce e regola l'istituto del c.d. *asset recovery*, prevedendo la disciplina pattizia più articolata sul recupero e la restituzione dei proventi della corruzione. È spontaneo ricollegare tale disciplina alle risultanze dell'analisi economica del fenomeno corruttivo e alla concezione di giustizia riparativa (*restorative justice*), poiché l'*asset recovery* ha appunto lo scopo precipuo di riparare i danni arrecati dalle pratiche corruttive alle economie e alle popolazioni, soprattutto dei Paesi poveri. E poiché i proventi della corruzione vengono invariabilmente trasferiti all'estero, il loro recupero non può avvenire se non a seguito di una cooperazione internazionale davvero efficace. Diversi casi testimoniano dell'importanza del recupero dei valori patrimoniali, ma

¹⁰⁴ La stessa Convenzione sul diritto civile del Consiglio d'Europa prevede anche disposizioni di maggior dettaglio, tra cui ricordo l'obbligo per i contraenti di prevedere forme di responsabilità civile per gli atti di corruzione commessi dai propri pubblici ufficiali; disciplina del concorso di colpa nell'illecito civile; protezione dei dipendenti di imprese che svelano e riportano episodi di corruzione.

¹⁰⁵ Cfr. Convenzione ONU, artt. 34 e 35, rispettivamente in materia conseguenze civili di atti di corruzione e risarcimento del danno.

¹⁰⁶ P.D. Carrington, *Enforcing International Corrupt Practices Law*, 32 *Mich. St. J. Int'l L.*, 2010, 129, 145.

¹⁰⁷ La sentenza di primo grado nel caso Cir c. Fininvest (Trib. Milano 3 ottobre 2009) può leggersi in versione integrale in *Foro it., Le banche dati, archivio Merito ed extra*, n. 2009.681. La causa civile in esame si è conclusa con la sentenza della Corte suprema di cassazione del 2013, che ha quantificato in via definitiva il danno dovuto da Fininvest S.p.A. Cfr. Corte Cass., terza sez. civ., sent. 17-9-2013, n. 21255/2013. Cfr. Trib. Milano, sez. X civ., sentenza 10-7-2015 n. 8537.

anche delle difficoltà incontrate dagli Stati per ottenere la restituzione dei fondi di provenienza illecita: tra questi, ricordo quelli delle somme trafugate dal dittatore congolese Mobutu, da Marcos nelle Filippine e da Sani Abacha in Nigeria tra il 1993 e il 1998, periodo durante il quale egli si appropriò illegalmente di una cifra che è stimata essere compresa tra \$2 e \$5 miliardi. Più recentemente, si segnalano, per l'ammontare delle somme trafugate, i casi emersi a seguito della Primavera araba: l'ex leader libico Muammar Gaddafi e l'ex presidente tunisino Zine el-Abidine Ben Ali avrebbero trafugato e accumulato fortune quantificabili in parecchi miliardi di dollari americani, la maggior parte dei quali investiti e celati all'estero.¹⁰⁸ Così anche l'ex leader egiziano Hosni Mubarak, sebbene la quantificazione delle somme trafugate in questo caso sia ancora più incerta.¹⁰⁹ La cooperazione internazionale finalizzata alla restituzione e gestione dei beni sottratti a favore della collettività vittima di tale sottrazione appare, quindi, allo stesso tempo il tallone d'Achille e l'aspetto più promettente della lotta alla corruzione.

L'idea di creare un sistema di cooperazione multilaterale per il recupero e la resa dei valori patrimoniali derivanti da reato è relativamente recente e l'approccio utilizzato dalla Convenzione ONU è, come stiamo per vedere, interdisciplinare, caratterizzato dalla diversificazione degli strumenti per favorire il recupero dei valori patrimoniali.¹¹⁰ Le disposizioni che si occupano di *asset recovery* si possono sommariamente suddividere in: norme dirette alla prevenzione dell'abuso del sistema finanziario ai fini della commissione dei reati contemplati dal Trattato ed al rintracciamento dei trasferimenti dei prodotti del crimine,¹¹¹ (inclusa la previsione della costituzione di unità di indagine finanziaria responsabili per la ricezione, l'analisi

¹⁰⁸ Cfr. le informazioni pubblicate sullo StAR Asset Recovery Watch Database, disponibile sul sito internet: <http://star.worldbank.org/corruption-cases/arwcases>.

¹⁰⁹ Si v. A. Dornbierer, G. Fenner Zinkernagel, Introduction, in G. Fenner Zinkernagel, C. Monteith, P. Gomes Pereira (eds.), *Emerging Trends in Asset Recovery*, Bern, 2013, i, v.

¹¹⁰ Per una trattazione estesa dell'istituto, corredata dall'esame della prassi rilevante e dalla prospettazione delle principali problematiche applicative v., tra gli altri, M. Pieth (ed), *Recovering Stolen Assets*, Bern, 2008; StAR, *Barriers to Asset Recovery. An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*, Washington, DC, 2011, disponibile sul sito internet: <http://star.worldbank.org/star/publication/barriers-asset-recovery>; Fenner Zinkernagel, Monteith, Gomes Pereira cit.; Arnone, Borlini, cit., 479-523 e l'ampia bibliografia ivi richiamata.

¹¹¹ L'assunto alla base di queste disposizioni è l'importanza della trasparenza e dell'esercizio dell'adeguata verifica da parte degli intermediari bancari nel verificare l'identità dei correntisti bancari o dei beneficiari dei fondi (art. 52 par.1), specialmente se a questi sono state affidate prominenti funzioni pubbliche. Lo scrutinio accurato deve investire, inoltre, anche i familiari e le persone più vicine a questi e deve essere effettuato in modo da facilitare il tracciamento di transazioni sospette. Per significarne l'importanza basti ricordare che nel caso di corruzione che ha coinvolto Vladimiro Montesinos Torres - capo del potente *National Intelligence Service* e consigliere dell'ex presidente peruviano Alberto Fujimori fino al 2000 - le informazioni ottenute dalle banche svizzere facilitarono le indagini in patria e il recupero di ingenti fondi riciclati da Montesinos in Svizzera. A seguito delle segnalazioni delle banche svizzere, le indagini della Procura distrettuale IV del Canton Zurigo provarono che i fondi di Montesinos bloccati in Svizzera erano provento di corruzione: dal 1990 Montesinos percepiva 'commissioni' sulle forniture di armi destinate allo Stato peruviano e faceva versare queste tangenti sui suoi conti bancari in Lussemburgo, negli Stati Uniti e in Svizzera. In occasione di almeno 32 contratti di fornitura, Montesinos percepì tangenti del 18% del prezzo d'acquisto. Anche in occasione dell'acquisto di tre aerei MIG29 da parte delle forze aeree peruviane presso la fabbrica nazionale di armi russa *Rosvooruzhenie*, Montesinos aveva incassato una 'commissione' di 10,9 milioni di dollari. Grazie alla sua posizione, a titolo di controprestazione, egli faceva in modo che determinati commercianti di armi venissero favoriti al momento dell'aggiudicazione di queste commesse.

e la trasmissione alle autorità competenti di report di transazioni finanziarie sospette);¹¹² disposizioni che disciplinano gli strumenti di diritto civile per ottenere la restituzione dei valori patrimoniali derivanti da reato o l'eventuale risarcimento del danno dovuta alla sottrazione di tali beni;¹¹³ regole sui meccanismi per il recupero di beni attraverso la cooperazione internazionale ex art. 55 della Convenzione finalizzata alla confisca degli stessi, una delle misure più efficaci per disarticolare il crimine organizzato e la criminalità di stampo economica;¹¹⁴ norme per la restituzione e la gestione dei valori patrimoniali trafugati e delle risorse finanziarie sottratte.¹¹⁵ Infine, la Convenzione prevede al par. 5) dell'art. 57 la facoltà per gli Stati membri di concludere accordi internazionali *ad hoc* per la gestione definitiva dei beni confiscati. La Convenzione indica, quindi, una soluzione, certamente laboriosa dal punto di vista della negoziazione, ma probabilmente più breve rispetto alla via giudiziaria e con l'indubbio vantaggio di poter permettere allo Stato richiesto di esprimere il suo interesse circa la sorte dei fondi rimpatriati e di concordare un'eventuale condivisione dei fondi recuperati quale incentivo per la cooperazione. Necessitando dell'accordo degli Stati interessati su ogni aspetto rilevante, inclusi i dettagli operativi, la restituzione effettiva dei valori sottratti non rappresenta solo il cuore e il fine ultimo dell'intera procedura, ma ne costituisce probabilmente la fase più delicata.¹¹⁶

¹¹² Convenzione ONU, art. 58. I lavori preparatori indicano che ogni Stato può considerare se istituire una nuova unità, creare un ramo specializzato del centro finanziario già esistente - di solito istituita ai sensi della normativa in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro sporco e finanziamento del terrorismo - ovvero più semplicemente utilizzare l'unità già creata precedentemente. A/58/422/Add.1, 11-12.

¹¹³ *Ib.*, art. 53. In particolare, il paragrafo a) dell'art. 53 prevede che ogni Stato parte, conformemente alla sua legislazione domestica, adotti le misure necessarie per permettere ad un altro Stato membro di esercitare un'azione civile presso i tribunali del primo, al fine di far riconoscere l'esistenza di un diritto di proprietà sui beni acquisiti tramite uno dei reati previsti dalla Convenzione. Il paragrafo b) stabilisce che, sempre in accordo con la sua legislazione interna- gli Stati adottino le misure necessarie per permettere ai propri organi giurisdizionali di ordinare ai rei di corrispondere un indennizzo o di liquidare i danni arrecati ad un altro Stato membro offeso dai crimini puniti dalla Convenzione.

¹¹⁴ I beni cui ci si riferisce ai fini della cooperazione sono quelli acquisiti o comunque coinvolti nella commissione dell'illecito (art. 54 par.1). Su tale misura di natura tipicamente penalistica non mi dilungo se non per dire che, secondo la Convenzione (art. 55 (7)) la cooperazione può essere rifiutata qualora le prove ricevute dallo Stato al quale viene presentata la richiesta siano insufficienti o tardive ovvero se i valori patrimoniali abbiano scarso valore. Vi è in questa disposizione un bilanciamento tra l'interesse al recupero dei fondi e la considerazione delle difficoltà tecniche, giuridiche e finanziarie che affrontano gli Stati durante le operazioni di restituzione. D'altro canto, rovesciando la prospettiva, sono proprio i Paesi più duramente provati ed impoveriti da pratiche corruttive a dover iniziare delle indagini o delle azioni lunghe e costose per recuperare i propri valori; pertanto essi stessi potrebbero decidere di non procedere oltre, qualora la somma non sia ingente.

¹¹⁵ La disciplina relativa alla restituzione e gestione dei beni trafugati è contenuta nell'art. 57. Il paragrafo 1 esprime l'indicazione di principio secondo la quale i valori confiscati da uno Stato, conformemente ai già citati art. 31 e 55, devono essere gestiti secondo il paragrafo 3 dell'art. 57, ivi inclusa la restituzione di tali valori; quest'ultima dovrà avvenire in accordo con le leggi interne e con le disposizioni della Convenzione. L'art. 57 (3) prevede un preciso obbligo per gli Stati riceventi la richiesta di restituzione, impegno che si declina in modo parzialmente diverso a seconda che si tratti di malversazione di fondi pubblici o di riciclaggio di denaro (art. 57 (3) lett.a)), dei proventi degli altri reati sanzionati dalla Convenzione (57 (3) lett. b)), ovvero di tutti gli altri casi (57 (3) lett. c)).

¹¹⁶ La restituzione dei valori sottratti da Ferdinando Marcos, ex presidente delle Filippine, non ha mancato di creare frizione tra Filippine e Svizzera. Nel caso in esame le autorità elvetiche hanno negoziato una restituzione condizionale a: i) un'incriminazione formale contro i Marcos in Patria

Il funzionamento dell'istituto dell'*asset recovery* su scala internazionale – gestito anche tramite un'iniziativa congiunta della Banca Mondiale e dell'UNODC, la *Stolen Asset Recovery Initiative* (StAR)¹¹⁷ – mi sembra esemplificativo di una strategia capace di reintegrare gli interesse collettivi dopo l'esplicazione di un necessario momento sanzionatorio comune anche agli altri sviluppi accennati della normativa internazionale. In tale prospettiva, il 'valore aggiunto' delle norme in esame è rappresentato proprio dal recupero volto a una gestione collettivamente utile dei patrimoni sottratti a seguito di atti di corruzione: una *pars costruens* che, forse, le sole disposizioni volte alla repressione penale non fanno che intravedere. La prassi ad oggi esistente è, comunque, troppo esigua per esprimere valutazioni definitive circa il seguito che i Contraenti della Convenzione ONU hanno dato alle norme in materia di *asset recovery* e, quindi, l'efficacia dell'istituto; certo, si è rivelata sufficiente affinché fossero opportunamente evidenziati ed indagati i principali ostacoli alla sua efficacia (di natura giuridica, politica ed operativa)¹¹⁸ e già emergessero alcune delicate questioni giuridiche (*e.g.* la problematica coesistenza della confisca disposta in assenza di condanna con alcuni diritti umani fondamentali come il diritto di proprietà – di norma non comprimibile in assenza di una base legale – e, soprattutto, la tutela offerta dal principio di colpevolezza da cui discende l'illegittimità dell'applicazione di sanzioni penali che non siano fondate su di un giudizio di colpevolezza, «*consignée dans un verdict de culpabilité*»), insieme a problemi pratici (su tutti l'identificazione e l'individuazione dei profitti da illecito e le difficoltà inerenti alla gestione dei fondi *una volta restituiti*, dovute anche alla scarsità di linee-guida in materia) e di ordine tecnico (come la quantificazione dei profitti della corruzione e degli interessi dovuti sui valori sottratti), che probabilmente costituiranno frequentemente oggetto di assistenza tecnica e studi dedicati negli anni a venire.

3.3. Gli obblighi procedurali in tema di controllo

Ad eccezione della Convenzione UE del 1997,¹¹⁹ tutti i trattati in esame contengono obblighi di natura procedurale per la supervisione della loro corretta attuazione. La

entro un anno; ii) una sentenza definitiva da parte di un tribunale filippino che accertava che i fondi erano stati sottratti e che dovevano essere restituiti al legittimo proprietario: il governo delle Filippine; iii) il rispetto delle garanzie processuali stabilite dalla Costituzione svizzera e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo durante i procedimenti penali in patria. Come era prevedibile, queste richieste hanno incontrato l'opposizione del governo delle Filippine e della speciale commissione incaricata del recupero. Le autorità filippine si sono alla fine accordate con la Svizzera per una 'restituzione anticipatoria' ovvero attuata prima della sentenza definitiva. Una tale possibilità è ora espressamente prevista dall'art. 57 (3) (b) della Convenzione ONU. La restituzione dei fondi trafugati dai Marcos è avvenuta su un conto corrente aperto in un intermediario nelle Filippine e controllato dalla Svizzera, la quale ha definitivamente trasferito i capitali in seguito ad una sentenza di un tribunale filippino, in cui si accerta l'incapacità dei Marcos di dimostrare l'origine lecita del denaro.

¹¹⁷ Cfr. StAR, World Bank and UNODC. Partnership Charter, 7 November 2008, disponibile alla pagina http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/StAR_Partnership_Charter_0.pdf. Per ulteriori informazioni cfr. il sito internet di StAR: <https://star.worldbank.org/>.

¹¹⁸ V. anche Hatchard, cit., 360-1.

¹¹⁹ La Convenzione UE del 27 maggio 1997 è l'unico tra i principali trattati internazionali anti-corruzione a non aver istituito uno specifico meccanismo internazionale di controllo. Nell'ambito dell'UE riveste, comunque, particolare importanza il processo di revisione biennale relativo ai

disciplina dei trattati internazionali in materia di contrasto alla corruzione è, quindi, completata dalle norme che istituiscono e regolano i rispettivi meccanismi internazionali di controllo.¹²⁰ Si tratta di un aspetto peculiare, la cui importanza nel quadro dei meccanismi internazionali di controllo non sorprende:¹²¹ pur nell'originalità del loro funzionamento, le procedure stabilite dai trattati in esame non rappresentano un *unicum* della cooperazione internazionale. I meccanismi internazionali di controllo, infatti, sono molto diffusi, soprattutto nei settori del diritto internazionale in cui il solo principio di reciprocità non è sufficiente a garantire l'attuazione degli obblighi previsti dai relativi trattati.¹²² Oltre agli accordi per la lotta alla corruzione, sono, infatti, dotati di meccanismi internazionali di controllo numerosi trattati in materia di diritto ambientale;¹²³ i trattati sulla promozione e tutela dei diritti umani;¹²⁴ alcuni trattati in materia di liberalizzazione del commercio internazionale;¹²⁵ i trattati sulla non-proliferazione delle armi di distruzione di massa;¹²⁶ sempre più frequentemente, gli accordi internazionali in materia penale.¹²⁷ Tutte queste tipologie di accordi sono caratterizzati dalla circostanza che all'attuazione dei relativi obblighi da parte di uno Stato non corrisponde un'utilità immediata per gli altri contraenti, poiché essi, di regola, si traducono tipicamente in modifiche interne all'ordinamento giuridico nazionale difficilmente verificabili da parte degli altri Stati. Da ciò l'importanza di meccanismi diretti a supervisionare e stimolare la corretta attuazione

conseguimenti dei Paesi dell'Unione in materia di lotta alla corruzione condotto dalla Commissione. Cfr. Commission, Decision of 6 June 2011, COM (2011) 3763 final. L'esito di tale processo è rappresentato dalla pubblicazione del c.d. "EU Anti-Corruption Report" da parte della commissione, disponibile sul sito internet: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report_en.

¹²⁰ Si v. StAR, *Barriers to Asset Recovery*, cit.; Arnone, Borlini, cit., 511-523.

¹²¹ A prescindere dalla multiforme manifestazione della prassi, tutti i meccanismi internazionali di controllo - senza eccezione - assolvono alla funzione di garanzia di integrità dei valori giuridici dell'ordinamento giuridico internazionale contro attività o fatti che potrebbero infrangerla. Per una trattazione approfondita dell'istituto del controllo internazionale si rimanda alla classica opera di A. Cassese, *Il controllo internazionale, Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1971. V. anche, più recentemente, P.M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 13° ed., Parigi, 2016, 519-525.

¹²² V. G. Ulfstein, *Treaty Bodies and Regimes*, in D.B. Hollins (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, 2014, 428, 439-442.

¹²³ Si v. ad es. T. Treves, A. Tanzi, L. Pineschi, C. Pitea, C. Ragni, F. Romanin Jacur (eds.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, TMC, The Hague, 2009.

¹²⁴ Così è, ad esempio, per il Trade Policy Review Mechanism (TPRM), istituito nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Cfr. P.C. Mavroidis, *Surveillance Schemes: The GATT's New Trade Policy Review Mechanism*, in 13(2) *Mich. St. J. Int'l L.*, 1992, p. 374 ss.

¹²⁵ V., tra i molti, C. Tomuschat, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford, 2008, 133. Per un esame critico, sebbene meno recente, dell'istituto nell'ambito dei trattati in materia di protezione e promozione dei diritti umani v. anche J. Crawford, *The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis?*, in P. Alston, J. Crawford (eds.), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000, 5.

¹²⁶ Per un'illustrazione di tali meccanismi si rinvia ai diversi contributi in J.L. Black-Branch, D. Fleck (eds.), *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, The Hague, 2014, Vol. I, 133.

¹²⁷ V. C. Rose, *Treaty Monitoring and Compliance in the Field of Transnational Criminal Law*, in *Grotius Centre Working Paper 2017/070-PIL*, dalla cui analisi sono però significativamente escluse le procedure di controllo operative in seno ai trattati sui c.d. crimini internazionali *stricto sensu* e tutti i meccanismi che negli ultimi anni si sono sviluppati in ambito regionale.

degli impegni pattizi e favorire il dialogo tra i contraenti in relazione al seguito da dare a tali impegni.

Tornando ai trattati in materia di contrasto alla corruzione, da un'indagine condotta altrove emerge la maggiore efficacia delle procedure stabilite e collaudate in alcuni ambiti regionali (Convenzione OCSE e Convenzioni penale e civile del Consiglio d'Europa) rispetto ad altri (Convenzioni interamericana e dell'Unione Africana).¹²⁸ A livello universale, il meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione ONU appare più laborioso e (comprensibilmente) ad uno stadio di sviluppo meno avanzato delle corrispondenti esperienze regionali. Mentre è inverosimile, vista la diversità del contesto e la maggiore enfasi che nella sfera delle Nazioni Unite è data alla sovranità degli Stati, una riforma invasiva della procedura di controllo istituita dalla Convenzione ONU, mi pare auspicabile un suo adeguamento alle procedure regionali più efficaci almeno rispetto ad alcuni requisiti di base, come la pubblicazione dei *country review reports* (e non dei soli *executive summaries*) indipendentemente dal previo consenso del Paese la cui normativa è oggetto di monitoraggio.¹²⁹ Rispetto a quanto sostenuto in altri studi, mi preme aggiungere tre considerazioni.

Anzitutto, rilevo che nel corso del tempo le più incisive procedure di controllo istituite dai trattati per la lotta alla corruzione si sono *standardizzate* e ciò rispetto ai seguenti importanti elementi. Primo: esse si articolano in complesse fasi successive, dirette *in primis* a verificare la rispondenza delle legislazioni nazionali rispetto agli impegni pattizi sopra esaminati - così mettendo in luce questioni di particolare rilevanza che potrebbero impedire o rallentare la piena realizzazione degli obiettivi dei trattati - e, successivamente, alla valutazione del seguito dato dagli Stati alle indicazioni date dall'organo di controllo.¹³⁰ Secondo: le procedure sono normalmente dirette da organi delle istituzioni internazionali che hanno patrocinato l'adozione degli strumenti internazionali oggetto di controllo (come il *Working Group on Bribery* dell'OCSE e il *Group of States against Corruption* (GRECO) del Consiglio d'Europa), ma vedono anche la partecipazione degli Stati parti (ad esempio, due c.d. *lead examiners* nell'ambito del *Working Group on Bribery*): il monitoraggio è reciproco (*peer review*); la presenza di 'pari' dovrebbe garantire uniformità di trattamento grazie alla reciprocità che in tal modo si realizza. Terzo: l'effettuazione di visite *in loco* con interviste a rappresentanti delle istituzioni politiche, della magistratura e della società civile è una prassi diffusissima, direi un elemento tipico delle procedure in esame. Ciò consente un confronto diretto con le istituzioni impegnate a contrastare la corruzione sul territorio e la comunità che subisce gli effetti di quei reati; conseguentemente, un importante allargamento della base di informazioni utilizzabili per la redazione dei rapporti da parte degli organi del controllo. Quarto: lo Stato 'controllato', viene invitato, ma non

¹²⁸ Arnone, Borlini, cit., 447-479.

¹²⁹ Gli *executive summaries* pubblicati dall'UNODC ad esito delle diverse fasi della procedura di controllo contengono, infatti, informazioni rilevanti. Ma il ridotto numero di *country review reports* pubblicati limita notevolmente la possibilità di verificare l'adeguatezza e l'accuratezza delle informazioni contenute negli *executive summaries* e di disporre di informazioni dettagliate sulle deficienze delle legislazioni nazionali di attuazione. Inoltre, questa mancanza della procedura di controllo della Convenzione ONU del 2003 può indebolire la comprensione degli esiti stessi del suo funzionamento e, conseguentemente, il sostegno pubblico per gli strumenti oggetto di supervisione.

¹³⁰ Cfr., e.g., GRECO, *Rule of Procedure*, 2012 26E, Strasbourg, 19 October 2012, documento disponibile alla pagina internet: <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco>.

formalmente obbligato, a conformarsi alle indicazioni e alle raccomandazioni dell'organo di controllo.¹³¹ In altre parole, non vengono comminate sanzioni di tipo giuridico in caso di inadempienza, ma l'esposizione dello Stato inosservante all'opinione pubblica interna ed internazionale dovrebbe costituire un valido sprone all'adempimento. Si tratta di persuasione per mezzo di una "prudente pressione diplomatica e morale",¹³² che fa leva sul "*besoin d'honorabilité internationale*" particolarmente avvertito dalla maggior parte degli Stati.¹³³

Un secondo e interessante sviluppo è dato dalla formalizzazione, molto recente, di iniziative di coordinamento tra i meccanismi di controllo istituiti dalle convenzioni dell'ONU, dell'OAS, dell'OCSE, e del Consiglio d'Europa.¹³⁴ In precedenza i diversi sistemi si coordinavano (e contaminavano) 'nei fatti', in forza dello status di osservatore riconosciuto agli organi del controllo istituiti dalle diverse organizzazioni nell'ambito delle rispettive procedure di supervisione; tramite riunioni annuali e, occasionalmente, iniziative congiunte *ad hoc*. La recente formalizzazione del coordinamento sembra consentire sinergie più organiche e potrebbe alleviare in futuro tanto gli organi controllanti che gli Stati sottoposti al controllo di parte degli sforzi dovuti alla duplicazione delle procedure.

La terza considerazione riguarda il ruolo 'sociale' della funzione di tali meccanismi.¹³⁵ In effetti, nell'indagare i tratti salienti che i procedimenti internazionali di controllo stabiliti dalle convenzioni anti-corruzione presentano dal punto di vista giuridico si ha modo di individuare alcuni fenomeni metagiuridici o pregiuridici che vengono a manifestarsi in seno alla società internazionale¹³⁶ o, per meglio dire, in seno a quella parte – più o meno estesa – della società internazionale rappresentata dal consesso dei contraenti dei singoli trattati: l'emergere di nuovi orientamenti degli Stati (ad esempio, in merito alla disciplina di natura amministrativa, civile o penale della responsabilità delle persone giuridiche per i reati di corruzione); l'affiorare di interessi

¹³¹ La dottrina è solita osservare che la natura dinamica e sistematica del controllo di tipo «*non-contentieux*» può, in effetti, utilmente completare il controllo di tipo giurisdizionale, il quale per sua natura si esplica in interventi sporadici ed eccezionali, dovendo a tal fine attendersi la violazione di un obbligo internazionale e l'esito di una procedura volta alla soluzione della controversia di cui tale violazione è oggetto. Cfr., tra gli altri, A. Cassese, *Fostering Increased Conformity with International Standards and Institutional Fact-Finding*, in Id. (a cura di), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, 2012, 295 e Dupuy, Kerbrat, cit., 520-1.

¹³² A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, 236.

¹³³ P.M. Dupuy, *Droit international public*, Parigi, 2004, 517.

¹³⁴ Cfr. Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, Resolution 7/4 Enhancing synergies between relevant multilateral organizations responsible for review mechanisms in the field of anti-corruption, adopted at its seventh session, held in Vienna, from 6 to 10 November 2017, documento disponibile sul sito internet: <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session7-resolutions.html>; e GRECO, 80th GRECO Plenary Meeting, Decisions, Greco(2018)11, Strasbourg, 22 June 2018, para. 35-36, disponibile sul sito internet: <https://rm.coe.int/decisions-80th-greco-plenary-meeting-strasbourg-18-22-june-2018-/16808b655f>.

¹³⁵ Si v. ancora la pionieristica opera di Cassese, *Il controllo internazionale...*, cit., 289: "... la predisposizione normativa di una funzione, in un certo settore, rappresenta un «progresso» rispetto al conferimento di un semplice potere o di una facoltà, in quanto denota che in quel settore l'ordinamento di una certa attività, invece di limitarsi a legittimare un soggetto al compimento di una certa attività, lo ha investito di un «ruolo sociale» che esorbita dalla sua sfera individuale."

¹³⁶ *Ib.*, 283, secondo il quale "[r]ispetto a teli fenomeni la predisposizione di procedimenti internazionali di controllo si pone come uno dei modi in cui siffatte tendenze ed esigenze vengono soddisfatte sul piano formale".

ed esigenze per l'innanzi sconosciuti o scarsamente avvertiti (nell'ambito della relativa procedura internazionale di controllo, numerosi Paesi hanno manifestato l'esigenza di ricevere assistenza tecnica più mirata per dare piena attuazione alla Convenzione ONU del 2003¹³⁷), il delinarsi di finalità che prima d'ora gli Stati non hanno mai perseguito o cui si sono ispirati solo di rado (così, ad esempio, il problema della gestione dei valori recuperati ai sensi del capitolo V della Convenzione ONU, successiva alla loro effettiva restituzione).

3.4. Strumenti internazionali diversi dalle convenzioni sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione

Le convenzioni illustrate non esauriscono il novero degli strumenti di diritto internazionale diretti al contenimento del fenomeno corruttivo. Recentemente sono divenute più visibili rispetto al passato altre iniziative e dispositivi. Per ragioni diverse, ritengo gli sviluppi più interessanti siano dati dalle attività di assistenza tecnica promosse dalle istituzioni finanziarie internazionali e le procedure interne per l'accertamento delle responsabilità e l'applicazione di sanzioni per casi di frode e corruzione occorsi nell'ambito di progetti finanziati da esse finanziati; la previsione di una disciplina positiva per il contrasto alla corruzione in alcuni accordi commerciali internazionali; talune iniziative di *soft law*, che esemplificano caratteristiche sempre più visibili del diritto internazionale contemporaneo.

Dopo aver inserito parametri di *good governance* tra le condizioni dei propri prestiti, le principali istituzioni finanziarie internazionali hanno promosso importanti programmi di assistenza tecnica per facilitare l'attuazione di riforme sia nel settore della prevenzione che in quello della repressione della corruzione negli Stati membri.¹³⁸ Uniformandosi ad un modello sempre più frequente nella cooperazione allo sviluppo,¹³⁹ anche i programmi di assistenza tecnica in materia di contrasto alla corruzione – inclusa l'assistenza fornita nel quadro della già menzionata StAR – sono spesso finanziati da *trust funds* controllati dalle stesse istituzioni internazionali.¹⁴⁰ La flessibilità intrinseca di tali programmi può rivelarsi un elemento di notevole incisività: consentendo di ritagliare l'intervento sulla base delle criticità del Paese beneficiario,

¹³⁷ Arnone, Borlini, 476.

¹³⁸ Recanatini, *Tackling Corruption and Promoting Better Governance: The Road Ahead*, in Rose-Ackerman, Carrington, cit., 55.

¹³⁹ C. Dordi, M. Kosteci, (voce) *Technical Assistance*, in MPEPIL, 2010, par. 2.

¹⁴⁰ Un interessante esempio di assistenza tecnica in ambito regionale finanziata da un trust fund è dato dalle iniziative della Banca Interamericana di Sviluppo (*Banco Interamericano de Desarrollo* o *Inter-American Development Bank*) per la promozione, nei Paesi beneficiari dei suoi prestiti, di migliori istituzioni pubbliche attraverso l'elaborazione e l'attuazione di piani nazionali anti-corruzione e riforme legislative e regolamentari dedicate a temi di particolare rilevanza per i singoli beneficiari (ad esempio, l'integrità del sistema finanziario e la trasparenza della pubblica amministrazione) e attività di training degli organi e corpi di indagine impiegati per perseguire i reati di corruzione e riciclaggio dei proventi da reato. Tali iniziative sono finanziate dall'Anticorruption Activities Trust Fund (AAF), istituito nel marzo del 2007 con una donazione di circa \$5 milioni di dollari americani da parte della Norvegia e successivamente arruolato da nuove contribuzioni della stessa Norvegia (2012 e 2013), Canada e Mastercard (2014) e Svezia e Italia (2017). Per maggiori informazioni si rinvia al sito internet dell'AAF: <https://www.iadb.org/en/topics/transparency/support-for-countries/anticorruption-activities-trust-fund.aaf%2C1194.html>

se di particolare importanza per questo, l'assistenza tecnica permette di affrontare anche problemi che non sono disciplinati dall'apparato convenzionale esistente (come ad esempio, il conflitto di interesse), o su cui esistono norme pattizie che, nondimeno, hanno natura programmatica e stabiliscono impegni eccessivamente vaghi (sono tali alcune disposizioni in materia di prevenzione tanto per il settore privato che per quello pubblico). Inoltre, è tramite la cooperazione tecnica e finanziaria delle organizzazioni internazionali con competenza in materia che in numerosi Paesi in via di sviluppo sono attualmente promosse le riforme necessarie a dare attuazione alle convenzioni internazionali esaminate sia sul versante della prevenzione, che su quello della repressione penale e della cooperazione internazionale.

Un secondo elemento su cui brevemente soffermarsi, anch'esso strettamente correlato al peso crescente delle istituzioni finanziarie internazionali nella comunità degli Stati, è dato dalla particolare tipologia di 'sanzioni' a disposizione delle Banche multilaterali per lo sviluppo (BMS) nel quadro dei progetti, normalmente di valore assai ingente, che esse finanziano o co-finanziano nelle più disparate parti del mondo. Qualora le imprese assegnatarie di appalti nell'ambito di questi progetti siano coinvolte in episodi di corruzione o frode durante l'esecuzione dei relativi contratti - a prescindere dalle eventuali sanzioni con cui vengono puniti i pubblici ufficiali del Paese ospite e/o quelli dell'istituzione finanziaria interessata e dall'esito delle possibili indagini condotte dagli organi inquirenti domestici che hanno giurisdizione nei confronti di tali enti - esse possono subire conseguenze ulteriori ad opera della Banca Mondiale o delle principali BMS operanti in ambito regionale in forza dei regimi sanzionatori stabiliti da tali istituzioni.¹⁴¹ Inoltre, l'inserimento nelle c.d. 'liste nere' di una di queste istituzioni a seguito di un accertamento di responsabilità non si limita alla sospensione o alla cessazione su base permanente del diritto di partecipare ad ulteriori progetti finanziati dalla medesima organizzazione, ma, in virtù di un accordo di cooperazione tra le principali banche multilaterali di sviluppo del 2010,¹⁴² le esclusioni disposte da ciascuna di esse possono essere eseguite anche dagli altri istituti (c.d. *cross-debarment*), determinando così un effetto incapacitante più ampio ed esteso e moltiplicando l'effetto deterrente della singola procedura.¹⁴³

Anche il diritto del commercio internazionale è stato recentemente interessato da alcuni sviluppi in materia di contrasto alla corruzione. Le ragioni sono ancora da

¹⁴¹ Nell'ormai ampia letteratura, si vedano, tra gli altri, A. M. Leroy, F. Fariello, *The World Bank Group Sanctions Process and Its Recent Reforms*, Washington DC, 2012; N. Seiler, J. Madir, *Fight Against Corruption: Sanctions Regimes of Multilateral Development Banks*, in *JIEL* 2012, 1; S.H. Deming, *Anti-Corruption Policies: Eligibility and Debarment Practices at the World Bank and Regional Development Banks*, in *44 Int'l Law*, 2010, 871 ss.; P.H. Dubois, A.E. Nowlan, *Global Administrative Law and the Legitimacy of Sanctions Regimes in International Law*, in *36 Yale J. Int'l L. online*, 2010, 15; L. Boisson de Chazournes, E. Fromageau, *Balancing the Scales: the World Bank Sanctions Process and Access to Remedies*, in *23 EJIL* 2012, 967; Arnone, Borlini, cit., 280-303.

¹⁴² L'accordo in esame è stato concluso tra Banca mondiale, Banca inter-americana dello sviluppo, Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo, Banca africana dello sviluppo e Banca asiatica dello sviluppo il 9 aprile 2010. Cfr. World Bank, Agreement on Mutual Enforcement of Debarment Decisions Among Multilateral Development Bank, M2010-0358, IDA/ SecM201010-0429. Il testo dell'accordo di cooperazione è disponibile sul sito internet: <http://www.ebrd.com/downloads/integrity/Debar.pdf>.

¹⁴³ S.S. Zimmerman, F.A. Fariello Jr., *Coordinating the Fight against Fraud and Corruption: Agreement on Cross-Debarment among Multilateral Development Banks*, in H. Cissé H., D. D. Bradlow, B. Kingsbury, *International Financial Institutions and Global Legal Governance*, Washington DC, 189.

ricercarsi nella logica della competizione tra Stati nell'arena commerciale internazionale. In proposito, è interessante notare che, sebbene frequentemente richiamato, l'argomento per cui “[t]ransnational bribery clearly acts as a barrier to free trade,”¹⁴⁴ è stato da tempo messo in discussione da autorevoli economisti. Facendo uso di modelli facilmente intellegibili - e, mi pare, convincenti - Dani Rodrik mostra che pratiche corruttive nel contesto di transazioni commerciali internazionali possono produrre significativi effetti redistributivi, ma non determinano rilevanti riduzioni del benessere collettivo.¹⁴⁵ Cionondimeno, la tesi della corruzione come barriera al commercio internazionale ha guadagnato sostenitori. Guardando alla disciplina positiva, notiamo che fino alla recente revisione dell'Accordo sugli appalti pubblici,¹⁴⁶ nessun trattato negoziato nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) conteneva norme in materia di corruzione. Anzi, “the word “corruption” did not even appear in the *WTO rule book*”¹⁴⁷ e nessun caso deciso dall'Organo di soluzione delle controversie ha mai avuto inizio a seguito di un'azione che impugnava una misura implicante pratiche corruttive.¹⁴⁸ Ad oggi, infatti, la corruzione è stata al più evocata da Membri dell'OMC in difesa di restrizioni commerciali, normalmente nel tentativo di giustificarle, almeno in parte, con riferimento all'obiettivo legittimo di contrastarla.¹⁴⁹ I soli accordi dell'OMC che, anche prima del 2012,¹⁵⁰ potevano tangenzialmente influire sul fenomeno erano l'accordo plurilaterale sugli appalti del 1994 (ratificato da soli 41 dei 157 membri dell'OMC);¹⁵¹ l'Accordo sulle procedure per le licenze d'importazione¹⁵² e l'Accordo sulle ispezioni pre-imbarco.¹⁵³ Inoltre, per i nuovi membri dell'Organizzazione, era (ed è) possibile prevedere disposizioni ulteriori rispetto alla disciplina stabilita degli accordi multilaterali e plurilaterali (c.d. ‘*WTO plus*’ provisions) attraverso i Protocolli di adesione. Tali protocolli possono costituire il veicolo per imporre a questi Paesi, anche unilateralmente, requisiti di trasparenza più

¹⁴⁴ P.M. Nichols, *Regulating Transnational Bribery in Times of Globalization and Fragmentation*, in *Yale J. Int. L.*, 1999, 292, aggiungendo: “A bribe request is different from a tariff only because it also invokes costs associated with keeping the payment secret.”

¹⁴⁵ Rodrik, cit., 109-111.

¹⁴⁶ Revised Agreement on Government Procurement (Revised GPA), adottato il 30 marzo 2012, testo disponibile sul sito: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. Per un approfondimento si v. A. Reich, *The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment*, 12 *JIEL*, 2010, 989

¹⁴⁷ Pauwelyn, cit., 253.

¹⁴⁸ *Ib.*, 255.

¹⁴⁹ Cfr. Panel Report on *United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R, 10 November 2004, para. 6.558; Panel Report on *United States— Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China*, WT/DS392/R, 29 September 2010, paras. 7.150, 7.388 and 7.392.32; Panel Report on *Colombia— Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, 27 April 2009, paras. 4.169, 7.572 and 7.572.

¹⁵⁰ L'art. IV:4 del GPA rivisto prevede oggi che gli enti appaltanti delle Parti “conduct covered procurement in a transparent and impartial manner that ... avoids conflicts of interest; and ...prevents corrupt practices.”

¹⁵¹ Agreement on Government Procurement, adottato il 15 aprile 1994, testo disponibile sul sito: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. L'Accordo del 1994 è tuttora in vigore per le Parti che non sono “transitate” al nuovo trattato, così che i due al momento convivono.

¹⁵² Agreement on Import Licensing Procedures, adottato il 15 aprile 1994, testo disponibile sul sito: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/23-lic.pdf

¹⁵³ Agreement on Pre-shipment Inspection, adottato 15 aprile 1994, testo disponibile sul sito: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/21-psi_e.htm

stringenti (che, furono, ad esempio, previsti per la Cina nel Protocollo di adesione nel 2001). Uno strumento analogo è costituito dagli impegni in materia di appalti pubblici sui servizi inseriti nelle liste di impegni assunti dai singoli Stati. In entrambi i casi si tratta, nondimeno, di una disciplina incapace di impegnare la generalità dei Membri e che viene ritagliata su singoli Stati o a cui essi si impegnano unilateralmente. Nel complesso, si deve concludere che le misure menzionate costituiscono strumenti modesti di contrasto al fenomeno corruttivo e, ad eccezione dell'Accordo sugli appalti pubblici del 2012, si tratta di norme capaci di incidere al più sulle manifestazioni più riconoscibili della corruzione collegata al commercio alla frontiera, percepite probabilmente più come 'tasse' ingiuste e irritanti che come ostacoli significativi alla liberalizzazione del commercio internazionale.¹⁵⁴ Lo stesso accordo sugli appalti pubblici, sfuggendo all'applicazione della c.d. *single undertaking rule*, non si impone alla generalità dei Membri dell'Organizzazione e, allo stato, azzardare previsioni sulla sua incidenza concreta, anche per i (relativamente pochi) Paesi che l'hanno ratificato, è difficoltoso.

Assai più articolate sono, invece, le disposizioni contenute in alcuni trattati preferenziali conclusi di recente. L'esempio forse più interessante è offerto dal Partenariato transpacifico concluso nel marzo del 2018 dagli undici Paesi 'superstiti' dopo la firma dell'ordine esecutivo con cui, il 23 gennaio 2017, il presidente degli USA Trump decise di ritirare formalmente l'adesione degli Stati Uniti dal trattato concluso ad Auckland il 4 febbraio 2016.¹⁵⁵ Il Partenariato dedica l'intero capitolo 26 ai temi della trasparenza e dell'anti-corrruzione. L'obiettivo è quello di contrastare la corruzione nel commercio tra le Parti e nell'ambito degli investimenti esteri delle loro imprese, un limite nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del trattato che sembra quasi segnare 'un ritorno alle origini' del modello del FCPA e della Convenzione OCSE del 1997. Le norme dedicate sono, ad oggi, le più dettagliate in un accordo commerciale preferenziale.¹⁵⁶ Molte di queste disposizioni ricalcano la disciplina prevista dai trattati internazionali in materia di contrasto alla corruzione. Così l'obbligo di criminalizzare la corruzione (ma, nel contesto del TPP-11, "*in matters that affect international trade or investments*"¹⁵⁷); quello di stabilire adeguate forme di responsabilità *ex crimine* per le persone giuridiche coinvolte in reati di corruzione;¹⁵⁸ il divieto di permettere la deducibilità fiscale delle spese sostenute in occasione di pratiche corruttive o ancora, le misure dirette a garantire la trasparenza, accuratezza

¹⁵⁴ Nello stesso senso v. K. Nadakavukaren Shefer, *Corruption and the WTO Legal System*, 43(3) *J. World Trade*, 2009, 737.

¹⁵⁵ Come ampliamenti risaputo, dopo il ritiro degli Stati Uniti, Australia, Brunei Darussalam, Canada, Cile, Giappone, Malesia, Messico, Perù, Nuova Zelanda, Singapore e Vietnam hanno concluso, l'8 marzo 2018 a Santiago del Cile, il *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP), meglio noto come TPP-11. Il testo del trattato è disponibile sul sito internet: <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=eng>.

¹⁵⁶ Chang-fa Lo, *Anti-corruption Provisions in the TPP: Innovation, Effectiveness and Prospects*, in J. Chaisse, H. Gao, Chang-fa Lo (eds.), *Paradigm Shift in International Economic Law Rule-Making TPP as a New Model for Trade Agreements?*, 205, 206. Per una sintetica disamina delle disposizioni in materia di contrasto alla corruzione di altri accordi commerciali preferenziali v. Pauwelyn, cit., 256-257-

¹⁵⁷ TPP-11, artt. 26.7.1-26.7.3.

¹⁵⁸ *Ib.*, art. 26.7.3(9).

e veridicità della rappresentazioni contabili delle imprese.¹⁵⁹ L'art. 26.6.4 stabilisce anche un importante collegamento con la Convenzione ONU del 2003 obbligando le Parti del TPP-11 ad aderire a detto accordo e così estendendo considerevolmente la portata degli impegni internazionali di contrasto alla corruzione da esse assunti. È, infine, da sottolineare che, ad esclusione delle norme di cui all'art. 26.9 (che impegna le Parti a dare effettiva applicazione alla legislazione domestica per il contrasto alla corruzione) e all'art. 26.8 (in materia di promozione di condotte integre e virtuose da parte dei pubblici ufficiali domestici), le disposizioni del capitolo 26 del TPP-11 sono sottoposte alla procedura di soluzione delle controversie di cui al capitolo 28, ciò che, in linea di principio, dovrebbe stimolare i contraenti a dare effettivo seguito agli impegni pattizi.¹⁶⁰ Si tratta di una disposizione interessante, poiché la c.d. “*enforceability*” delle norme dei trattati preferenziali è sovente minata dalla circostanza che esse non sono coperte dai relativi meccanismi di soluzione delle controversie.¹⁶¹ Resta, nondimeno, da verificare se e quando questo meccanismo sarà operativo e la frequenza con cui gli Stati vi ricorreranno per l'eventuale mancata attuazione delle norme di cui al capitolo 26 da parte degli altri contraenti, affrontando i relativi costi e, inevitabilmente, inasprando le reciproche relazioni. In ogni caso, la disciplina contenuta nel TPP-11 sembra provare una recente ‘contaminazione’ tra settori diversi (il diritto del commercio internazionale e il diritto internazionale penale) del diritto internazionale. Ciò si spiega con il fatto che l'obiettivo della contendibilità internazionale di mercati, che ispira numerose disposizioni dei trattati commerciali preferenziali di ‘ultima generazione’, non sembra distanziarsi molto dalle finalità alla base di strumenti come la Convenzione OCSE del 1997.

Infine, sviluppi paralleli a quelli illustrati, come l'accresciuta attenzione della comunità internazionale al terrorismo e al riciclaggio del denaro sporco e la concentrazione di pratiche d'affari opache o illegali in determinati settori economici, hanno portato all'adozione di alcuni strumenti di *soft law* e di natura settoriale capaci di concorrere alla prevenzione e repressione della corruzione. Esempi sono le *FATF Recommendations*¹⁶² e l'*Extractive Industries Transparency Initiative* (EITI).¹⁶³ La

¹⁵⁹ *Ib.*, art. 26.7.4 e art. 26.7.5.

¹⁶⁰ Chang-fa Lo, cit. 219.

¹⁶¹ H. Horn, P.C. Mavroidis, A. Sapir, *Beyond the WTO: An Anatomy of the EU and US Preferential Trade Agreements*, 33 *The World Economy*, 2010, 1565.

¹⁶² Negli anni Novanta del secolo scorso è stato creato un organismo inter-governativo *ad hoc*, il FATF (acronimo di *Financial Action Task Force*, o, nella sua denominazione francese, *Groupe d'Action Financière* (GAFI)), le cui raccomandazioni si sono elevate a standard normativo di riferimento in materia di contrasto e prevenzione del riciclaggio di proventi di reati e finanziamento del terrorismo e, dal 2008, sono utilizzate anche per contrastare il finanziamento della proliferazione della armi di distruzione di massa. Sull'utilizzo delle raccomandazioni del FATF per contrastare la corruzione cfr. FATF, *Best Practices Paper: The Use of the FATF Recommendations to Combat Corruption*, Paris, 2013.

¹⁶³ L'EITI è un'iniziativa intrapresa nel 2003 da un gruppo di Stati al fine di contrastare la corruzione, la povertà e i conflitti associati allo sfruttamento delle risorse naturali (petrolio, gas e altre risorse minerarie) attraverso la promozione di c.d. “standard” diretti a regolare alcune delle problematiche centrali nei settori minerari e estrattivi. L'EITI ha la forma giuridica di un'associazione non-profit con base in Norvegia, dove si trova il suo Segretariato. Gli standard dell'EITI richiedono agli Stati partecipanti all'iniziativa che tutte le imprese attive operanti nelle varie fasi della filiera nei settori in esame garantiscano completa trasparenza dei pagamenti effettuati e che gli Stati, a loro volta, forniscano informazioni sulla loro quota di redditi derivati da tale settore di modo che il confronto tra le due cifre permetta di evidenziare eventuali anomalie.

problematica della *soft law* (o “diritto molle” o “verde”) è stata largamente esplorata dalla dottrina negli anni passati. Non val la pena, dunque, di attardarsi ulteriormente su di essa, salvo che per sottolineare che strumenti come quelli appena richiamati sono esemplari di alcune dinamiche del diritto internazionale contemporaneo. In primo luogo, l’affermarsi di organismi come il FATF corrisponde ad un sviluppo recente, ovvero la tendenza degli Stati ad associarsi e a cooperare tramite forme atipiche che non coincidono con categorie giuridiche precise e precedentemente note e, cionondimeno, vivono nel mondo delle relazioni internazionali come enti distinti rispetto ai loro membri, operando con crescente incisività nella comunità internazionale e ‘sanando’ le pretese mancanze rispetto al modello tradizionale di organizzazione internazionale attraverso l’acquiescenza e il riconoscimento degli Stati e, in alcuni casi come quello in esame, delle stesse organizzazioni internazionali tradizionali. In secondo luogo, esso mostra una certa fluidità tra strumenti di *hard* e *soft law* ed è paradigmatico della relazione dinamica che può instaurarsi tra le diverse tipologie di fonti contribuendo allo sviluppo del diritto internazionale in una determinata materia. Se, da un lato, le norme di *soft law* contenute nelle raccomandazioni del FATF è stata assorbita in numerose disposizioni delle convenzioni internazionali anti-corrruzione (soprattutto la Convenzione sul diritto penale del Consiglio d’Europa e la Convenzione ONU), dall’altro, esse trovano in tali atti successiva legittimazione e maggiore forza. Similmente, la prima versione degli standard dell’EITI è del 2003, anno di adozione della Convenzione ONU, e non è difficile rilevare la prossimità tra talune misure sulla prevenzione di detto trattato e le misure promosse dall’EITI specificamente in relazione al settore minerario ed estrattivo. Infine, si tratta, di atti e procedimenti che esaltano forme di cooperazione tra i settori pubblico e privato nella fase della produzione o in quella dell’applicazione di regole di condotta che coinvolgono, oltre agli Stati, imprese private operanti in particolari settori economici. Iniziative di *public-private partnership*¹⁶⁴ promosse a livello internazionale sono, d’altronde, connaturate all’allargamento verso il basso della base sociale dell’ordinamento internazionale, caratterizzato dalla sempre più manifesta considerazione degli enti ‘infra-statali’ e, in particolare, degli individui, nell’ambito dei diversi e complessi rapporti disciplinati dal medesimo sistema giuridico.

4. Considerazioni conclusive

Gli standard richiedono informazioni di dettaglio anche per ciò che attiene le modalità di concessione e di registrazione di contratti e licenze, l’identità dei beneficiari effettivi di queste operazioni, gli accordi legali e fiscali, il contributo che le rendite dell’industria estrattiva e mineraria all’economia dei vari Paesi, incluse informazioni relative all’occupazione. Cfr. EITI, *The EITI Standard 2016*, documento disponibile sul sito internet: <https://eiti.org/document/standard>.

¹⁶⁴ In dottrina, l’espressione “*public-private partnership*” è utilizzata con diverse accezioni. Sul punto si rinvia a K.W. Abbot, *Public-Private Partnership*, in MPEPI, 2008 e alla bibliografia ivi citata. Con essa indico in questo scritto: i) forme concrete di collaborazione, attuate a livello internazionale, tra Stati o organizzazioni intergovernative e attori non statali, soprattutto imprese private, a fini di regolazione di determinati fenomeni; ii) attività promosse a livello internazionale per stimolare questo tipo di collaborazione all’interno dei singoli Stati.

Peculiare espressione di una più generale *idée régulatrice* delle condotte individuali, l'apparato normativo internazionale per la lotta alla corruzione è, dunque, esemplificativo di uno dei tratti che, secondo alcuni, caratterizza in modo manifesto il diritto internazionale contemporaneo.¹⁶⁵ Come visto, origine e sviluppo di tali iniziative sono dovute a cause diverse e non necessariamente connesse. Oggi, diversamente, l'inclusione di capitoli dedicati alla normativa anti-corruzione nei trattati commerciali preferenziali negoziati più recentemente – l'unica novità in termini di diritto positivo – sembra suggerire una riduzione di tale complessità a ragioni pratiche, funzionali ad una libertà economica intesa (solo) come libertà dei commerci tra i diversi Paesi e degli investimenti esteri.

Una valutazione d'insieme degli strumenti illustrati è difficoltosa. Essa richiede di scindere il momento della creazione delle norme internazionali da quello della sua attuazione nei diversi ordinamenti giuridici nazionali. Nonostante sia ingenuo nutrire aspettative messianiche nei confronti del diritto internazionale in materie come quella in esame, è indubbio che, con l'evoluzione della complessa normativa sulla lotta alla corruzione, esso abbia indicato importanti *percorsi* per i singoli Stati. Per citare i più rilevanti, l'impegno a penalizzare la corruzione dei pubblici funzionari stranieri e internazionali; l'introduzione di forme di responsabilità delle persone giuridiche; il divieto di consentire la deducibilità fiscale delle tangenti e un articolato apparato di misure preventive costituiscono un patrimonio comune della maggior parte dei trattati internazionali in materia. Inoltre, il fatto stesso che ben cinque organizzazioni inter-governative abbiano patrocinato l'adozione di strumenti di *hard law* contro la corruzione è circostanza di per sé significativa. In questa prospettiva, la recente formalizzazione del coordinamento delle procedure internazionali di controllo stabilite dai trattati in materia, insieme ai mezzi di coordinamento informale già esistenti, sembra promettere di evitare che il 'movimento internazionale anti-corruzione' paralizzi sé stesso, duplicando sforzi, stabilendo standard confliggenti e imponendo agli Stati superflui processi di monitoraggio.

Altri risultati emergono. Primo, si sostiene che le iniziative delle istituzioni finanziarie internazionali nei settori del contrasto alla corruzione e nella promozione della cosiddetta *good governance* possono essere tanto incisive quanto l'adozione degli strumenti convenzionali illustrati. Secondo, l'evoluzione del diritto pattizio sembra suggerire che le norme internazionali relative alla prevenzione del fenomeno corruttivo e quelle sulla repressione sono complementari e non alternative: politiche preventive risultano vane quando non sostenute da un'adeguata risposta repressiva. La repressione penale si rivela, d'altra parte, risposta assai debole se isolata da un'adeguata profilassi. Terzo, casi come la controversia tra Fininvest e CIR, evidenziano che misure di risarcitorie di diritto civile sono strumenti complementari e (talvolta) più dissuasivi rispetto a quelle di repressione penale: strumenti internazionali volti a promuovere e migliorare tali meccanismi riparatori possono costituire, pertanto, elementi fondamentali di un'adeguata strategia anticorruzione. Quarto, la cooperazione penale concretatasi nell'adozione dei differenti trattati internazionali in materia ha senz'altro contribuito a meglio calibrare la risposta degli ordinamenti

¹⁶⁵ V, tra gli altri, J. Katz Cogan, *The Regulatory Turn in International Law*, in 52 *Harv. Intl. L. J.*, 2011, 321, 370; A. Peters, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, 2016, 61-5,99.

giuridici nazionali e, talvolta, a riformularla *ex novo*.¹⁶⁶ Quinto, la normativa sull'*asset recovery* è, forse, il più innovativo aspetto dell'apparato internazionale anti-corruzione. Con l'entrata in vigore della Convenzione Onu del 2003, il principio per cui i bene acquisiti illegittimamente a seguito di reati di corruzione devono essere restituiti agli Stati di appartenenza diviene norma vincolante di un trattato multilaterale. Grazie all'iniziativa StAR della Banca Mondiale e dello UNODC, gli Stati colpiti da gravi casi di corruzione possono beneficiare dell'assistenza tecnica necessaria per realizzare le forme di cooperazione internazionale richieste per rendere effettivi il recupero e la restituzione dei patrimoni di cui sono stati privati. Tuttavia, come illustrato, il sentiero tracciato da tale iniziativa non è privo di ostacoli: iniziative di assistenza tecnica sono oggi rivolte al superamento di alcuni di essi.

L'analisi effettuata mette altresì in luce le principali deficienze degli strumenti internazionali anti-corruzione. Alcune forme di corruzione sono state oggetto di espliciti impegni internazionali solo sporadicamente. È il caso della corruzione 'privata' e delle scarse e non incisive disposizioni sul trattamento del finanziamento dei partiti politici. Inoltre, sebbene quasi tutte le convenzioni in materia prevedano che gli Stati parti debbano introdurre forme di responsabilità per le persone giuridiche implicate in casi di corruzione, l'utilizzo di tali enti per la perpetrazione dei crimini in esame è ancora frequente e, purtroppo, assai efficace. La determinazione degli Stati di mantenere a pieno le proprie prerogative in materia penale contrasta con la conclamata necessità di strategie di repressione coordinate in sede internazionale. Quando – sempre più spesso a dire il vero, almeno per i reati coinvolgenti somme di denaro e valori ingenti – fenomeni corruttivi avvengono sfruttando le nuove opportunità create dalla tecnologia e dalla progressiva integrazione dei mercati internazionali e apertura dei sistemi giuridici nazionali (ad esempio, tramite l'utilizzo di schermi societari situati in differenti e molteplici ordinamenti giuridici),¹⁶⁷ i tradizionali criteri per fondare l'esercizio della giurisdizione penale falliscono. Avevo in passato sostenuto che si dovrebbe considerare lo sviluppo un nuovo *nomos* capace di sfruttare a pieno la natura artificiale del diritto, adattandosi a fenomeni sempre più delocalizzati e opacizzati dall'utilizzo della tecnologia informatica.¹⁶⁸ Studiosi come Stiglitz e Pieth hanno recentemente avanzato proposte molto interessanti e potenzialmente incisive al riguardo.¹⁶⁹ Nondimeno, ritengo che la mia stessa posizione debba essere, purtroppo, rivista: lo scarto tra possibilità offerte ai criminali dalla facilità di spostamento dei capitali dalle nuove tecnologie e dall'opacità dello spazio virtuale e le effettive capacità di regolazione ed *enforcement* degli Stati appare oggi troppo grande. Inoltre, al momento, non risultano né iniziative condivise, né una ferma volontà politica da parte dei Paesi economicamente più avanzati per una più severa regolamentazione dei c.d. 'paradisi fiscali' e centri 'offshore' e un più ampio accesso ai dati finanziarie e societari

¹⁶⁶ Così per la definizione dei reati di corruzione internazionale; la previsione di forme di responsabilità *ex crimine* per gli enti e le persone giuridiche coinvolte in reati di corruzione e l'adozione della confisca c.d. 'per equivalente'.

¹⁶⁷ Sul punto v. anche T.C. Halliday, G. Shaffer, *Transnational Legal Orders*, in Id. (eds.), *Transnational Legal Orders*, Cambridge, 2015, 11.

¹⁶⁸ Arnone, Borlini, cit., 528.

¹⁶⁹ Si v. Pieth, Stiglitz, cit., 1.

in queste giurisdizioni,¹⁷⁰ senza le quali anche la lotta alla corruzione nella sua dimensione internazionale resta assai manchevole.

Infine, una riflessione sul seguito dato negli ordinamenti domestici agli strumenti internazionali illustrati. Come ampiamente noto, il diritto internazionale non può produrre effetti rilevanti all'interno degli Stati senza un'accurata attività di trasposizione delle norme internazionali e, quando occorra, una rigorosa applicazione delle normative di attuazione. Perciò è necessario che gli Stati parti delle differenti convenzioni anti-corruzione mantengano efficaci meccanismi internazionali di controllo, ovvero, ove possibile, ne correggano le carenze: essi costituiscono lo strumento fondamentale per spingere governi e parlamenti riluttanti a dare adeguata attuazione agli obblighi che da tali convenzioni discendono. Casi come quello dell'Italia consentono di apprezzare il ruolo dei meccanismi internazionali di controllo nell'evidenziare come in alcuni Paesi, nonostante il susseguirsi di riforme volte a contrastare i fenomeni corruttivi, mancanze relativamente poco numerose ma, per così dire, 'strategiche' riducano significativamente la capacità di prevenzione e repressione degli illeciti in questione. Così, a fronte di una pervasiva diffusione del fenomeno corruttivo nel Paese, le procedure di controllo sull'attuazione dei trattati internazionali ratificati dall'Italia hanno evidenziato, in generale, una tendenziale rispondenza dell'apparato normativo domestico agli impegni internazionali.¹⁷¹ Ma carenze importanti, come l'inadeguatezza della disciplina sulla prescrizione, la scarsa deterrenza delle sanzioni pecuniarie previste per le persone giuridiche e gli enti coinvolti in reati di corruzione e una certa farraginosità della disciplina del finanziamento dei partiti politici, sono invariabilmente indicate tra gli ostacoli principali alla possibilità effettiva di contrastare i reati di corruzione ed incidere sul carattere 'sistemico' del fenomeno.¹⁷² Come sottolineato, inoltre, i meccanismi internazionali di controllo svolgono un'altra funzione decisiva ai fini della migliore attuazione degli impegni pattizi: indicando le principali debolezze di un dato ordinamento anche nella fase dell'applicazione concreta della normativa introdotta per adempiere agli obblighi internazionali, possono contribuire a comprendere le riforme davvero necessarie e a calibrare l'assistenza tecnica offerta a livello internazionale. In effetti, l'esame dei rapporti pubblicati dall'UNDOC traccia la direzione verso cui, per molti Paesi, si dirigeranno (o dovrebbero dirigersi) tali iniziative nei prossimi anni: su tutte, la prevenzione e la cooperazione internazionale.¹⁷³

¹⁷⁰ V. ancora, *ib.*, 1 ss. e Footer, *cit.*, 6-8.

¹⁷¹ Così, ad esempio, per le disposizioni sui criteri di esercizio della giurisdizione penale; sulla cooperazione internazionale in materia penale; sulla configurazione dei reati di corruzione, riciclaggio e degli altri per cui i trattati richiedono o esortano l'introduzione di norme incriminatrici (ad eccezione di alcune riserve sollevate dagli organi di controllo in relazione alla figura della concussione e alle sanzioni previste per gli illeciti contabili) e sulla disciplina sulle conseguenze di diritto civile di atti di corruzione. Si v. Borlini, *The Achievements and Limits...*, 289-290, 292, 295-296 e i richiami ivi effettuati ai diversi rapporti degli organi di controllo dei trattati internazionali ratificati dall'Italia.

¹⁷² *Ib.*, 292-295.

¹⁷³ Cfr. <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/country-profile/index.html>.

On Corruption in Russia

di Mikhail Antonov

Abstract: On Corruption in Russia – This paper focuses on the evolution of Russian legislation, political thoughts and public administration as for corruption and anti-corruption measures in the exercise of public functions.

Keywords: Russia; Transparency; Corruption; Public administration.

Russia, traditionally, has low rankings in Transparency International's index of perception of corruption (and in other analogous indexes such as the World Bank's Doing Business reports). The reasons for this deeply rooted corruption are numerous, and it is not an appropriate place here to describe them in any detail here. One of the basic factors here, at first glance, could be the lack of trust which ordinary people seem to have in their government. This is deeply rooted in Russian culture and is particularly reflected in the notorious legal nihilism of Russians—the issue to which I will turn later in this report.¹

A more nuanced and difficult question is how to gauge the level of corruption in the Russian public-administration sector and other improper external influence on this system. One of the solutions is to examine international indexes and sociological polls. The World Justice Project² for example—in its most recent rule-of-law index for the year 2017-2018—ranked Russia as 89th among 113 countries worldwide (and 11th out of 13 countries regionally). This places Russia in the company of such jurisdictions as Liberia and Uzbekistan. One of the indicators in this study is the Project's attempt to measure meaningful guarantees against state interference in the administration of justice. Here, Russia has booked awful results with only a score of 12 out of 100; among the worst results worldwide (in this ranking, Russia is behind Turkey, Afghanistan, and Zimbabwe). These appalling data notwithstanding, the level of estimated corruption in the Russian criminal-justice system is scored at 46 out of 100 (an average indicator for the region).

¹ Kathryn Hendley, "Who Are the Legal Nihilists in Russia?", 28(2) *Post-Soviet Affairs* (2012), 149-186. See a sociological analysis of the societal mechanisms of securing judicial independence in Russia by the late I.M. Mikhailovskaia, *Суды и судьи. Независимость и управляемость* (*The courts and judges: malleability and independence*), (Prospekt Publishers, Moscow, 2014, rev.ed.) where the author considers these factors.

² This institution characterizes itself as "an independent, multidisciplinary organization working to advance the rule of law around the world", available at <data.worldjusticeproject.org/#/groups/RUS> (accessed 19 September 2018).

The general mood of the Russian population is one of an absence of equality before the law. A 2016 *VTSIOM*³ opinion poll showed that 48 percent of those Russians surveyed believe there are some ‘privileged’ people (wealthy persons, state officials, and parliamentary deputies) who more easily can evade justice than can an ‘ordinary’ person.⁴ This attitude has not changed, significantly, over the past years.⁵ This fragility of public administration and other state institutions nudged Russian businessmen in the 1990s to create a sort of a parallel system of regulation with its norms, procedures of settlement of economic and other conflicts, unofficial or semi-official channels of communication with the state agencies and the top politicians.

My opinion is that the phenomenon of corruption thrives in Russia largely because the country until now has not elaborated appropriate institutions and norms that check the activities of state officials and can impose effective constraints on these activities. I will focus my attention on the institutional milieu of the Russian public-administration system—evidently, drawbacks and deficiencies of this system create the ground for corruption to thrive in the Russian state and in the Russian society.

Many Western and Russian commentators assert that improper external influences are endemic to the Russian state apparatus and provide good evidence thereof. These improper influences can result from such practices as the coordination in which different agencies of the public administration system may seek to cover up errors and misconduct of one another detrimental to the interests of the society. Using the established channels of communication, officials from one agency can issue formal or informal instructions to officials from other agencies and, thereby, influence their actions and decisions. Added to this is the fact that the courts do not have adequate procedural mechanisms to prevent abuses of power in the ranks of state officers. The lack of procedural independence of public-administration agencies is the first source of improper outside influences and corruption practices. I can add that these improper influences are maintained also because, in fact, ordinary people and honest state officers do not have efficient judicial remedies with which to resist improper influences. All these factors unsurprisingly lead to the soaring rankings of corruption in Russia and make the

³ The Russian Public Opinion Research Centre, also based in Moscow but, in this case, 100% owned by the Russian state; general information is available at <wciom.ru> (accessed 19 September 2018).

⁴ “Неравенство перед судом и как с ним бороться?” [Inequality before the Courts and How to Fight It?], *wciom.ru* (11 July 2016), available at <wciom.ru/index.php?id=236&uid=115769> (accessed 19 September 2018).

⁵ An analysis of the background of these attitudes—and the perception of the absence of the rule of law in Russia—can be found, *e.g.*, in Andrei Melville and Mikhail Mironyuk, “‘Bad Enough Governance’: State Capacity and Quality of Institutions in Post-Soviet Autocracies”, 32(2) *Post-Soviet Affairs* (2016), 132-151. See, also, Vladimir Rimskii’s summary of sociological surveys conducted prior to 2009: “Обзор социологических исследований судебной системы России, выполненных в период с конца 1991 года по настоящий момент” [A Survey of Sociological Research of the Russian Judicial System, Made in the Period from the End of 1991 until the Present Time], Региональный общественный фонд: “Информатика для демократии” [Regional Civic Foundation: “Information for a Democracy”] (INDEM Foundation Publishers, Moscow, 2009), available at <www.indem.ru/Proj/SudRef/soc/Rim9128.htm> (accessed 19 September 2018).

state system deficient from inside vulnerable to corrupted influences from outside (bribery, collusion with criminals or with oligarchs, etc.).

In order to evaluate roots of this macabre situation, one can look at the cultural attitudes of Russians as they are registered in historical documents. I will cite several examples from the XIX century which can illustrate how Russians perceived corruption and contributed to its growth by their own practices. In the peasantry—the most numerous (more than 90 percent) stratum of the Russian population—historians find a moral ambiguity in what concerns the relationship between the people and the government: “The peasants deemed it ‘immoral’ to deceive a neighbor or relative, but to deceive a government official or landlord was quite a different matter—indeed, that was a moral deed worthy of encouragement. Stealing something from a neighbor, violating the boundary markers dividing allotments, or cutting wood from the commune’s forest without permission was immoral, but picking fruit from a squire’s orchard, cutting wood in a forest belonging to a noble or the government, or putting some of a squire’s land under plough—these were acts free from moral censure”.⁶ These attitudes were traceable also among Russian merchants: “The Moscow merchants perfected several means of surviving and prospering in trade. Outright illegalities common to all modes of commerce in Moscow were cited in an official report in 1846: fraud, forgery, false measures, and false weights”.⁷

It is not at all unusual to read comments about ‘culturally predetermined’ ways in which Russians allegedly express their lack of respect for the law, and swarms of Russian and Western commentators repeat mantras about Russian legal nihilism as if it were a universal intellectual tool for picking the lock of Russian law.⁸ For example, Marina Kurkchiyan generalizes about today’s “Russian way of thinking and doing things”, in legal matters, as “something that combines the glossy outward trappings of western law with the more cynical inward conniving of the Russian tradition”,⁹ concluding that “Russia is not on the way to a rule of law culture”.¹⁰

⁶ Boris Mironov, “The Russian Peasant Commune After the Reforms of the 1860s”, in B. Eklof, and S. Frank (eds.), *The World of the Russian Peasant: Post-Emancipation Culture and Society* (Boston: Unwin Hyman, 1990), 11-12.

⁷ Thomas Owen, *Capitalism and Politics in Russia: A Social History of the Moscow Merchants, 1855-1905* (New York: Cambridge University Press, 1981), 15-16.

⁸ See the analysis and criticism of this approach in Kathryn Hendley, “Who Are the Legal Nihilists in Russia?”, *28(2) Post-Soviet Affairs* (2012), 149-186. In this article and on many other occasions, Professor Hendley persuasively shows that Russians are not more nihilistic about their legal rights and obligations than other peoples.

⁹ Marina Kurkchiyan, “Researching Legal Culture in Russia: From Asking the Question to Gathering the Evidence”, in Reza Banakar and Max Treves (eds.), *Theory and Methods in Socio-Legal Research* (Hart Publishing, Oxford, 2005), 277.

¹⁰ *Ibid.* Professor Kurkchiyan’s analysis of informal practices and paralegal mechanisms in Russia is correct. However, her general conclusion misses the point, as such practices and mechanisms normally thrive in every society, even in those that are paragons of a rule-of-law culture. This is well attested by of the extensive literature on legal pluralism (e.g., Brian Z. Tamanaha, “*Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*”, *30(3) Sydney Law Review* (2008), 375-411), of which Professor Kurkchiyan is undoubtedly aware but—for some unclear reason—discards in her analysis of the “shadow law” in Russia (a term coined by Russian legal theorist, Professor Vladimir Baranov. See Vladimir M. Baranov, *Tenevoe pravo* (NA MVD RF, Nizhnii Novgorod, 2002)).

Such an approach can be challenged from at least two perspectives. On the one hand, as one reads from sociological polls, different groups in Russian society may demonstrate different attitudes depending on their education, age, and other variables, and these are not so different from the attitudes of Western Europeans or North Americans.¹¹ On the other hand, cultural perceptions of law are not identical among Russians. The attitudes advocated by Dostoevsky, Tolstoy, and Solzhenitsyn are certainly anti-formalist and underplay law as inferior to morality or religion. If we think about the Russian liberal tradition,¹² however, things would appear differently and would definitely call into question black-and-white pictures of the Russian legal culture and its supposed ‘aversion’ to the law.

Dwelling on reasons of the hostility or even animosity of Russians toward their state, one can evaluate whether the population of Russia could check the arbitrariness of the state power and whether their inability to bridle this arbitrariness can explain Russians’ hostility to their government taken largely. Commentators seem to be unanimous that distrust of justice and the police is also historically deep-rooted in Russia. The judicial system in the pre-revolutionary Russia (before 1917) could be characterized by ‘disorder, brutality, arbitrariness and corruption’.¹³ Harold Berman characterizes the legal system as “organized on a class basis, with separate courts and different punishments for the nobility, the clergy, the urban population, and the remnants of the free peasantry. The intellectual and moral level of the judges was notoriously low; bribery was almost universal”.¹⁴ That is why, in the words of the XIX-century Russian philosopher Alexander Herzen, “Complete inequality before the law has killed any trace of respect for legality in the Russian people. The Russian, whatever his station, breaks the law wherever he can do so with impunity; the government acts in the same way.”¹⁵

This can be the primary cultural and mental ground for corruption in Russia before the 1917 Revolution. Hardly anything cardinally changed after the Revolution: one could say that the corruption took other forms, became more latent and more sophisticated.¹⁶ It is common knowledge that the Soviet political system was characterized by a stunning dualism between state institutions (army, police, courts, ministries, etc.), on the one hand, and the Party system on the other

¹¹ See, for example, Marina Kurkchian, Varvara Andrianova, Kathryn Hendley, Gilles Favarel-Garrigues, and William Simons, *Experiences of Law in Contemporary Russia: Report and Analysis of a Workshop Held at Wolfson College, Oxford 4 October 2012* (The Foundation for Law, Justice and Society, Oxford, 2012), available at <www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Law-in-Contemporary-Russia_0.pdf>; Sergei Mel’kov, “Kak rossiiiane sami otsenivaiut sostoianie svoei pravovoi kul’tury?”, *lawinrussia.ru* (29 October 2016), available at <lawinrussia.ru/content/kak-rossiyane-sami-ocenivayut-sostoyanie-svoey-pravovoy-kultury>; Kathryn Hendley, *Everyday Law in Russia* (Cornell University Press, Ithaca, NY, and London, 2017).

¹² Andrzej Walicki, *Legal Philosophies of Russian Liberalism* (University of Notre Dame Press, Notre Dame, IN, 1992).

¹³ Sergey Kucherov, *Courts, Lawyers, and Trials under the Last Three Tsars* (New York: Frederick A. Praeger, 1953), 7.

¹⁴ Harold J. Berman, *Justice in the U.S.S.R.: An Interpretation of Soviet Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1963), 211.

¹⁵ Alexander Herzen, “Du développement des idées révolutionnaires en Russie”, cited by Bogdan Kistiakovskii in his contribution to Marshall S. Shatz and Judith E. Zimmerman (trans. and eds.), *Vekhi: Landmarks* (M.E. Sharpe, Armonk, NY, 1994), 130.

¹⁶ Arkady Vaksberg, *The Soviet Mafia* (New York: St. Martins Press, 1992).

which supervised these institutions and interfered in their activities, when the Party deemed it necessary. The notorious concept of telephone justice dates from that era and represents only one aspect of the ideological supervision and control, exercised, from time to time, by Communist Party bosses over the administration of justice in the USSR.

Effective mechanisms of checks and balances are still absent in the post-Soviet, Russian political system.¹⁷ The major development of post-Soviet situation in the 1990s was connected with redistribution of ownership, dubbed as “privatization”. A Russian sociologist Vadim Volkov singled out several stages of the privatization in Russia. After covert insider privatization (1988-1991), the reformers initiated privatization by vouchers (1992-1994), which was then followed by the infamous loans-for-shares schemes around the time of Boris Yeltsin’s re-election (1995-1996). By 1997, the Russian state had privatized a large percentage of its assets, which had been acquired mostly by insiders and a small group of profiteers, the so-called oligarchs. Those powerful state officials who had been left outside until now started trying to get a share of the pie, while some of the leading oligarchs tried to consolidate their possessions with the use of illegal takeover attacks. This development was favorable to the further rise of corruption. State officials could enrich themselves in the late 1990s or in the early 2000s either by attacking the business (so called ‘corporate raiding’ in Russia where security agencies and other governmental bodies took an active part) or by protecting the business from these attacks (providing so called ‘roof’ to secure ownership of businessmen).

In 2016, the RF General Prosecutor Iurii Chaika stated that 10% of all convicted of corruption crimes are law-enforcement officers.¹⁸ It is even more remarkable that, in 2006, this Prosecutor General admitted that the phenomenon of prosecution to order exists even within the system of the RF Prosecutor-General’s Office.¹⁹ The problem of corruption in Russian legal system also has been acknowledged by the political leadership, including President Putin.²⁰ This level of corruption in the Russian legal system not surprisingly represents a basis for the growth of corruption practices in Russian public administration and increases the probability and recurrence thereof.

The practices of ‘powerful entrepreneurship’—as described in the 2004 seminal book of Vadim Volkov²¹—seem to have remained in the 1990s. The 2010s

¹⁷ Richard Sakwa, “Questioning Control and Contestation in Late Putinite Russia”, 67(2) *Europe-Asia Studies* (2015), 192-208.

¹⁸ “Юрий Чайка: 10% осужденных за коррупцию — сотрудники правоохранительных органов” [Iurii Chaika: 10% of Those Convicted of Corruption Are Employees of Law-Enforcement Agencies], *Kommersant* (8 December 2016), available at <www.kommersant.ru/doc/3164473> (accessed on 20 September 2018).

¹⁹ “Юрий Чайка признал за прокуратурой ‘казачьи дела’” [Iurii Chaika Admitted that There Are ‘Prosecutions to Order’ in the Prokuratura], *newsru.com* (16 August 2006), available at <www.newsru.com/russia/16aug2006/chayka.html> (accessed on 20 September 2018).

²⁰ “Путин предложил метод борьбы с коррупцией” [Putin Proposed Methods to Fight Corruption], *pravo.ru* (14 December 2017), available at <pravo.ru/news/view/146625/> (accessed on 20 September 2018).

²¹ Вадим Волков [Vadim Volkov], *Силовое предпринимательство, XXI век. Экономико-социологический анализ* [Entrepreneurship by Force in the XXI Century:

show a slow dynamic—away from such practices—in the approach of business to dispute resolution. In corporate conflicts in the 2010s, businesspeople normally do not turn to gangsters or state security agencies to deal with their problems or with their enemies preferring, instead, to go to the courts. The general trend to settle disputes at courts through legal procedures, nonetheless, is weakened by threats to judicial independence, on the one hand, and by the absence of judicial control over the investigation and prosecution, on the other.

The fact of interconnection between law, business and politics is not specifically a Russian phenomenon and, also, is observed in other legal orders. Critical legal scholars in the US (such thinkers as Duncan Kennedy or Roberto Unger) and in other countries also insist that in their countries – as elsewhere – ‘law is politics’. From this perspective, legal decisions are a form of political decision-making and (often) serve the interests of the power elites. Under this theory, it cannot be otherwise.²² The problem of defining “undue influence” is a complicated one since in most allegations of politicized justice in Russia (and, perhaps, in other countries), it would be more correct to speak about (true or false) expectations of judges as to possible reactions of the Presidential Administration or other governmental agencies to their decisions rather than about any direct phone calls (or other ways of transmitting political instructions such as hints or winks): the conception of justice in Russia that certain political scholars depict as ‘telephone justice’. In one of her works, Professor Ledeneva defines this sort of justice in Russia as “telephone justice” taken “broadly as the practice of making an informal command, request, or signal in order to influence formal procedures or decision-making”.²³

There are reasonable grounds to claim that the incidence of political pressure on the Russian public-administration system is at a level which routinely undermines the integrity of the state institutions. It is because of institutional weaknesses that key agencies can be susceptible to political manipulations. There also are channels of mutual influence between these institutions, and such influence might, in some cases, be classified as improper since it is at odds with the letter of the law and the declared objectives of the state system. The probability of

An Economic and Sociological Analysis] (European University of St. Petersburg Publishers, St. Petersburg, 2012, 3rd expanded and updated ed.).

²² See the work by the Justice of the RF Constitutional Court Alexander N. Kokotov: *Доверие. Недоверие. Право* (*Trust. Distrust. Law*), (Moscow, Iurist, 2004). Justice Kokotov (who prior to his appointment to the Court, in 2010, was chair of constitutional law at the Urals State Legal Academy in Ekaterinburg) argues that Russian law – to a great degree – is based on distrust. As evidence for his assertion, he cites electoral legislation as well as legislation and case law on federalism in Russia. He believes that they can be seen as one of the results of a traditional Russian perception of the law as something imposed from above. Trying to explain this deadlock, Russian Constitutional Court Chief Justice Zorkin notes that: “В нашем обществе людьми, обладающими возможностями влияния, зачастую являются эгоцентрики, наделенные блестящими способностями к ситуационному реагированию, но начисто лишены всего того, что должно дополнять этот дар.” (Often, in our society, those who have possibilities to exert influence are egocentric people endowed with brilliant skills for situational strategies but entirely devoid of other traits which should complement these skills.) Валерий Зорькин [Valerii Zorkin], “Доверие и право” [Trust and the law], *Российская газета* (29.04.2013) No.6069.

²³ Alena Ledeneva, “Telephone Justice in Russia”, 24(4) *Post-Soviet Affairs* (2008), 324–350, at 325.

such improper influence is relatively low in everyday disputes—even those in which not insignificant sums of money are involved for example. Rather, it is the category of high-profile cases (in which strategic assets are at stake or in which people from the political elite are involved) where political influence might be expected or in major corporate conflicts where large sums of money are at stake. There is no shortage of examples of such politicized justice where the Russian state uses the machinery of a criminal indictment and the criminal-justice system to punish its enemies. The cases of Vladimir Gusinskiy,²⁴ Mikhail Khodorkovskiy,²⁵ or Aleksey Navalnyy²⁶ can be mentioned here to demonstrate the stubborn persistence of political interference with administration of justice.

On the other hand, corruption—as an illegal method of influence peddling—remains virtually possible in almost every case. But the reality of the Russian system is that there are several competing agencies (the *FSB*, the Ministry of Internal Affairs, the Prosecutor-General's Office, and the Investigative Committee, to mention only the key institutions) which are watching one another, closely, and hunting for errors or omissions of their rivals so as to play down their rivals' influence and, thus, to strengthen their own. If a state agency is illegally involved in a corruption scheme against interests of some businessmen, these targeted businessmen have the opportunity to turn to other agencies for informal protection. This system of 'checks and balances', at least partially, mitigates the nefarious effects of corruption in the Russian system for business activities although it does not exclude, completely, the possibility of their occurrence. The fact that officers of different public-administration organs can coordinate their illegal activities and cover for each other to the detriment of the rights of businesspeople—from Russia and abroad—remains a threat to ownership rights in Russia.²⁷

Senior Russian politicians appear, now, to be well aware of the need to ensure Russian the inviolability of private property and the sanctity of investments through imposing constraints on unbridled discretion of state officials which often leads to corruption. These politicians and other decision-makers realize that these pillars are crucial to attract foreign capital into (and to restrain domestic capital flowing from) the country; to provide for the 'de-offshorization' of Russian capital and to help keep the Russian economy afloat in a situation of internal economic troubles and international sanctions. There are a number of anti-corruption laws, the most important of which being the Federal Law No.273-FZ (25 December, 2008) "On Combatting Corruption". The Russian Criminal Code imposes rather strict liability for commercial crimes.²⁸ Importantly, Russia ratified the main

²⁴ ECtHR judgment *Gusinskiy v. Russia* (19 May 2004) application No.70276/01.

²⁵ ECtHR judgment *TUKOS v. Russia* (20 September 2011) application No.14902/04.

²⁶ ECtHR judgment *Navalnyy and Offitserov v. Russia* (4 July 2016) applications No.46632/13 and 28671/14.

²⁷ Ararat Osipian, "Predatory Raiding in Russia: Institutions and Property Rights After the Crisis", 46(2) *Journal of Economic Issues* (2012), 1-11.

²⁸ The main *corpus delicti* concerning corruption in public administration according to the RF Criminal Code are connected with bribery: (1) Bribe taking by a state official (Art. 290) which is punished either by a fee starting from 50000 euro or 80 to 100 times the bribe sum, or by imprisonment from eight to 15 years with an occupational ban from civil and state service for up to 15 years; (2) Bribe giving to a civil servant (Art. 291) which is punished either by a fee starting from 35000 euro or 70 to 90 times the bribe sum, or by imprisonment from eight to 15 years with an occupational ban from civil and state service for up to 10 years; (3) Mediation in bribery (Art. 291.1) which is punished either

international anti-corruption treaties,²⁹ and the issue of corruption is the subject matter of various national strategies. The central strategic document is the National Anti-Corruption Plan for 2018-2020 approved by the Presidential Decree (30 June 2018).³⁰

Although these legal norms touch upon the phenomenon of external influence, I believe that they will not be successful in modernizing the Russian social, legal and political systems unless they are supported by an efficient and effective judicial process; unless the chance for external influence upon the courts is reduced even further. People's pessimism about the court system, in general, arises as they think of disputes involving agencies of Russian state power and administration.

Having said that, I well can imagine that the political leadership also seeks to keep some 'wiggly room' open in a system which is increasingly transparent. That in the past the Russian public-administration system was not transparent, that there have been cases of external influence, is well-known in Russia and abroad. There are discussions of and, often, recommended solutions for, these problems in decisions of the European Court of Human Rights and materials of the Organization for Security and Co-operation in Europe, the Venice Commission, etc. I believe that these voices, domestic and foreign, are heard by the Russian political leadership and others at similar high levels in Russian society.³¹ But I also well understand the enormous sensitivity of high-level

by penalty starting from 25000 euro or 60 to 80 times the bribe sum, or by imprisonment from eight to 12 years with an occupational ban from civil and state service for up to 7 years. The Russian criminal law does not recognize liability of legal entities and establishes punishment only for natural persons. Legal entities involved in bribery shall be punished according to the RF Code of Administrative Offences (Art.19.28) which provides for penalty starting from 17000 euro or up to 100 times the bribe sum.

²⁹ Russia is a signatory to the following treaties: (1) The United Nations Convention against Corruption of October 31 2003, ratified by Federal Law 40-FZ (March 8 2006, entered into force on March 21 2006); (2) The Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption of January 27 1999, ratified by Federal Law 125-FZ (July 25 2006, entered into force on July 28 2006); (3) The Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime of November 8 1990, ratified by Federal Law 62-FZ (May 28 2001, entered into force on May 31 2001); (4) The United Nations Convention against Transnational Organized Crime of November 15 2000, ratified by Federal Law 26-FZ (April 26 2004, entered into force on April 29 2004); (5) The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism adopted by the General Assembly of the United Nations on December 9 1999, ratified by Federal Law 88-FZ (July 10 2002, entered into force on July 13 2002); (6) The Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on Financing of Terrorism of May 16 2005, ratified by the Federal Law 183-FZ (July 26 2017, entering into force on August 6 2017).

³⁰ tass.com/politics/1011546 .

³¹ E.g., "Путин поручил проанализировать эффективность мер по обеспечению независимости судей" (Putin gave an instruction to analyse the effectiveness of measures to ensure the independence of judges), *tass.ru* (03.01.2017), available at <tass.ru/politika/3921546>; "Путин заявил о необходимости укреплять независимость судебной системы" (Putin proclaimed the need to strengthen the independence of the judicial system), *ria.ru* (02.06.2017), available at <ria.ru/society/20170602/1495680453.html>; and Anatasiiia Kornia, "Верховный суд представил проект судебной реформы" (The Supreme Court launched a judicial reform project), *Vedomosti* (13.07.2017), available at

Russian politicians and others to ‘finger wagging’ in their face, especially from abroad.

In general, one could speak about a general uncertainty of property rights in Russia, a corrupt public-administration system, and weak legislation. However, Russia, its economic, governance and legal systems have not remained unchanged over time. What was a well-grounded assessment of Russian law and the Russian economy in the 1990s may not necessarily characterize the situation in the 2010s. The legal and economic conditions of business have changed significantly over these years. In recent years, there have been measures introduced for counteracting corruption practice which seem to be relatively effective in terms of intimidation of corrupted officials by a number of show trials, like that of the 2017-2018 trial of the RF Minister of Economic Development Aleksei Uliukaev.

In the recent years however there has been increase in illegal activities by state agencies which might be related to a concomitant decline of institutional quality, with the apparent strengthening of the federal center and Putin’s ‘vertical of power’ (from 1999 on) making it actually more difficult for the center to prevent local and regional state officials from acting in a predatory way as various institutional control mechanisms have been disabled.³² On the one hand, these governmental efforts to fight the abuses of regional authorities have been quite successful and, largely, divested the regional elites of their ability to organize or support raiding attacks against local businesses. But these efforts, on the other hand, have resulted in an exaggerated expansion of powers of the federal security and law-enforcement agencies, which made Russian business even more vulnerable to raiding that can be effectively combined with prosecution to order. From this perspective, I conclude that successful anti-corruption reforms in Russia were not accompanied and, to a certain extent, obstructed by the disproportioned growth of unrestrained political centralization.

<www.vedomosti.ru/politics/articles/2017/07/13/723338-verhovnii-sud-predstavil-proekt>.

³² Marie Mendras, *Russian Politics: The Paradox of a Weak State* (London: Hurst & Company, 2012), 175-181.

Corruzione e Appalti Pubblici in Estremo Oriente: moduli di contrasto nella Repubblica Popolare Cinese e in Giappone

di Vinicio Brigante

Abstract: Corruption and Public Procurement in the Far East: law enforcement techniques in the People's Republic of China and in Japan – The paper provides the reader with an outlook on corruption and anti-corruption measures in the Far East - particularly in China and Japan. With a particular focus on the ethical shortcomings of corruption and on the peculiarity of the public procurement system in the aforementioned Countries.

Keywords: Japan; China; Trasparenza; Corruzione; Public administration.

1. Introduzione

Nessuno Stato al mondo è immune dalla corruzione, anche se ovviamente il livello e le modalità del fenomeno variano da Paese a Paese.

Basti guardare, per avere un riscontro della diffusione di tale piaga, alle tante misure, più o meno efficaci, adottate ovunque: dalle legislazioni nazionali anticorruzione alle varie Convenzioni internazionali e sovranazionali, stipulate specialmente a partire dagli anni '90 in poi e dirette a definire un minimo di standard comuni nella lotta alla corruzione. Pur in assenza di una definizione universalmente accolta del concetto di corruzione¹, appare ricorrente nelle fonti internazionali che si occupano di tale fenomeno² il riferimento all'abuso del potere pubblico per benefici privati da parte di soggetti che a vario titolo operano nel settore pubblico³.

2. La corruzione in Asia: strategie e misure di contrasto

¹ Sull'assenza di una definizione universalmente accolta del concetto di corruzione si veda il documento ufficiale del Consiglio d'Europa "*Basic Anti-Corruption Concepts. A training Manual*" 2015, p. 11 ss.

² Cfr. Convenzione delle Nazioni Unite Contro la Corruzione, nonché gli strumenti giuridici anticorruzione del Consiglio d'Europa, ivi compresa la Risoluzione (97)24 sui venti principi guida per la lotta contro la corruzione e le raccomandazioni n. R (2000) 10 sui codici di comportamento dei funzionari pubblici e n. R (2003)4 sulle norme comuni contro la corruzione nel finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali.

³ Nota è la definizione della Banca Mondiale che definisce la corruzione come "*The abuse of public power for private benefit*". Per un sunto delle definizioni più ricorrenti cfr. Consiglio d'Europa, *Basic Anti-Corruption Concepts. A training Manual*, 2015, p. 13 ss.

La frammentarietà del concetto di corruzione costituisce notazione comune nella letteratura giuridica, poiché rappresenta una nozione multilivello che “oscilla tra dimensione legale, etica ed economica⁴”.

Il concetto - che trascende la nozione prettamente penalistica del fenomeno in esame - di “maladministration⁵” ha sempre assunto portata transnazionale, anche se tale percezione ha tardato ad affermarsi sul piano della ricerca dei mezzi di contrasto. Nel contesto europeo, ad esempio, prevale la volontà degli Stati membri di conservare un margine di autonomia valutativa in situazioni che sono avvertite come prettamente interne⁶.

In premessa, è opportuno operare alcune precisazioni, su un tema sul quale si registra una letteratura ampia e autorevole.

La mutevolezza di vesti con le quali la corruzione si manifesta rende complicata la delimitazione del tema e favorisce il “relativismo delle valutazioni⁷”.

La corruzione è “pulviscolare e come tale imponderabile e impercettibile⁸”, e ciò è valido in misura ancor maggiore in tema di commesse pubbliche, perché non esiste un indice affidabile e sufficientemente oggettivo, tale da poter fornire una proiezione chiara ed effettiva del tema; “è un fenomeno duttile e polimorfico, che mostra una sorprendente capacità di adattamento a contesti regolativi differenti⁹”. In altri termini,

⁴ G. Fidone, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 753.

⁵ S. Cassese, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro it.*, V, 1992, 243.

⁶ Cfr. T.M. Moschetta, *La lotta alla corruzione tra repressione e prevenzione: la competenza dell'Unione alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Giureta*, 2013, 333 ss., “la percezione della corruzione come fenomeno a carattere transnazionale risale agli anni novanta del secolo scorso quando numerose organizzazioni internazionali hanno cominciato a manifestare interesse a contrastare un fenomeno fino ad allora considerato di esclusiva rilevanza interna”. Sul tema, cfr. F. Lauria, *Tutela degli interessi finanziari e lotta alla corruzione nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunitario*, 1999, 435 ss.

⁷ E.E. Cociolo, *Corruzione, etica amministrativa e “autoregolazione regolata” dei pubblici poteri*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 174, “le diverse prospettive di analisi e l'utilizzo del vocabolo corruzione in contesti differenti hanno spinto a mettere in dubbio la stessa possibilità di una definizione universale di corruzione. Il dibattito vede contrapporsi i relativisti che pongono l'enfasi sugli aspetti micro-culturali e quanti, invece, propugnano per un modello etico ancorato ai diritti fondamentali”. Sul tema, cfr. G. Colombo, *Mani sporche e colpi di spugna*, in *Mircomega*, 1996, 22, “la sistematicità della corruzione dipende in gran parte da fattori culturali. E' necessario che cresca una cultura diffusa, che il sentire collettivo si avvicini alla legalità, che si sviluppi il senso dello stato, che l'esercizio della funzione pubblica sia sentito come un servizio e non come uno strumento per ottenere vantaggi personali”. In una prospettiva economica, A.O. Hirschman, *Felicità pubblica e felicità privata*, Bologna, 1983, rilevava che “l'incidenza effettiva delle condotte di corruzione dipende da quanti tra gli individui aventi accesso alle opportunità di corruzione, risultano inclini o avversi ad essa. La quota di questi individui tende a fluttuare in relazione a ciò che si definisce moralità pubblica”.

⁸ Le definizioni sono di F. Pinto e R. Cantone, pronunciate durante il corso di aggiornamento ‘*Rifondare la cronaca nera, in particolare quella giudiziaria, distinguendo tra deontologia, interesse pubblico e gossip*’, svoltosi presso l'Auditorium RAI di Napoli, il 16 dicembre 2016, in seguito in F. Pinto, *I ladri amano il buio*, in *www.lexitalia.it*, 2016.

⁹ A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 271, la corruzione riconfigura “i propri reticoli di scambi e connivenze in relazione alle diverse strutture di incentivi istituzionali che si manifestano”.

non esistono flussi di dati talmente indicativi, tali da poter fornire un quadro oggettivo del livello di corruzione¹⁰.

I dati sulla corruzione vivono di un'approssimazione genetica dalla quale non possono essere affrancati, e con la quale si deve convivere, anche in sede di predisposizione delle misure correttive al problema¹¹.

Svolta tale necessaria introduzione, per contestualizzare il focus della ricerca, è opportuno fornire una chiave di lettura comunemente utilizzata per studiare il fenomeno corruttivo nel continente asiatico, ossia quella di concepire la corruzione quale vero e proprio reticolo informale di comportamenti e di norme¹², secondo un approccio definito “neo-istituzionalista”.

Sulla base di tale presupposto, è operata una distinzione tra due modalità di manifestazione della corruzione, non necessariamente alternative tra loro, i cui dati svelano due indici numerici, utili per fornire un quadro quantomeno indicativo della diffusione delle pratiche corruttive.

La prima modalità è rappresentata dalla corruzione attuata attraverso la pervasività (letteralmente, *pervasivness*), che fornisce il parametro di diffusione del fenomeno su un determinato territorio; mentre, la seconda modalità, definita attraverso il grado di arbitrarietà di cui sono titolari le amministrazioni (letteralmente, *arbitrariness*), definisce il confine oltre il quale l'uso distorto delle funzioni trasforma la discrezionalità in un potere arbitrario, come tale non soggetto al controllo della legge.

Nel primo significato, la pervasività rappresenta la probabilità media di imbattersi nella richiesta di una tangente, all'interno delle c.d. interazioni aziendali¹³; in altri termini, questo parametro fornisce il grado di istituzionalizzazione della corruzione, in un determinato contesto territoriale.

¹⁰ Sul tema, cfr. R. Cifarelli, *Corruzione “amministrativa” e controlli: spunti di riflessione*, in *Amministrazione in cammino*, 2013.

¹¹ Cfr. Alto Commissario Anticorruzione, *Il fenomeno della corruzione in Italia*, in www.irpa.eu, “il livello della corruzione denunciata e giudizialmente accertata è un indicatore molto parziale, e per certi versi fuorviante, rispetto all'effettiva situazione di un ordinamento”.

¹² O. Hellmann, *The historical origins of corruption in the developing world: a comparative analysis of East Asia*, in 68 *Crime, Law Social Change*, 145-165 (2017). Per un'analisi comparata, si v. M. Johnston, *Japan, Korea, the Philippines, China: four syndromes of corruption*, in 49 *Crime, Law and Social Change*, 225-233, (2008); S. Li, *Can China learn from Hong Kong's experience in fighting corruption?*, in 33 *Global Economic Review*, 2-9, (2004); S. Li e J. Wu, *Why some countries thrive despite corruption: the role of trust in the corruption-efficiency relationship*, in 17 *Review of International Political Economy*, 129-154, (2010); V. Tanzi, *Corruption around the world: causes, consequences, scope and cures*, in *IMF Working Paper*, (1998).

¹³ J. Doh, P. Rodriguez, K. Uhlenbruk, J. Collins e L. Eden, *Coping with corruption in foreign markets*, in 17 *Academy of management executive*, 114-129, (2003), “*pervasiveness of corruption is the average likelihood of encountering bribery request in the business interactions. In other words, pervasiveness gauges how prevalent and institutionalized the bribery in a society an individual or a firm manages. Therefore, the more pervasive the corruption in a society, the more visible the bribery is. The more visible the bribery, the easier it would be for the firms to decide if they would want to be active in bribing. When one observes that every firm pays bribes, one can be quite certain that bribing would be a wise way of doing business in that environment. On the other hand, when bribery is not rampant, one could feel safe in engaging in business transactions without bribing the government officials who may have some influence on one's business*”.

Nella seconda accezione, l'uso distorto del potere discrezionale, che sfocia in una sorta di arbitrarietà, è in grado di svelare il livello di ambiguità di un mercato, associato alla probabilità di ottenere accordi su trattamenti favorevoli in transazioni corrotte¹⁴.

Inoltre, qualora il potere discrezionale sia frammentato (rectius polverizzato) in capo a una platea di soggetti pubblici e agenzie governative, sarebbe meno agevole rintracciare la fonte della richiesta della tangente. Per tale ragione, c'è stato chi - in via meramente empirica - ha proposto di creare un regime di corruzione organizzato, che risulterebbe meno dannoso per l'economia, proprio perché prevedibile¹⁵. Tuttavia, in tal modo, la corruzione muterebbe veste, trasformandosi in vero e proprio onere fiscale da ottemperare per le imprese, che, come tale - dal punto di vista del corruttore - può essere pianificato nel bilancio di spesa, circostanza che allontana questa teoria dal tema trattato in questa sede.

In base alla distinzione summenzionata, un interessante studio¹⁶ ha suddiviso i paesi dell'Asia in base alle modalità di emersione e di manifestazione dei fenomeni corruttivi; in tal senso, si rileva come in alcuni paesi la corruzione sia legata a pratiche diffuse, ma tollerate come lecite - una sorta di corruzione ambientale - mentre in altri si percepisce un impiego alterato del potere discrezionale delle amministrazioni.

In relazione ai due contesti territoriali indagati, si osserva che la corruzione in Cina è legata a una sorta di prassi diffusa nel rapporto tra gli amministrati e le amministrazioni e alla generale tollerabilità dello stesso, mentre è relativamente basso il livello di corruzione legato a un impiego arbitrario del potere pubblico.

Diversamente, in Giappone - in cui il livello di corruzione percepita è estremamente basso - entrambi gli indicatori si assestano su valori bassi, circostanza che ha indotto la dottrina¹⁷ a definire tale nazione un "corrupt-free haven", al pari di Hong-Kong e Singapore.

Anche la letteratura che si è occupata del tema nel continente asiatico¹⁸, principalmente dal punto di vista economico, ha fornito una visione alternativa della

¹⁴ S. Wei, *Looters, rent-scrappers and dividend-collectors: corruption and growth in Zaire, South Korea and the Philippines*, in 31 *Journal of Developing Areas*, 457-479, (1997), "arbitrariness of corruption is the degree of ambiguity associated with the likelihood of gaining agreed upon favorable treatments in corrupt transactions".

¹⁵ In tal senso, cfr. A. Shleifer e R.W. Vishny, *Corruption*, in 108 *Quarterly Journal of Economics*, 599-617, (1993), "an organized corruption regime may be more extractive in asking for more bribes, but at the same time may be less harmful because it is more predictable. An organization with the discretionary power concentrated at the top may not vary agreed upon deals, which lessens the level of uncertainty in gaining favorable treatments in exchange for bribery".

¹⁶ S.H. Lee, *Corruption in Asia: pervasiveness and arbitrariness*, in 24 *Asia Pacific Journal of Management*, 97-114, (2007).

¹⁷ J. Svensson, *Who must pay bribes and how much? Evidence from a cross section of firms*, in 118 *Quarterly Journal of Economics*, 207-230, (2003).

¹⁸ N. Leff, *Economic development through bureaucratic corruption*, in 8 *American Behavioral Scientist*, 1-8, (1964), "corruption serves as speed money that creates efficiency by expediting decision making and allows businesses to avoid heavy government regulations". In senso conforme, cfr. F. Lui, *An equilibrium queuing model of bribery*, in 93 *Journal of Political Economy*, 760-781, (1985); P. Bardhan, *Corruption and development. A review of issues*, in 35 *Journal of Economic Literature*, 1320-1346, (1997), secondo cui "corruption can grease the wheels of commerce in the presence of weak legal and regulatory frameworks".

questione, sulla base dell'assunto che la corruzione può agevolare i processi decisionali e condurre a un incremento dell'efficienza dell'azione pubblica.

Tale teoria è stata disattesa da un'approfondita analisi, condotta sulla base di specifici calcoli, secondo la quale la corruzione è un fenomeno che non è mai limitato al singolo contesto nazionale, ma, soprattutto in Asia, tende a "contagiare" le zone confinanti, producendo notevoli disfunzioni al mercato di intere aree del continente¹⁹.

Dal 1999, in tema di appalti pubblici, la Asia Development Bank (ADB), in sinergia con la Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), conduce una campagna di contrasto alla corruzione, estesa a tutta la regione dell'Asia e del Pacifico, attraverso diverse iniziative, talvolta confluite in disegni di legge, i cui presupposti e risultati sono pubblicati in diversi volumi, con cadenza annuale²⁰.

I tre pilastri su cui poggia tale iniziativa sono la predisposizione di misure specifiche nel settore pubblico, la necessità di rendere trasparente l'azione amministrativa durante la scelta del contraente e il coinvolgimento dei cittadini nel contrasto ai fenomeni corruttivi.

Uno degli obiettivi principali - raggiunto in quasi tutti gli ordinamenti nazionali coinvolti nel progetto - è quello di inglobare le norme anticorruzione nella struttura del codice dei contratti pubblici, per evitare che le stesse permangano esterne al sistema di scelta del contraente e, come tali, diventino facilmente eludibili.

Tuttavia, si registra, in molti ordinamenti, la necessità di perfezionare o implementare la c.d. secondary regulations, al fine di istituire un quadro legislativo completo e organico di contrasto alla corruzione.

In linea generale, si è rilevato che a fronte di una regolamentazione puntuale della fase di selezione del contraente, in termini di precauzione da eventi corruttivi, gli stessi tendono a migrare verso le fasi a monte o a valle della procedura pubblicistica in senso stretto²¹.

Una chiave di lettura particolarmente interessante, fornita da queste ricerche, anche se per adesso solo in via sperimentale, è quella di incentivare il ricorso agli appalti elettronici (letteralmente e-procurement) per prevenire il rischio di corruzione²².

¹⁹ Sul tema, per una disamina più approfondita, cfr. R. Quazi, S. Langly e A. Till, *Corruption contagion in South Asia and East Asia: an econometric study*, in *2 International Journal of Developing Societies*, 87-95, (2013), "corruption is shaped by the culture or climate of doing business within a particular country, and these practices are shared to some extent by the neighboring countries. It is therefore possible for corruption to spread from one country to its neighbors, but the rate of corruption contagion should diminish with greater distance".

²⁰ Per tutti, si v. gli studi condotti dalla Asia Development Bank, *Fighting bribery in public procurement in Asia and Pacific. Proceedings of the 7th Regional Seminar on making international anti-corruption standards operational*, s.l., 2008.

²¹ J. Pohl, *Progress and challenges in Asia and the Pacific in addressing bribery risks in public procurement*, in Asia Development Bank (Eds), *Fighting bribery in public procurement in Asia and Pacific*, cit., 2008, 36, "countries that have succeeded in established sound bidding and selection procedures experience that corruption risks move into less well-regulated areas upstream and downstream in the procurement process. Corrupt practices are now more frequent in needs assessment, project design, and the setting up of tender specifications".

²² P. Schapper, *The impact of e-procurement on corruption: the potential of e-procurement for curbing corruption risks*, in Asia Development Bank (Eds), *Fighting bribery in public procurement in Asia and Pacific*, cit., 2008, 113 ss., "Procurement of goods, works, and services through Internet-based

L'e-procurement ha il pregio di limitare il contatto diretto tra i fornitori e le amministrazioni, consente una capillare e ottimale tracciabilità delle operazioni di gara, aumentando così il livello di trasparenza delle stesse e coadiuva gli organismi di controllo nell'individuazione di eventuali eventi di corruzione.

Inoltre, si consente di creare un archivio sistematico, agevolmente consultabile, con la cronologia delle singole gare espletate, per consentire una sorta di controllo a campione da parte delle autorità preposte a osteggiare la corruzione.

Un'ultima considerazione di carattere generale, e preliminare al contesto continentale analizzato, è quella relativa alla responsabilizzazione dei fornitori nei processi anti corruttivi, attraverso due tipi di iniziative, da sviluppare in maniera sincronica.

In primo luogo, è opportuno rendere edotte le imprese dei danni che la corruzione provoca all'intero sistema economico, e dunque in via mediata o diretta alle stesse imprese.

In secondo luogo, individualmente, ogni azienda ha il dovere di istruire i singoli dipendenti al rispetto pedissequo delle norme anticorruzione, attraverso corsi di aggiornamento, da espletare in via preventiva, e con l'irrogazione di sanzioni, in via repressiva.

In conclusione, è opportuno riportare un esempio virtuoso nella valorizzazione del ruolo dei fornitori per combattere la corruzione, rappresentato dall'Indonesian Comitee on Business Ethics, che, in sinergia con il governo indonesiano e le imprese, promuove la redazione di disegni di legge, per modificare le normative ostative allo sviluppo di una concorrenza leale, e, ricopre un ruolo attivo nei processi di accessibilità e trasparenza degli atti oggetto di gare pubbliche.

Per una disamina più analitica, appare opportuno scomporre la trattazione in due sezioni, ognuna delle quali dedicata a un singolo contesto nazionale. Un punto di contatto tra i due ordinamenti analizzati in questa sede risiede proprio nei valori della c.d. etica pubblica, maturati nell'esperienza amministrativa cinese e, da questa, trasmessi all'ordinamento giapponese²³.

3. Sezione prima. Emersione della tematica nell'attuale panorama legislativo cinese: primi approcci e soluzioni di partito

3.1. Cenni sulla genesi di un diritto amministrativo cinese

information technologies (e-procurement) is emerging worldwide with the potential to reform processes, improve market access, and promote integrity in public procurement. E-procurement, when properly designed, can drastically reduce the cost of information while at the same time facilitating access to information. The strength of e-procurement in the anti-corruption agenda arises from this capacity to greatly reduce the cost and increase the accessibility of information, as well as automate and thereby reduce discretion in practices prone to corruption. E-procurement can also be a means of standardizing and monitoring processes, thereby facilitating the control and reduction of discretion through benchmarking. Decisions become comparable and histories profiled, thereby allowing for internal control, audit, and exception reporting²³.

²³ Sul tema, cfr. S.B. Silberman, *Cages of reason: the rise of the reational state in France, Japan, the United State and Great Britain*, Chicago, 1993, 22.

L'indagine sul propagarsi dei fenomeni corruttivi nell'ambito dei contratti pubblici in un ordinamento così lontano - culturalmente e giuridicamente - come quello cinese, richiede una previa analisi della genesi della scienza del diritto amministrativo in Cina²⁴ e un'introduzione in materia di appalti.

Come rilevato, "l'ordinamento giuridico cinese, oltre che uno spaccato di realtà da osservare e da cui elaborare scientificamente le nozioni giuridiche che lo caratterizzano, rappresenta anche un vero e proprio laboratorio di verifica della ragione stessa dell'esistenza del diritto amministrativo e della relativa scienza²⁵".

In premessa, è opportuno registrare una generale scarsa intellegibilità delle fonti del diritto amministrativo cinese, legata indissolubilmente alle difficoltà e alle incertezze generate dalla traduzione dalla relativa lingua²⁶.

²⁴ Y. Jing, *History and context of public administration in Mainland China*, in E.M. Berman, M.J. Moon e H. Choi (cur.), *Public Administration of East Asia*, New York, 2010, 34 ss., "China has a multimillennium administrative history that is divided into three stages: royal, state and public administration. After the third plenary of the CCP's 11 th National Congress in 1978, peace and development were recognized by the party as the world's prevailing tendencies. By adopting the reform and opening up policy, the CCP shifted its priority to economic development. It was in this period that the Chinese administrative system, in an experimental and gradual manner, began to incorporate the modern values of public administration and expose itself to popular control. The recent modernization efforts emerge from the background of China's administrative history, which sets the context and starting conditions of these efforts; they include processes and values that strongly influence efforts today. Two fundamental path-dependent effects stand out. First, is the politicized bureaucracy. Due to the nonexistence of popular election and a competitive party system, control on bureaucracy was a major leverage to maintaining political power. Political compliance was assigned a higher priority than expertise in evaluating bureaucrats. Such a system tended to hinder the efforts to make the bureaucracy more professional. Second is the moralized, but sometimes immoral bureaucracy. Moral doctrines easily substituted for rationalized institutions and the spirit of rule of law; the opaqueness and complexity of the bureaucratic system further helped bureaucrats evade results and accountability. The traditional dominance of bureaucracy on society and its moral self-sufficiency made law abidance primarily an obligation of civilians. Bureaucratic dysfunctions commonly occurred due to high-powered, self-seeking behavior as well as the rigid conformity to rules or routines. Not only did these routinely displace organizations goals, but they also led to distorted selective, and even predatory policy implementation and administrative practices". Sul tema, in senso ampio, cfr. Z. Lan, *Understanding China's administrative reform*, in 24 *Public Administration Quarterly*, 437-468, (2001); M. Liu, *Administrative reform in China and its impact on the policy-making process and economic development after Mao: reinvented chinese government*, New York, 2001; Z. Chang, *Public administration in China*, Westport, 1993, 3 ss.; K. Ngok e G. Zhu, *Marketization, globalization and administrative reform in China: a zigzag road to a promising future*, in 73 *International Review of Administrative Science*, 217-230, (2007); W. Hu, *Governmental process*, Hagzhou, 1998; G. Yang, *Public administration reform in contemporary China*, Beijing, 1999.

²⁵ D. Pappano, *L'emersione di un diritto amministrativo in Cina*, in *Dir. amm.*, 2010, 710, "nell'attuale esperienza storica del diritto cinese lo studioso di diritto amministrativo intravede l'avvio di quel processo evolutivo di sottoposizione del potere alla regola che storicamente nelle esperienze occidentali ha rappresentato l'elemento a partire dal quale si è formato il diritto amministrativo". Gli unici due lavori organici di diritto amministrativo sono ad opera di U. Fragola, *Rudimenti di diritto amministrativo cinese*, Napoli, 2005 e di M. Mazza, *Decentramento e governo locale nella Repubblica Popolare cinese*, Milano, 2009. Per una disamina di matrice storica, cfr. S.S. Hsueh, *Public Administration in South and Southeast Asia*, Bruxelles, 1962.

²⁶ J. Chen, *Chinese Law. Towards an understanding of Chinese Law its nature and development*, Cambridge, 1999, alle incertezze che comunemente si legano ad ogni operazione di comparazione, il passaggio attraverso una terza lingua può essere fonte di errori e semplificazioni ulteriori (dal cinese all'inglese e dall'inglese all'italiano). Sull'importanza

La genesi del diritto amministrativo in Cina, inteso sia nell'ottica di garanzia degli amministrati, sia nell'ottica della costruzione di una relativa scienza della disciplina²⁷, è recente, se si considera che la prima legge che istituisce una vera e propria rete di tutela per i cittadini, verso gli atti amministrativi lesivi, è stata emanata nel 1989²⁸.

Nel 1999, nel corpo dell'articolo 5 della Costituzione, varata nel 1982, è aggiunto un comma, secondo il quale “la Repubblica Popolare Cinese governa il paese secondo la legge e lo rende uno Stato socialista governato dalla legge²⁹”, che introduce il principio di legalità, nel novero dei diritti costituzionalmente protetti.

Da un punto di vista puramente dottrinale³⁰, i tre principi fondamentali del diritto amministrativo cinese sono identificati nell'attuazione delle linee guida e delle politiche del Partito, nel c.d. centralismo democratico e nella sottoposizione dell'amministrazione alla legge³¹, ossia il c.d. principio della legalità socialista.

Il principio di legalità dell'azione amministrativa, che costituisce notazione consolidata per il diritto amministrativo occidentale, rappresenta una novità assoluta per la speculare disciplina cinese.

Sulla scia di tale conquista, soprattutto in termini di tutela per il cittadino, nel 2000 è stata adottata la c.d. legge sulla legislazione, in una prospettiva di riordino e coordinamento delle fonti, che per la prima volta dispone l'obbligo di pubblicazione in

rivestita dalla corretta traduzione negli studi comparatistici, cfr. L. Pegoraro e A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007, 102.

²⁷ P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014, “la necessità diffusamente avvertita di riformare il sistema di diritto amministrativo (sostanziale e processuale) della RPC ha condotto, nel 1986, alla costituzione, da parte del Comitato permanente dell'Assemblea nazionale del popolo, di un apposito gruppo di ricerca sulla legislazione amministrativa formato da 13 membri, designati tra professori universitari in materie giuridiche e altri esperti di diritto. Il gruppo di ricerca, che era posto sotto la guida di Jiang Ping, ha concentrato i lavori sull'elaborazione di progetti di leggi amministrative. Tra di esse, le principali sono state la legge sulle sanzioni amministrative, adottata nel marzo 1996, e la legge sul processo amministrativo. Essa intende conseguire due obiettivi, vale a dire migliorare l'azione amministrativa e proteggere in modo efficace ed effettivo i diritti dei cittadini”.

²⁸ La ricostruzione dell'ordinamento giuridico cinese è intimamente legata all'adesione del paese all'Organizzazione Mondiale del Commercio, che ha indotto le istituzioni ad avviare un processo di adeguamento ai principi di uniformità normativa, trasparenza delle decisioni pubbliche e controllo giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione. Sul tema, cfr. R. Cavalieri, *L'adesione della Cina al WTO. Implicazioni giuridiche*, Lecce, 2003; Q. Kong, *China and the World Trade Organization: A Legal Perspective*, Singapore, 2002, 183 ss.

²⁹ Sulle differenti interpretazioni della norma, cfr. A.H.Y. Chen, *Toward a legal enlightenment: discussion in contemporary China on the rule of law*, in 13 *Pacific Basic Law Journal*, 17-39, (1999); A. Rinella, *Cina*, Bologna, 2006, 46 ss.

³⁰ Y. Songnian e Z. Weijiu, *Principi generali di diritto amministrativo (trad. it.)*, Beijing, 1985, 5 ss.

³¹ L. Haocai, *A theory of balance of contemporary administrative law*, Beijing, 1997, in seguito all'introduzione del principio di legalità dell'azione amministrativa, si è sviluppata una teoria definita teoria del bilanciamento o della doppia considerazione, che segna la genesi di un'indagine *ad hoc* sul profilo della garanzia dei soggetti privati incisi da una decisione amministrativa.

gazzetta ufficiale delle leggi promulgate, in ottemperanza a esigenze di certezza e accessibilità per gli amministrati³².

Tuttavia, alla luce di un'evoluzione giuridica così rapida, non esiste ancora un'elaborazione autonoma della nozione di funzione amministrativa, che è utilizzata quale sinonimo di potere amministrativo e analogamente non si registra una dogmatica o una teorizzazione propria del provvedimento amministrativo³³.

Operata questa sintetica, ma necessaria, premessa sullo stato dell'arte del diritto amministrativo in Cina, è opportuno concentrare l'analisi sulla legislazione in materia di appalti, per poi indagare le modalità di contrasto adottate per far fronte al verificarsi di eventi corruttivi.

L'analisi si concentra esclusivamente sulla corruzione emersa nella Repubblica Popolare Cinese in seguito al processo di liberalizzazione delle attività produttive e tralascia la c.d. corruzione endemica, di cui era permeata la burocrazia celeste nel 1300, oggetto di autorevole e autonoma trattazione³⁴.

3.2. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche in Cina

L'origine di un sistema di affidamento dei contratti pubblici in Cina è connessa in maniera inscindibile alle riforme tese all'instaurazione di un mercato libero (market-oriented reform), adottate dal 1978.

Il primo modello embrionale di esternalizzazione dei servizi, mutuato integralmente dalle contemporanee esperienze europee, era adottato dal Governo Municipale di Shanghai nel 1995, attraverso un rinvio esterno della disciplina alle World Bank guidelines for procurement³⁵, ma era pressoché assente una disciplina organica e sistematica.

La prima disciplina dotata di autarchia, seppur limitata a una sola regione, era la Shenzhen Regulations on Government Procurement³⁶, una sorta di laboratorio

³² Sul tema, cfr. F.R. Antonelli, *La legge sulla legislazione ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, in *Mondo Cinese*, 2004, 23 ss.

³³ D. Pappano, *L'emersione*, cit., 736, la legge provvede a operare una precisazione, attraverso la puntuale individuazione espressa degli atti amministrativi che - come tali - sono impugnabili, escludendo quindi tutti gli altri atti che non lo sono, ancorché lesivi.

³⁴ Cfr. S. Cassese, *Maladministration*, cit., 244, la c.d. burocrazia celeste era permeata da una corruzione endemica. Gli studi di Wang Huizu, redatti attraverso l'opera *Opinioni sull'apprendistato dell'amministrazione*, rilevavano che il funzionario cinese, in mancanza di ogni controllo dal basso nell'esercizio delle sue funzioni, recuperava a spese della società ciò che lo Stato gli rifiutava. Tuttavia, si rileva che ai pubblici ufficiali, in quanto guardiani del pubblico interesse, era istillato un senso dello Stato, fin dal loro periodo di apprendistato, per assicurare un livello adeguato di coscienza sociale e di responsabilità durante lo svolgimento delle loro mansioni. In tal senso, cfr. K. Dong, H. Yang e X. Wang, *Public service ethics and anticorruption efforts in Mainland China*, in E.M. Berman, M.J. Moon e H. Choi (cur.), *Public Administration in East Asia*, New York, 2010, 96.

³⁵ Per una disamina dell'evoluzione della legislazione in tema di contratti pubblici, cfr. Q. Kong, *China and the World Trade*, cit., 185.

³⁶ Sul tema, si v. I. Liefner e Y.D. Wei, *Innovation and Regional Development in China*, New York, 2014; C. Edquist, N.S. Vonortas, J.M. Zabala-Iturriagoitia e J. Edler, *Public Procurement for Innovation*, Cheltenham, 2014, 208 ss.; A. Georgopoulos, B.M. Hoekman e P.M. Mavroidis, *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, Oxford, 2017, 27 ss.

giuridico sul tema, adottata nel 1998, la quale tuttavia presentava diverse aporie e lacune.

Il primo passo verso l'uniformità legislativa sul territorio nazionale era compiuto con la promulgazione del Ministry of Finance Provisional Rules, nell'aprile del 1999, per cercare di avviare il sistema dei contratti pubblici verso la centralizzazione degli acquisti.

Tuttavia è solo dal 2007 - anno in cui la Cina ha adottato per la prima volta una legge anti-monopolio (LAM) - che l'intero apparato di affidamento dei contratti pubblici ha compiuto un passo storico verso un sistema di mercato concorrenziale³⁷; tale novella rappresenta per l'intero mercato nazionale un'occasione per sviluppare una nuova cultura concorrenziale, per adeguare il mercato interno agli standard internazionali, preservando però una propria identità, nel rispetto della peculiarità del sistema nazionale.

Secondo un'impostazione, estremamente accreditata presso gli studiosi cinesi, è proprio a partire dall'entrata in vigore della legge anti-monopolio che la Repubblica Popolare Cinese ha iniziato a sviluppare una politica anti-corruzione³⁸.

Questa teoria si fonda sul presupposto secondo il quale la corruzione può svilupparsi solo in liberi mercati, nei quali la concorrenza è tutelata quale valore primario dallo stesso potere pubblico³⁹.

³⁷ Sul tema, in senso ampio, cfr. M. Guglielmino, *Gli ultimi saranno i primi? La nuova legge cinese sulla concorrenza*, in *Mercato conc. reg.*, 2009, 401 ss., "l'adozione di una legge anti-monopolio rappresenta per la Cina un importante momento storico in quanto segna l'apertura del più grande paese ad eredità post-comunista al mercato mondiale e, contemporaneamente, la creazione di una politica e cultura concorrenziale con ambizioni di effettività. La Cina sta vivendo un momento storico molto importante: la sua apertura verso il mercato globale si riflette nel processo di modernizzazione che ha portato il paese, in pochi decenni, dall'avvio delle riforme ad una profonda evoluzione in importanti aspetti della società, dell'economia e del proprio apparato giuridico. La nuova legge anti-monopolio è certamente sofisticata, in quanto raccoglie le esperienze europea e statunitense; soprattutto, tenendo conto delle caratteristiche peculiari del sistema economico cinese, è pensata e scritta per difendere il diritto di tutti gli imprenditori cinesi alle opportunità offerte dal continuo sviluppo economico e, infine, per eliminare una dispersione normativa". I principali obiettivi della legge sono la prevenzione di condotte monopolistiche, la salvaguardia del corretto svolgimento della concorrenza, la protezione dell'interesse dei consumatori e la promozione del sano sviluppo dell'economia socialista di mercato, attraverso l'armonizzazione dei principi di libera concorrenza. Sul tema della tutela della concorrenza in Cina si registra l'esistenza un'ampia letteratura internazionale, per tutti, cfr. Q. Wu, *Competition laws, globalization and legal pluralism: China's experience*, s.l., 2014; M. Williams, *Competition policy and law in China, Hong Kong and Taiwan*, Cambridge, 2005; G. Ying, *Commercial and economic law in China*, London, 2011; H.S. Harris, *Anti-monopoly law and practice in China*, Oxford, 2011; Sha. Li, Shu. Li e W. Zhang, *The road to capitalism. Competition and institutional change in China*, in 28 *Journal of Comparative Economics*, 269-292, (2000).

³⁸ Cfr. T. Gong e N. Zhou, *Corruption under the structural outlook of market competition: public procurement in China*, draft di una relazione tenuta presso la Fudan University di Shanghai, nel marzo del 2013. Sul tema, cfr. G. White, *Corruption and the transition from socialism in China*, in M. Levi e D. Nelken (cur.), *The corruption of politics and the politics of corruption*, Oxford, 1996.

³⁹ In tal senso, cfr. A. Alberto e R. Di Lella, *National champions under corruption: some unpleasant interventionist arithmetic*, in 107 *Economic Journal*, 1023-1042 (1997); I. Iwasaki e T. Suzuki, *The determinants of corruption in transition economies*, in *Economics Letters*, 2012, 54 ss.; F. Giavazzi e G. Tabellini, *Economic and political liberalizations*, in 107 *Journal of Monetary Economics*, 1297-1330, (2005); H.-J. Chang, *Cattivi samaritani: Il mito del libero mercato e l'economia mondiale (trad. it.)*, Milano, 2014, "la deregulation dell'economia e l'introduzione del libero mercato nella

Tuttavia, tale assunto illustra in maniera troppo approssimativa la relazione che intercorre tra l'istituzione di un libero mercato e il propagarsi della corruzione, che appare più complessa, specie se analizzata nel contesto economico-giuridico della Cina degli ultimi trenta anni⁴⁰.

Le riforme adottate, dirette alla liberalizzazione delle attività produttive, hanno generato una crescita economica abnorme, che il mercato non era pronto ad assorbire, in quanto assuefatto a decenni di centralizzazione burocratica degli affari.

In questa nicchia, di cui il libero mercato non ha saputo impadronirsi, si sono annidati i primi eventi di corruzione, legati esclusivamente alla nuova economia liberale, che il governo ha inizialmente sottovalutato, definendo tali condotte “small-scale unhealthy tendencies⁴¹”.

E' necessario premettere che nel sistema cinese coesistono due differenti sistemi normativi per l'affidamento di commesse pubbliche⁴². In primo luogo, viene in rilievo la Legge sugli Appalti Governativi, che si applica ai contratti stipulati dai ministeri, enti pubblici e università, per l'acquisto di beni e servizi. In secondo luogo, la Legge sulla richiesta di presentazione di offerte si applica ai contratti per l'affidamento di lavori da parte di tutti gli altri apparati governativi, nonché alle procedure di selezione del contraente da parte delle imprese statali, tema che sarà oggetto di analisi⁴³.

In questo articolato contesto di sviluppo economico, la legislazione in materia di appalti pubblici si è dovuta adeguare alle mutate circostanze finanziarie, attraverso l'elaborazione del Regolamento di attuazione della Legge sulla richiesta e presentazione di offerte, entrato in vigore nel 2012⁴⁴, che integra la relativa legge del 1999, in quanto i grandi progetti infrastrutturali che caratterizzano il recente sviluppo

gestione pubblica non hanno portato a una diminuzione della corruzione, ma a un suo aumento”.

⁴⁰ Sulle riforme legate alla crescita economica della Cina, per tutti, cfr. M. Dutta e Z. Zhongli, *China's economic reform, 1978-1988*, Beijing, 1991; C. Sheng Yang, *China economic reform 1978-1994: trade and investment focus*, s.l., 1996; G.C. Chow, *Economic reform and growth in China*, in *5 Annals of economics and finance*, 127-152, (2004); S. Bao, C.H. Chang, J.D. Scott e W.T. Woo, *Geographic factors and China's regional development under market reforms 1978-1988*, in *13 China Economic Review*, 89-111, (2002); R. Pomfret, *Growth and transition: why has China's performance so different?*, in *25 Journal of Comparative Economics*, 422-440, (1997); T. Zhangab e H. Zouab, *Fiscal decentralization, public spending, and economic growth in China*, in *67 Journal of Public Economics*, 221-240, (1998).

⁴¹ J.T. Myers, *China: modernization and unhealthy tendencies*, in *Comparative Politics*, 1989, 193.

⁴² Sul tema degli appalti pubblici in Cina, cfr. F. Cao, *From tendering law to public procurement law*, in S. Arrowsmith (cur.), *Public procurement: the continuing revolution*, London, 2003; J. Tian, *Public procurement in China: the way forward*, in *10 Public Procurement Law Review*, 207-215, (2001).

⁴³ Sul tema, cfr. R. Guidolin, *Gli appalti pubblici in Cina*, in questa *Rivista*, 2014, 1556 ss., “la Legge sugli Appalti Governativi, entrata in vigore il 1° gennaio 2003, si applica alla attività di affidamento di contratti, forniture e servizi con fondi pubblici poste in essere dai ministeri e pubbliche organizzazioni a tutti i livelli. Alla Legge sugli Appalti Governativi si accompagnano tre regolamenti attuativi, emanati dal Ministero delle Finanze: il Regolamento sulla gestione delle gare, il Regolamento sulla pubblicità e il Regolamento sui ricorsi.” Il Regolamento sulla pubblicità assume rilievo peculiare per la tematica analizzata, in quanto disciplina il contenuto, la tempistica e i mezzi di informazione da utilizzare per rendere pubblici i principali provvedimenti emessi nell'ambito del procedimento concorsuale.

⁴⁴ Cfr. Z. Tao, X. Zhao e G. Li, *China Steps up Regulation on public bidding Activities*, in www.kingandwood.com, 2012.

economico cinese sono realizzati da società formalmente di diritto privato, ancorché controllate dallo Stato.

La puntuale definizione dell'ambito di applicazione delle due leggi non è agevole perché per certi aspetti le normative si sovrappongono, né il Regolamento emanato nel 2012 ha fornito risposte chiare in tal senso.

Tuttavia, è opportuno precisare che entrambi i sistemi normativi sono caratterizzati da una procedimentalizzazione delle attività di affidamento del singolo contratto, che, a differenza di ciò che accade nel sistema europeo e italiano, non è posta a tutela del mercato e della libera concorrenza, ma è diretta a proteggere l'interesse nazionale e il mercato cinese⁴⁵.

Al di là delle similitudini tra il sistema di affidamento degli appalti di matrice eurounitaria e l'equivalente legge cinese, le differenze principali si riscontrano nel complesso sistema di controllo sull'operato delle stazioni appaltanti e soprattutto – dal punto di vista delle imprese straniere che investono in Cina – nella scarsa efficacia della tutela giurisdizionale. Nello specifico, per le gare regolate dalla Legge sulla richiesta e presentazione di offerte – principalmente bandite per la realizzazione di grandi progetti infrastrutturali – le eventuali controversie non sono suscettibili di ricevere tutela presso le Corti del Popolo, organi fondamentali dell'apparato giurisdizionale cinese⁴⁶.

Operata questa generale premessa sulle modalità di affidamento di commesse pubbliche, è opportuno analizzare, in maniera cronologica, le linee guida predisposte dalla Cina per operare un contrasto ai fenomeni corruttivi.

3.3. Genesi e cause della corruzione nell'odierno assetto istituzionale cinese

L'indagine sulla genesi e le cause dei fenomeni corruttivi costituisce un'articolazione cruciale della ricerca, anche in sede di predisposizione delle misure di contrasto.

In premessa, si registra la mancanza di studi empirici sul tema della corruzione in Cina, poiché gli studiosi applicano le teorie sviluppate nei paesi occidentali a un contesto ontologicamente diverso dal punto di vista del percorso evolutivo del tema⁴⁷. Inoltre, alla generalizzata imponderabilità dei dati sulla corruzione – comune a tutti gli ordinamenti – si aggiunge la mancanza di studi empirici o scientifici, che rende

⁴⁵ E' emblematico, a tal proposito, l'articolo 10 della Legge sugli Appalti Governativi, che codifica il principio secondo il quale gli enti governativi cinesi devono acquistare prodotti nazionali e affidare gli appalti a imprese nazionali, fatte salve le situazioni eccezionali indicate dalla legge.

⁴⁶ Sul tema, si consenta di rinviare a M. Mazza, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Milano, 2011; A. Diurni, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Milano, 2008, 118 ss.

⁴⁷ J. Li, *Corruption and anti-corruption: economic analysis to a political phenomenon*, in *8 Heaven and Earth for Business Ethics*, 194, (2009), "a major drawback is that mainstream Western theories are often developed out of assumption about realities that operate quite differently from China".

ardua la maturazione di una consapevolezza degli effetti del tema sulle condizioni economico-istituzionali⁴⁸.

E' opportuno precisare che esistono due declinazioni della corruzione in Cina, conseguenza di una costruzione teorica molto autorevole⁴⁹; una corruzione di tipo statale, legata al governo centrale, e una legata alle singole realtà locali.

Inoltre, in relazione alla declinazione locale del fenomeno, la dottrina cinese ha operato un'ulteriore distinzione, attraverso l'individuazione di due modelli distinti; uno schema di tipo discendente (top-down pattern) e uno di tipo ascendente (bottom-up pattern).

Il primo modello di analisi, utilizzato per le regioni più remote e lontane dalla capitale, è legato a una corruzione che involge le alte cariche del governo locale, definita "office-for-sale practice".

Tali regioni, in genere sottosviluppate, sono destinatarie di aiuti statali, gestiti da una pleora ristretta di pubblici funzionari, spesso titolari di incarichi sine die, i quali, in mancanza del previgente sistema di controlli amministrativi, vigente fino al 1978, distruggono i fondi erogati dalla loro naturale destinazione, per riservarli a usi privati⁵⁰.

Il forte grado di autonomia di queste regioni - legato talvolta alla remota posizione geografica - e l'assenza totale di rotazione del personale presso i pubblici uffici generano una corruzione nelle alte sfere dell'amministrazione, con ripercussioni sull'intero assetto organizzativo.

Il secondo modello di corruzione, di tipo ascendente, è diffuso in regioni sviluppate, nelle quali sono presenti lobbies dotate di una vis finanziaria e organizzativa, tale da influenzare le scelte pubbliche.

I due modelli delineati dimostrano che lo sviluppo dei fenomeni corruttivi in Cina, dal 1978 in poi, è legato principalmente a un'inadeguatezza dell'amministrazione locale nel gestire un grado di autonomia così elevato, conseguenza del superamento del previgente sistema dei c.d. controlli amministrativi diretti⁵¹.

In un contesto istituzionale, complesso e variegato come quello cinese, appare arduo rintracciare e isolare i fattori che hanno contribuito a favorire la corruzione; tuttavia, la dottrina ha individuato, senza pretesa di esaustività sul tema, tre ragioni caratterizzanti, capaci di rivelare l'essenza stessa del problema nel tessuto amministrativo della Repubblica Popolare Cinese.

⁴⁸ Cfr. O. Yu, *Corruption in China's economic reform: a review of recent observations and explanations*, in 50 *Crime, Law and Social Change*, 161-176, (2008).

⁴⁹ La ripartizione è stata elaborata da diversi studiosi, per tutti, si v. J. Kwong, *The political economy of corruption in China*, London-New York, 2015.

⁵⁰ Per tutti, si può citare il caso della regione autonoma di Guangxi, i cui fondi stanziati per il trasporto pubblico, non sono mai stati utilizzati per alcuna spesa di interesse pubblico. Si v. Y. Sun, *Corruption and market in contemporary China*, Cornell (New York), 2004, 121 ss.; C.S. Fan e I.H. Grossman, *Incentives and corruption in chinese economic reform*, in 4 *Journal of Policy Reform*, 195-206, (2011). In una prospettiva legata al rapporto tra corruzione e riforme nella Cina rurale, cfr. K. O'Brien, *Implementing political reform in China's village*, in 32 *Australian Journal of Chinese Affairs*, 33-59, (1994).

⁵¹ Sul tema dei controlli diretti, cfr. O. Blanchard e A. Shleifer, *Federalism with and without centralization. China versus Russia*, Harvard, 2000.

Una prima causa è da rintracciare nella sostanziale coesistenza di un duplice sistema di mercato, durante il lungo periodo che ha condotto la Cina a istituire un'economia di mercato di matrice socialista⁵². La presenza simultanea - dal 1978 al 1992, anno in cui l'istituzione di un'economia socialista⁵³ era ufficializzata durante il Congresso nazionale del partito - di un'economia pianificata e un'economia di mercato ha contribuito a favorire l'emersione di eventi corruttivi⁵⁴.

Dal 1978, la nuova politica economica ha incentivato lo sviluppo e la genesi di imprese non controllate dal governo, fino a quel momento inesistenti, dotate di un'autonomia decisionale e di bilancio estranea al tessuto economico e organizzativo; tale autonomia in assenza della tradizionale regia statale è degenerata in comportamenti illeciti.

La coesistenza di due sistemi di mercato si rifletteva nella convivenza di un duplice sistema di prezzi (dual price system), con la conseguenza che, in sede di predisposizione dei fabbisogni, la differenza tra il prezzo di mercato e il prezzo pianificato diventava un profitto illecito, da suddividere tra l'impresa e il pubblico funzionario connivente.

La seconda causa risiede nell'allargamento della base sociale destinataria della ripartizione del reddito nazionale e di conseguenza dei potenziali corruttori⁵⁵.

La terza causa risiede in una generalizzata debolezza e impreparazione del sistema legislativo cinese nella pianificazione e nell'attuazione di misure di contrasto, legato anche al superamento del sistema dei controlli diretti, divenuti poco efficaci in un sistema di libero mercato⁵⁶. Inoltre, come si rileva dal discorso pronunciato da Zhao Ziyang nel 1989, il tema della corruzione non aveva rilievo primario nell'agenda politica, in quanto "fattore inevitabile nello sviluppo di un mercato, poiché le misure anticorruzione possono ostacolare le riforme e l'elaborazione di politiche di apertura⁵⁷".

⁵² Per un'analisi delle cause strutturali della corruzione durante il periodo di riforma, cfr. X. Lu, *Cadre and corruption: the institutional involution of the chinese communist party*, Palo Alto, 2000.

⁵³ Sul tema, si v. G. Rozman, *The Chinese Debate about Soviet Socialism, 1978-1985*, Princeton, 2014, 15 ss.; G.C. Chow, *Understanding China's Economy*, Princeton, 1994, 137 ss.

⁵⁴ Z. He, *Corruption and anti-corruption in reform China*, in *33 Communist and Post-Communist Studies*, 243-270, (2000), in relazione al propagarsi di eventi corruttivi, è opportuno suddividere il periodo che intercorre dal 1978 al 1992 in tre fasi distinte. In una prima fase, che si colloca all'inizio degli anni '80, l'esistenza parallela di un'economia di mercato e di un'allocatione pianificata delle risorse e dei beni aveva generato eventi di corruzione legati all'incertezza nell'individuazione dei prezzi di beni e servizi. In una seconda fase, nella seconda metà degli anni '80 - culminata nello scandalo che colpì la Cina nel 1989 - i fenomeni di corruzione erano legati alla costituzione di società satellite, il cui unico fine era l'alterazione degli equilibri di mercato, al fine di ricavare un profitto illecito. La terza fase coinvolgeva l'intero assetto istituzionale (banche, pubbliche amministrazioni) e si configurava in relazione a una destinazione distorta o alterata delle risorse pubbliche. Per un'analisi empirica delle conseguenze della corruzione durante il periodo di transizione, cfr. Y. Guo, *Corruption in transitional China: an empirical analysis*, in *194 The China Quarterly*, 349-364, (2008); P.P. Li, *The duality of crony corruption in economic transition: toward an integrated framework*, in *81 Journal of Business Ethics*, 41-55 (2009).

⁵⁵ Sul tema, cfr. H. Hu, *Three strategies of anti-corruption*, in *15 Comparative Economic and Social System*, 20-44, (1989).

⁵⁶ Si v. L. Zhoulai, *An economic analysis of corruption*, in *Tian Ya*, 2000, 31 ss.

⁵⁷ G. Wu e H. Lansdowne, *Zhao Ziyang and China's Political Future*, New York, 2008, 101 ss.

Tale considerazione era legata al dato secondo cui lo sviluppo economico locale dipendeva dalla destinazione di sussidi e prestiti statali, erogati da agenzie del governo decentrate sul territorio e pertanto suscettibili di subire pressioni di matrice corruttiva.

Tuttavia, tale convinzione può essere sconfessata attraverso una tesi da scomporre in tre argomentazioni.

In primo luogo, i sussidi ottenuti erano spesso destinati illecitamente a fondi fiduciari presso banche straniere e difficilmente erano investiti in attività di interesse pubblico sul territorio⁵⁸.

In secondo luogo, la corruzione alterava gli equilibri di un mercato libero nella sua fase embrionale, con conseguenti riduzioni di efficienza per l'ottimale allocazione di beni e servizi. Le eventuali conseguenze positive della corruzione erano recessive rispetto al generale detrimento arrecato al mercato da tali pratiche.

In terzo luogo, la diffusione di pratiche corruttive dissuadeva investimenti stranieri e influenzava negativamente le scelte degli operatori economici interni.

La tardiva consapevolezza assunta riguardo alla gravità della corruzione nel sistema economico cinese ha avuto riflessi sulle relative campagne di contrasto, spesso condotte, con scarsa lungimiranza, solo attraverso azioni di matrice repressiva⁵⁹.

3.4. Etica pubblica e misure anticorruzione nella Repubblica Popolare Cinese

L'articolato sistema di contrasto ai fenomeni corruttivi predisposto dal segretario generale del partito Xi Jinping nel 2012 ha consentito all'intero assetto istituzionale di superare una crisi di legittimazione democratica⁶⁰, determinata anche da un aumento della corruzione percepita da parte della popolazione⁶¹.

Nella letteratura giuridica cinese è possibile rintracciare un interesse episodico al tema della corruzione e alle relative misure di contrasto e ciò è determinato da diverse ragioni.

Fino agli inizi del ventesimo secolo la Cina era un impero feudale, governato da funzionari educati a una filosofia politica di matrice confuciana, secondo la quale ogni pubblico agente possedeva, come innata e primaria caratteristica, una profonda apprensione per il benessere del popolo e della collettività.

⁵⁸ Sul tema della destinazione alterata dei sussidi statali, cfr. Z. Han, *Report on the work of Supreme People's Procuratorate of PRC*, Beijing, 1999.

⁵⁹ Sul tema, cfr. Y. Pan, *The Anti-corruption Campaign and Catering Industry in China*, Beijing, 2016; C. Wu, *Regulating Government Ethics: An Underused Weapon in China's Anti-corruption Campaign*, Cambridge, 2016; E. Economy, *The risk of China's anti-corruption campaign*, in *The Atlantic* (www.theatlantic.com), 2013; M. Manion, *Taking China's anticorruption campaign seriously*, in *4 Economic and political studies*, 3-18, (2016).

⁶⁰ Sul tema, si v. M. Pei, *China's crony capitalism: the dynamics of regime decay*, Harvard, 2016; H. Fu, *Wielding the sword: President's Xi's anti-corruption campaign*, in S. Rose-Ackerman e P. Laguenes (cur.), *Greed, Corruption and the Modern State: Essays in Political Economy*, Cheltenham, 2015, 134 ss.

⁶¹ Si v. Q. Liu e Z. Mi, *Income inequality, fiscal redistribution, and governmental corruption: evidence from Chinese provincial data*, in *48 The Journal of Developing Areas*, 119-137, (2014).

Tale filosofia politica era radicata sugli assunti del buon governo (ren zheng) e del ruolo della virtù del pubblico funzionario (de zhi), che doveva essere in grado di autodisciplinarsi.

Inoltre, il concetto di corruzione, inteso quale utilizzo alterato di beni pubblici per fini privati, sfumava dinanzi alla nozione di jiatianxia⁶², secondo la quale “tutto sotto il paradiso è di proprietà dell'impero”. Da tale radicata concezione derivava l'impossibilità di delimitare il confine tra la sfera pubblica e quella privata e sostanzialmente risultava inattuale analizzare la corruzione e i relativi rimedi.

La prima campagna anticorruzione della storia cinese era condotta durante l'era della dinastia Tang, nel 648 d.C., con un'azione di contrasto che interessava, quali indagati, oltre mille funzionari pubblici⁶³.

In seguito, nel 1393, durante la reggenza della dinastia Ming, era condotta la più cruenta campagna anticorruzione della storia della Cina, in termini di severità delle pene comminate⁶⁴. In termini organizzativi e preventivi, era prevista per la prima volta una figura di raccordo tra l'impero e i funzionari pubblici al fine di incentivare la pratica di denunciare e disvelare l'esistenza di eventi corruttivi.

I primi riferimenti all'etica pubblica si rinvencono nelle prime leggi sul sistema amministrativo, emanate sotto la dinastia Qin, improntate anch'esse ai valori del confucianesimo, in virtù dei quali l'impero era supremo e superiore a qualsiasi tipo di vincolo legislativo.

Dopo la fondazione della Repubblica Popolare Cinese, ai principi del confucianesimo si affiancavano quelli dell'ideologia marxista⁶⁵, dando vita a una nuova concezione di etica pubblica, intesa quale valore da perseguire in sé, pertanto svincolato dal concetto di corruzione.

L'intero corpo dei funzionari pubblici era sotto il controllo del partito comunista e la garanzia della ricerca del benessere collettivo era assicurata dai principi dello stesso partito, in quanto “at all times the party gives top priority to the interest of the people, shares weal and woe with them and keeps in closest contact with them, and it does not allow any member to become divorced from the masses or place himself above them”, in quella che è stata pragmaticamente definita “an ethical utopia⁶⁶”.

Lo stato - e quindi il partito - monopolizzava tutte le risorse economiche e sociali e, un sistema così delineato, estremamente partito-centrico, era ontologicamente incompatibile con la moderna nozione di corruzione.

⁶² T.Y. Chao, X. Xhong e L. Kebin, *Culture and social transformations in reform era China*, Boston, 2010, 108, “Namely, under the jiatianxia system, it is impossible to differentiate the public and the private, because the so-called ‘public’ is in the end just the private of the imperial family”; D. Liu, *Metaphor, Culture, and Worldview: The Case of American English and the Chinese Language*, New York, 2002, 131, “jiatianxia means family land under heaven”. Sul tema, si v. anche Q. Zhu, *Reorientation and prospect of China’s combat against corruption*, in 49 *Crime, Law and Social Change*, 81-95, (2008).

⁶³ Si v. Z. Yuyang e G. Jie, *A record of State governing under Tang Taizong: discussing how the Tang dynasty opposed corruption*, in 11 *The China Youth Daily*, 4-15, (2014).

⁶⁴ Cfr. Z. Zhiguang, *Anticorruption in Chinese History*, in 11 *Shanghai Guancha*, 34-50, (2014).

⁶⁵ Sul tema, in senso più approfondito, cfr. Q. Xie, *An analysis of China’s government structure*, Beijing, 1995; S. Aufrecht e S.B. Li, *Reform with Chinese characteristics: the context of Chinese civil service reform*, in 55 *Public Administration Review*, 175-182, (1995).

⁶⁶ K. Dong, H. Yang e X. Wang, *Public service ethics*, cit., 100.

In altri termini, i funzionari pubblici erano deresponsabilizzati, poiché meri esecutori degli ordini dei governatori, sui quali gravava l'intero obbligo morale di buon governo. La trasparenza e l'imparzialità erano valori recessivi rispetto alla necessità di emanare ordini, unico sistema per preservare l'assetto sociale.

Le disposizioni ricevute dai funzionari erano considerate alla stregua di ordini di matrice religiosa (the mentality of officialdom worship⁶⁷) e non residuava spazio alcuno per l'autodeterminazione del soggetto, circostanza che escludeva - o semplicemente celava - eventuali fenomeni corruttivi.

Fino all'inizio degli anni '80, il partito definiva le linee di crescita delle singole regioni del paese, determinando squilibri di mercato, attraverso manovre estremamente invasive, all'interno delle quali la libertà di scelta per le imprese e i privati era notevolmente dimidiata⁶⁸.

Tale elaborazione dell'etica pubblica è rimasta sostanzialmente invariata fino al 1978, anno in cui la Cina ha adottato per la prima volta una politica di "reform and opening", con l'avvento di piattaforme apposite per lo scambio di informazioni con l'estero e una nuova concezione di mercato globale. In questo rinnovato contesto commerciale e sociale, i valori tradizionali risultavano obsoleti, ed era necessario introdurre una diversa nozione di etica pubblica, per fronteggiare i pericoli che derivano da questo nuovo assetto istituzionale.

I primi studi organici sulla corruzione in Cina, estremamente recenti, accolgono la tripartizione del concetto di corruzione, condivisa da quasi tutte le analisi di settore, che prevede una scomposizione della corruzione in black corruption, grey corruption o unhealthy practises e white corruption⁶⁹.

⁶⁷ Sul tema, cfr. X. Dong, *On the reform of the system of party and state leadership*, Beijing, 1980, 181, "with Chinese society's mentality of officialdom worship, it is rather difficult for government officials to forge conscientiousness and responsibility to serve the public".

⁶⁸ Cfr. X. Deng, *There is no fundamental contradiction between socialism and a market economy* (vol. 3), in D. Xiaoping (cur.), *Selected works of Deng Xiaoping*, Beijing, 1993.

⁶⁹ H. Zengke, *Corruption and anti-corruption in reform China*, in *33 Communist and Post-Communist Studies*, 243-270, (2000), "Heidenheimer's three-category classifications system provides a useful framework for understanding both the Chinese categories and the areas of consensus and lack of consensus. Heidenheimer's framework includes three categories. Black corruption: the corrupt practices in this category, include graft, bribe, fraud, embezzlement, extortion, smuggling, tax evasion, etc. They constitute an important part of 'economic crimes'. Because they are obviously illegal and the main purpose of those involved in these practice is to increase their personal wealth, government officials and the public generally agree that such practices are corrupt. Grey corruption: the key characteristics of this category, which embraces more and more practices includes leaders of public institutions using their institutional power to increase the revenue of their institutions and improve the welfare of their staffs through various legal, semi-legal and illegal ways. Such practices include public institutions making profit by engaging in business activities. Grey corruption includes also 'unhealthy practices' as the extravagance and waste, spending public money to support luxurious work conditions and/or life style of senior officials. Such extravagance and waste is manifested in such aspects as expensive entertainment, costly foreign cars for senior officials, opulent and tastefully furnished office buildings, domestic or foreign travel in the name of official business, and so on. Such 'unhealthy tendencies' and the associated corruption, both significantly increasing the cost to the public, have led to a significant public outcry. This has led the Chinese authorities make efforts to stop these practices. However they have met strong resistance from these public institutions which, in turn, justify their practices in terms of the purpose of their practice, the legitimacy of their institutional power and the work requirement. White corruption constitutes a kind of 'common practice' of social life. They include the nepotism and favouritism in the personnel recruitment and promotion, bending the law in favour of relatives and friends in law

Tale impostazione, che consente di focalizzare l'attenzione sui comportamenti più lesivi, è adottata dagli studiosi, ma non è condivisa dalle autorità di settore, che valuta anche gli eventi di white corruption quali fatti di corruzione pura, senza operare una gradazione di pericolosità tra le diverse condotte.

Nel 2006, con l'emanazione della Resolution on major issues regarding the building of a harmonious socialist society, ad opera del partito comunista, l'etica pubblica ha iniziato a ricoprire un ruolo fondamentale, teso a bilanciare gli squilibri istituzionali legati alle nuove dinamiche di mercato.

In tal modo, si è delineato un sistema nel quale la corruzione deve essere combattuta attraverso la prevenzione, rappresentata dall'implementazione dell'etica pubblica, il cui rispetto deve essere garantito attraverso due elementi distinti, la legge nazionale e la disciplina di partito⁷⁰.

E' necessario premettere che - a fronte di tante proposte legislative sul tema, definito una key task⁷¹ per lo sviluppo economico cinese - in Cina non esiste una legge amministrativa anticorruzione specifica e uniforme⁷², ma le disposizioni sono disseminate in una serie di leggi e testi di partito, i cui tratti salienti sono di seguito analizzati.

Per apprezzare quanto sia centrale il tema analizzato nel dibattito istituzionale della Cina odierna, è sufficiente leggere il discorso pronunciato del segretario generale del partito, Xi Jinping, in occasione del congresso nazionale del 2012, secondo il quale la lotta alla corruzione è una "life-and-death battle", che il partito non può rischiare di perdere⁷³.

Dal punto di vista delle leggi nazionali, è opportuno menzionare la Supervision law of the People's congress⁷⁴, emanata nel 1986 e modificata nel 2006, in forza della

enforcement and preferential treatment in resource-allocations for relatives and friends. They are characterized by preferential treatment by officials of relatives, friends, and fellow villager, much of which is, in fact, a way of reciprocating previously received favours. Such practices have penetrated widely into public life, influencing the behaviour of government officials and ordinary citizens, contributing to the operation and existence of networks of personal ties throughout China. Creating and maintaining the networks of personal ties in order to seek and give favourable treatment is accepted by most people, including government officials, as a 'normal' practice when they involved in these practice".

⁷⁰ K. Dong, H. Yang e X. Wang, *Public service ethics*, cit., 105, "the national laws apply to governmental agencies and public officials. CPP discipline are designed for all party organizations and members".

⁷¹ S. Munro, *China*, in N. Barette (cur.), *The anti-bribery and anti-corruption review*, London, 2015, 28, "Corruption has been a key political issue in China in recent years. According to a press release on former President Hu Jintao's speech at the CPC's 90th anniversary in 2011, China's leaders regard corruption as a grave crisis that determines the Party's life and death. Following on from this, China's current President, Xi Jinping, has described fighting corruption as a key task of the CPC and emphasised that anti-corruption enforcement must be conducted 'regularly' and in the long term".

⁷² Gli articoli 389, 390, 391 e 393 del *PRC Criminal Law*, emanato nel 1997 e modificato nel 2015, regolano gli aspetti penali del reato di corruzione. Altro testo di legge che si occupa della corruzione è il *PRC Anti-Unfair Competition Law* del 1993

⁷³ In senso ampio, cfr. M. Pei, *Crucial stage in anti-graft campaign*, in 14 *China Daily*, 8-20, (2014).

⁷⁴ In senso contrario sul ruolo del comitato, cfr. W. Du e L. Mao, *Rub a sword in 20 years: notes on the publications of the supervision law*, in 30 *People's Daily*, 3-18, (2006), secondo cui "members of the congress do not directly oversee the administration, and there is no oversight of the court over the administration".

quale un comitato indipendente (Standing committee of people's congress) ha il dovere di vigilare sull'operato delle amministrazioni, esaminare le singole decisioni ed eventualmente procedere ad ispezioni e audizioni dei pubblici ufficiali. Tale meccanismo di controllo è diretto a garantire un'indipendenza di giudizio - quantomeno nelle intenzioni della legge - in capo ad un comitato titolare di spiccate funzioni di contrasto alla corruzione. Da ultimo, con una riforma intervenuta nel novembre 2017, è previsto un ampliamento del novero di soggetti nei cui confronti si esplica il controllo, tra i quali è opportuno segnalare gli academic researchers e i management team members in state-owned enterprises (SOEs)⁷⁵.

Per altro verso, si registra la Civil Servant Law of PRC, entrata in vigore nel 1995 - con un contenuto propagandistico più che giuridico - secondo la quale i pubblici dipendenti hanno l'obbligo, tra gli altri, di servire il pubblico interesse con onestà e di operare con integrità morale⁷⁶.

Da ultimo, è opportuno menzionare la Administrative supervision law e la Audit Law⁷⁷, due leggi specifiche per la supervisione delle attività poste in essere dalle agenzie amministrative, che conferiscono a specifici comitati indipendenti poteri in ordine al controllo delle transazioni finanziarie poste in essere, in relazione ad eventuali distrazioni di denaro pubblico, e, più in generale, prevedono un meccanismo di ispezione per il regolare svolgimento delle attività svolte.

Per altro verso, la c.d. disciplina di partito è emanata attraverso diversi documenti e risoluzioni, adottati dal corpo centrale del partito, con una disciplina più dettagliata e precisa di quella emanata attraverso le leggi dello Stato⁷⁸.

Tra le diverse risoluzioni, la Standards on the honesty in governance for CPP officials, adottata nel 1997, prevede che i pubblici dipendenti hanno il divieto di ottenere alcun profitto dalle attività svolte durante il proprio ufficio e di concedere benefici a terzi, legati al pubblico ufficiale da un rapporto di parentela o amicizia⁷⁹. La portata del divieto eccede il concetto stesso di corruzione e tende ad essere omnicomprendente di qualsiasi comportamento che orbiti nel satellite della c.d. maladministration.

⁷⁵ Sul tema, si v. Z. Wenhui, *Supervision of power*, in 12 *Beijing Review*, (2018), “*The Supervision Law is a national law on anti-corruption, widening the persons subject to supervision, gathering the scattered supervisory forces and making the supervisory institutions more authoritative*”.

⁷⁶ In senso più ampio sul tema, cfr. C. Dingjian, *China's journey toward the rule of law: legal reform, 1978-2008*, Beijing, 2010; W. Xiaoqi, *China's civil service reform*, Beijing, 2012, 5 ss.; J. Wong, *Interpreting China's development*, Singapore, 2012, 44 ss.; W. Mengkui, *Good governance in China: a way towards social harmony*, New York, 2009.

⁷⁷ In senso più approfondito sul tema, si v. J. Liu, *Study on the auditing system of socialism with chinese characteristics*, Hoboken (New Jersey), 2017; T. Eger, M.G. Faure e N. Zhang, *Economic analysis of law in China*, Cheltenham, 2007, 137 ss.

⁷⁸ Sul tema, si consenta di rinviare all'analisi di J. Zhou, *Will the Communist Party of China be able to win the anticorruption battle?*, in 2(3) *Contemporary Chinese Political Economy and Strategic Relations: An International Journal*, 1007-1049, (2016).

⁷⁹ K. Dong, H. Yang e X. Wang, *Public service ethics*, cit., 107, “*party officials should not use power for personal gain and benefit, such as engaging in profit-making activities, promoting private interests in work, embezzling public or party properties, delivering favoritism in hiring and promotion, seeking benefits for their relatives and friends, and wasting public funds*”.

Da un punto di vista repressivo, la Regulations on disciplinary penalties within the CPP prevede nel dettaglio una serie di azioni e di pene da applicare ai titolari delle violazioni delle singole risoluzioni, con un'attenzione specifica alla tematica della corruzione.

In base ad un'analisi complessiva dei singoli documenti adottati dal partito, si desume chiaramente che lo stesso ha realizzato di non poter condurre una battaglia contro la corruzione transitoria, o comunque basata sul breve periodo; il sistema delle norme anticorruzione deve svilupparsi attraverso una rete istituzionale fitta, che comprenda un impegno continuo nell'istruzione dei cittadini e un'inarrestabile ricerca del perfezionamento delle pratiche di supervisione⁸⁰.

La campagna anticorruzione condotta dal partito è, nelle intenzioni dello stesso, una tappa cruciale verso il c.d. China dream, che deve proseguire senza “deceleration zone” o “rest area⁸¹”.

La rinnovata coscienza in ordine ad una corruzione sistematica e non episodica ha imposto un'istituzionalizzazione delle attività di contrasto, da condurre attraverso un'azione unica, ma multilivello. Tale considerazione è suffragata dal dato secondo il quale in Cina, dal 1998 al 2007, il numero delle disposizioni anticorruzione, legislative e regolamentari, è raddoppiato⁸².

Quale priorità assoluta, è potenziato il compito della legge attraverso l'istituzione di un programma, l'Implementation Outline for Establishing a Corruption Prevention System Based on Education, Institution, Building and Supervising, da attuare attraverso tre operazioni. La prima riguarda la costruzione di una vera e propria cultura etica all'interno del partito e delle istituzioni. Il secondo intervento riguarda il potenziamento del processo legislativo specifico sui temi della corruzione, del regime di trasparenza e della rete di scambio di informazioni tra operatori economici e pubbliche amministrazioni. La terza azione involge meccanismi di controllo e supervisione, per il miglioramento dell'intero processo decisionale di aggiudicazione delle commesse pubbliche⁸³.

Inoltre, è opportuno che i social media siano titolari di un ruolo attivo nella diffusione di pratiche anticorruptive, affinché il c.d. controllo dal basso si trasformi in un modus agendi ordinario⁸⁴. L'incremento delle piattaforme di accesso digitale, presso

⁸⁰ In senso conforme, cfr. J. Han, *Tracing corruption in China from corruption perception index*, in 14 *Southern Weekend*, (2004); A. Hu, *China: fighting against corruption*, Hangzhou, 2001; X. Sun, *Research in public service: an ethics perspective*, in 13 *Teaching and Research*, 27-45, (2006), “anti-corruption efforts began to move away from periodic campaigns to more stable institution building and enhancement, acknowledging that corruption was occurring as the result of the loopholes in the legal and political system”.

⁸¹ T. Shi, *Xi vows to wage enduring anti-corruption campaign in China*, in *Bloomberg Business*, (2015).

⁸² Il dato è riportato da C. Weng e K. Ko, *Structural changes in Chinese corruption*, in 211 *The China Quarterly*, 721, (2012), “reforms took place in the accounting systems, which aimed to firmly enforce the budget laws, and make every department of the central government accountable to their own budget planning, and as a result levels of corruption declined”.

⁸³ Q. Zhu, *Reorientation and prospect*, cit., 86.

⁸⁴ Sul tema, in senso ampio, si v. J.S. Mo, *The role of the media in the present development of rule of law in anti-corruption cases in transitional China*, in 21 *Asia Pacific Law Review*, 223-251, (2013).

i siti istituzionali di diverse pubbliche amministrazioni, ha reso i cittadini cinesi più consapevoli dei problemi legati alle tematiche della trasparenza amministrativa.

Altro fattore chiave, nella lotta alla corruzione, è rappresentato dall'educazione che deve essere impartita ai funzionari pubblici, i quali devono essere obbligati ad apprendere pratiche di buona amministrazione attraverso lo studio di role models, ovvero del comportamento di funzionari del passato che si siano distinti per onestà e trasparenza nell'agire⁸⁵.

Infine, lo studio dei fenomeni corruttivi ha palesato la necessità di operare un decentramento delle sfere di potere, per allargare la base democratica del processo decisionale e separare la funzione politica dalla funzione amministrativa in senso stretto⁸⁶. Analogamente, è opportuno allocare le risorse economiche in maniera equa sul territorio, per evitare che le stesse siano gestite da un'oligarchia di agenti pubblici⁸⁷.

A differenza di ciò che è accaduto nel sistema italiano, nel quale la discrezionalità - considerata inizialmente un fattore autonomo di corruzione - è stata soggetta a un percorso di riabilitazione subordinato a determinati correttivi, la letteratura giuridica cinese è pressoché unanime nel ritenere necessaria una riduzione dei poteri discrezionali, per contrastare i fenomeni corruttivi⁸⁸.

Infine, è opportuno favorire l'accesso di imprese straniere alle procedure ad evidenza pubblica, per ridurre i monopoli statali e attivare un meccanismo virtuoso nella distribuzione delle risorse legate alle procedure di gara⁸⁹.

4. Sezione Seconda. La corruzione in Giappone: l'apoteosi di un paradosso

4.1. Cenni sul diritto amministrativo giapponese e sulle relative modalità di affidamento dei contratti pubblici

La genesi della moderna pubblica amministrazione giapponese risale al periodo Meiji, che coincide con l'avvio della modernizzazione dell'intero assetto istituzionale del paese, tra il 1860 e il 1885⁹⁰.

⁸⁵ Cfr. C. Dai, *Corruption and anti-corruption in China: challenges and countermeasures*, in S. Rothlin e P. Haghirian (cur.), *Dimension of Teaching Business Ethics in Asia*, Heidelberg, 61 ss.

⁸⁶ J.M Ren e Z.Z. Du, *Institutionalized corruption: power overconcentration of the first-in-command China*, in 49 *Crime, Law and Social Change*, 45-59, (2008).

⁸⁷ Cfr. Y. Wu e J. Zhu, *Who pays more tributes to the government? Sectoral corruption of China's private enterprises*, in 61 *Crime, Law and Social Change*, 309-333, (2014).

⁸⁸ Sul tema, per tutti, si v. G.C. Chow, *Corruption and China's economic reform in the early 21st century*, in 116 *International Journal of Business*, 265-280, (2006), il tema è stato analizzato in base all'affidamento dei lavori pubblici eseguiti per lo sviluppo urbano di diverse città cinesi.

⁸⁹ Tale teoria è stata sviluppata in relazione alla corruzione nella sanità pubblica, sul tema si v. W. Tam, *Organizational corruption by public hospitals in China*, in 56 *Crime, Law and Social Change*, 265-289, (2011).

⁹⁰ Sul tema, in senso ampio, cfr. K. Akizuki, *History and context of public administration in Japan*, in E.M. Berman, M.J. Moon e H. Choi (cur.), *Public Administration of East Asia*, New York, 2010, 195 ss., nel 1886 fu istituita l'Università Imperiale di Tokyo con il compito principale di formare giovani funzionari pubblici per la neonata burocrazia giapponese; W. Röhl, *History of Law in Japan since 1868*, Boston, 2005, 627 ss.; T. Ginsburg e A.H.Y. Chen, *Administrative law*

La peculiarità dell'evoluzione legislativa e amministrativa del Giappone risiede nell'assenza di dominazioni straniere, circostanza che si è riflessa nella sostanziale libertà del paese di mutuare modelli istituzionali dai paesi europei, e dalla Germania in particolare⁹¹.

Il modello iniziale di pubblica amministrazione in Giappone era ispirato e caratterizzato da quattro specificità. La fedeltà assoluta dei funzionari nei confronti dell'impero, il rapporto di fiducia diretto tra i funzionari e l'imperatore, l'accesso per meriti alle cariche pubbliche e l'assenza di autorità amministrative indipendenti.

L'attuale organizzazione amministrativa - così come regolata dalla Costituzione del 1946 - è spiccatamente ispirata al decentramento amministrativo, con precisi limiti in tema di tassazione e di federalismo fiscale⁹².

Questo tratto marcato di autonomia si riflette nella legislazione per l'affidamento di contratti pubblici⁹³, regolati dall'Accounts Act (Kaikeihō in giapponese) legge n. 35 del 1947, modificata da ultimo con la legge n. 53 del 2006 e integrata dall' Order Concerning Budget, Auditing, an Accounting (OBBA), editto imperiale n. 67 del 1947. Tale disciplina nel suo complesso contiene le disposizioni di principio minime da seguire, mentre la disciplina di dettaglio è rimessa alle autonomie delle singole agenzie governative, se si tratta di appalti con rilievo nazionale, mentre i contratti pubblici con rilievo locale sono regolati dalla Local Autonomy Law (Chiho Jichihō in giapponese) legge n. 64 del 1947 e dal Local Autonomy Act Enforcement Ordinance, ordinanza governativa n. 16 del 1947.

Le due discipline, totalmente autonome tra loro, prevedono regole del tutto sovrapponibili - con qualche eccezione - analogia che permette una trattazione congiunta.

In premessa, è opportuno rilevare che il valore della concorrenza non è di primaria importanza per il sistema di affidamento dei contratti pubblici in Giappone, poiché sono vigenti diverse disposizioni tese a limitare l'ingresso di operatori economici nel campo dei trasporti pubblici, dell'elettricità e dei media. Tale assunto è confermato dalla sostanziale mancata applicazione delle norme dirette a impedire la formazione di monopoli privati, dal 1947, anno di entrata in vigore del Japanese Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Anti-Monopoly Act), fino alla fine degli anni '80.

Le modalità di scelta del contraente comprendono la open competitive tendering, che rappresenta le modalità tipica per l'affidamento di commesse pubbliche, la

and Governance in Asia: Comparative Perspectives, New York, 2008, 81 ss.; J.C. Campbell, *Bureaucratic primacy: Japanese policy communities in an American perspective*, in 11 *Governance*, 5-18, (1989); L.D. Hays, *Introduction to Japanese politics*, New York, 2005; M. Sakamoto, *Public Administration in Japan: past and present in the higher civil service*, in *Handbook of comparative development public administration*, 1991, 249 ss.

⁹¹ Cfr. K. Mishima, *The politics of political reform in Japan*, Tokyo, 2005.

⁹² Si v. K. Tsuji, *Public administration in Japan*, Tokyo, 1984; H.A. Haroon, *An introduction to public administration*, Plymouth, 2008, 39 ss.; M.S. de Vries e P. Kim, *Value and Virtue in Public Administration: A Comparative Perspective*, London, 2011.

⁹³ Sul tema dei contratti pubblici in Giappone, cfr. S. Kusunoki, *Japan's government procurement regimes for public works: a comparative introduction*, in 32 *Brooklyn Journal of International Law*, 523-552, (2007).

designated competitive tendering e la non-competitive (single-source) tendering, modalità cui si può far ricorso solo al ricorrere di determinate condizioni⁹⁴ o se espressamente previsto dalla legge.

I vigenti criteri di aggiudicazione delle offerte riproducono il modello utilizzato nell'ordinamento italiano prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ossia il price-only method e la comprehensive evaluation method.

Una peculiarità propria del sistema giapponese è la previsione di un maximum estimated price⁹⁵, fissato nel bando di gara, oltre il quale l'offerta è considerata invalida. Tale regola non prevede alcuna eccezione ed è prevista in tutela della finanza pubblica.

Sulla vigente legislazione ha inciso in maniera significativa l' Act for Promoting Quality Assurance in Public Works, pubblicato nel 2005, all'esito di uno studio biennale - Study Concerning Public Procurement and Competition Policy - curato dalla Japanese Fair Trade Commission (JFTC).

Le novità principali introdotte da tale documento - ispirate a un generale potenziamento del welfare pubblico e alla tutela dell'economia nazionale - riguardano la fissazione di standard qualitativi minimi per l'esecuzione dei lavori pubblici, un'allocazione ottimale dei rischi in capo ai vari soggetti aggiudicatari e la previsione di un meccanismo di controllo finale dell'esecuzione dell'appalto.

4.2. Public Service Ethics nella legislazione amministrativa giapponese

Il Giappone è comunemente considerato un "corrupt-free haven"; tale dato è tuttavia alterato dalla sostanziale direzione monopartitica del paese ad opera del Liberal Democratic Party ⁹⁶(LDP).

Oltre le tipiche condotte che integrano eventi di corruzione, in Giappone si rileva l'esistenza di una pratica diffusa, l'"amakudari", tradotta in inglese come "descent from heaven". In forza di tale condotta, i pubblici funzionari, soprattutto di rango elevato, dopo aver rassegnato le dimissioni dal pubblico impiego, sono assunti da aziende private, le quali possono così usufruire di informazioni privilegiate o possono avvalersi

⁹⁴ Il ricorso alla *designated competitive tendering* è subordinato al verificarsi di determinate condizioni, disciplinate dal *Order Concerning Budget, Auditing, an Accounting*. Qualora il ricorso alla procedura aperta si riveli non necessario, o per la natura del contratto, o per il limitato numero di operatori economici potenzialmente abilitati a partecipare alla stessa; qualora, per la natura del contratto il ricorso alla procedura aperta possa risultare svantaggioso e arrecare danni derivanti dai tempi di espletamento della gara; qualora il valore complessivo dell'appalto sia inferiore alla soglia economica stabilita annualmente dal governo. Il ricorso alla *non competitive tendering* può avvenire qualora la natura e lo scopo del contratto rendano impossibile l'espletamento di una procedura aperta o qualora lo stato di necessità e di urgenza renda necessaria una celere esecuzione dei lavori, incompatibile con le tempistiche di gara.

⁹⁵ Il calcolo per l'ammontare del *maximum estimated price* è svolto in considerazione di diversi fattori, quali le condizioni del mercato al momento della gara, il grado di difficoltà e il tempo minimo necessario per l'esecuzione dei lavori.

⁹⁶ Sul tema, cfr. R.W. Bowen e J.J. Kassiola, *Japan's dysfunctional democracy*, s.l., 2016. Per un primo approccio con il tema della corruzione in Giappone, si v. J.W. Choi, *Governance structure and administrative corruption in Japan: an organizational network approach*, in *67 Public Administration Review*, 930-942, (2007).

di un canale preferenziale per intrattenere rapporti con le amministrazioni pubbliche⁹⁷; inoltre, la diffusione di tale pratica è aggravata dal pensionamento anticipato dei funzionari pubblici, entrati in servizio (*rectius* assunti) già con la qualifica più elevata⁹⁸.

Tale circostanza ha ingenerato sospetti e ha minato la fiducia di investitori nazionali e stranieri in ordine al corretto svolgimento di gare pubbliche, poiché le imprese che si avvalgono di informazioni privilegiate alterano il regolare meccanismo di affidamento dei contratti pubblici.

La tradizione delle misure di contrasto ai fenomeni corruttivi in Giappone risale al 645, anno in cui era promulgata la prima disposizione che stigmatizzava la corruzione quale comportamento illegale e immorale, in base ai dettami del confucianesimo⁹⁹.

In epoca moderna, è possibile scomporre le disposizioni anticorruzione in tre categorie autonome¹⁰⁰: le norme penali, di matrice repressiva, le norme che prevedono azioni disciplinari interne nei confronti dei pubblici ufficiali e le norme specifiche che si occupano di etica pubblica, come la National Government Personnel Ethics Law.

Il primo codice di condotta, emanato il 30 luglio del 1887 e rimasto invariato fino al 1947, era legato alla concezione imperiale di pubblica amministrazione e conteneva principalmente disposizioni di carattere generale, rari precetti più dettagliati e, in relazione all'anno di promulgazione, è considerato un testo di legge estremamente moderno.

Il cambiamento epocale è avvenuto all'esito degli scandali che hanno travolto il Giappone negli anni '90¹⁰¹, che hanno reso necessaria la promulgazione della National Public Service Ethics Law, legge 13 agosto 1999.

Le finalità della legge, precisate dall'articolo 1, riguardano la necessità di prevenire ogni comportamento che possa generare sospetti o sfiducia nell'operato delle amministrazioni pubbliche, per preservare un affidamento consapevole degli amministrati¹⁰².

⁹⁷ Sul tema, in senso ampio, cfr. C. Usui e R.A. Colignon, *Amakudari: the hidden fabric of Japan's economy*, Cornell (New York), 2003; T. Blumenthal, *The practice of amakudari within the japanese employment system*, in *25 Asian Survey*, 310-325, (1985).

⁹⁸ Cfr. T. Mizoguchi e N. Van Quyen, *Amakudari: the post-retirement employment of elite bureaucrats in Japan*, in *14 Public Economy Theory*, 813-847, (2012), "most central governments, especially those entering the service with the highest qualifications, retire much earlier than the compulsory retirement age".

⁹⁹ Per una ricognizione storica della corruzione in Giappone, si v. R.H. Mitchell, *Political bribery in Japan*, s.l. (University of Hawaii), 1996.

¹⁰⁰ Tale distinzione è riportata da K. Akio, *Public Service Ethics and Corruption in Japan*, in E.M. Berman, M.J. Moon e H. Choi (cur.), *Public Administration of East Asia*, New York, 2010, 251 ss.

¹⁰¹ K. Akio, *Public Service Ethics*, cit., 255 ss., "unlike the majority of laws in Japan, the bill was submitted to the Diet by the members of the Diet rather than the cabinet. The bill was introduced following several widely reported scandals involving some central government officials, and it is fair to state that passage of this bill signaled the public's growing concern about public officials ethics".

¹⁰² Articolo 1, legge 13 agosto 1999: "The general purpose is to prevent any behavior by public officials which may promote public suspicion or mistrust, by taking measures necessary to guarantee ethics concerning public officials duties, and consequently securing the trust of the public in the public service, taking into account the fact that the public officials are the servants of the entire community and their duties are entrusted by the general public".

I principi etici che devono ispirare l'azione dei pubblici uffici sono la parità di trattamento da riservare agli amministrati, declinata nel divieto di operare trattamenti differenziali, e la necessità di operare una distinzione tra la vita privata e il munus pubblico dei funzionari¹⁰³.

5. Sezione Terza. Prospettive d'indagine e ricerca di soluzioni comuni

5.1. Brevi riflessioni conclusive

La trattazione disgiunta della tematica tra Cina e Giappone, in ordine alle procedure di aggiudicazione e ai fattori della corruzione, non è di per sé ostativa alla ricerca di conclusioni e soluzioni comuni.

I rimedi prospettati in apertura oscillano costantemente tra la responsabilizzazione dei soggetti titolari, a vario titolo, di ruoli di rilievo nella filiera dell'aggiudicazione del servizio e la necessità di limitare oltremodo i contatti diretti tra la stazione appaltante e le imprese, attraverso l'utilizzo e la valorizzazione dell'e-procurement. Si tratta di una polarizzazione dei rimedi, apparentemente inconciliabili tra loro; tuttavia, la ricerca di una sintesi, di un punto di equilibrio potrebbe condurre a una soluzione efficiente, da poter adottare anche negli ordinamenti europei.

Il rilevato incremento degli spazi di autonomia per le pubbliche amministrazioni, dovuto a fattori eterogenei, ha svelato problematiche presenti da tempo in Asia, ma ritenute secondarie nei piani di riforma degli ordinamenti coinvolti in questo studio.

Questa iniziale indifferenza verso il tema della corruzione, in parte dovuto all'abitudine di sottovalutare il fenomeno, è dovuta anche al rilievo secondario attribuito al valore della concorrenza, considerato recessivo rispetto alle spinte nazionaliste e protezioniste.

La necessità di predisporre un apparato di contrasto al fenomeno corruttivo in Asia è stata avvertita tardivamente rispetto allo speculare assetto istituzionale europeo.

Tale considerazione ha avuto conseguenze dirette in ordine alla mancata armonizzazione, sul piano continentale asiatico, delle politiche sul tema ed è piuttosto singolare che le prime analisi di settore siano state condotte da un soggetto privato, la Asia Development Bank.

Un vulnus particolarmente significativo che si rileva dalle disposizioni analizzate riguarda la portata limitata delle stesse, dirette a proteggere unicamente gli interessi finanziari dei paesi coinvolti. Le misure appaiono troppo settoriali e non dirette a implementare un sistema più ampio di contrasto; in altri termini, non consentono l'elaborazione di azioni coerenti ed efficaci sul territorio asiatico nel suo complesso.

¹⁰³ Si v. S. Obidairo, *Transnational corruption and corporations. Regulating bribery through corporate liability*, London, 2016.

D'altronde “la forte connotazione socio-culturale del fenomeno in oggetto richiede interventi di sensibilizzazione ed informazione dell'opinione pubblica¹⁰⁴” e rende opportuno predisporre un sistema ampio e articolato, che sintetizzi la matrice repressiva e quella preventiva, in una sorta di approccio integrato al tema.

La ricerca di soluzioni congiunte è legata in maniera indissolubile alla condivisione degli obiettivi, circostanza che appare non riproponibile negli ordinamenti analizzati.

L'unico strumento operativo, suscettibile di essere elevato a comune denominatore per armonizzare le legislazioni - ed eventualmente essere mutuato negli ordinamenti europei - sembra essere il ricorso sistematico all'*e-procurement*, per rendere fruibile, in tempo reale, l'intero flusso di informazioni che riguardano l'espletamento di una gara pubblica.

L'unica controindicazione potrebbe essere opposta attraverso un utilizzo meramente dilatorio del diritto alla privacy, la cui interpretazione estensiva sembra sempre più assumere le vesti di un cavillo, che la richiesta legittima di una tutela.

Sul punto, sarebbe auspicabile pervenire a una nozione unitaria, positiva e omnicomprensiva di trade secret, su un doppio piano.

Sul piano sovranazionale, per armonizzare le legislazioni dei paesi e pervenire a una declinazione unica di ciò che deve essere oggetto di diffusione.

Sul piano interno, è opportuno oscurare i dati, la cui eventuale diffusione sia effettivamente lesiva per l'impresa, in base a un giudizio prognostico di cui si deve far carico il potere legislativo, poiché tale scelta non può essere rimessa al, talvolta, difforme giudizio degli interpreti.

In conclusione, viene da chiedersi se in ordinamenti così imperniati sullo sviluppo industriale, la necessità di combattere la corruzione attraverso la tracciabilità pressoché integrale della gara pubblica possa condurre ad un ripensamento complessivo della nozione stessa di trasparenza.

¹⁰⁴ T.M. Moschetta, *La lotta alla corruzione*, cit., 355.

Corrupción y Administración Pública en México

di Nidia Paulina Carrillo Salgado

Abstract: Corruption and Public Administration in Mexico – This paper analyses the Mexican legislation in the field of corruption. The paper analyses the subject of corruption from a legislative, statistical and jurisprudential standpoint.

Keywords: Mexico; Transparency; Corruption; Public administration.

1. **Intróduccion**

Siendo la corrupción un problema multifactorial que devino en un reclamo constante de la sociedad civil, en virtud de la vulneración de los derechos humanos, el rezago socioeconómico y el incremento en las desigualdades de la población, estas voces se convirtieron en el punto de partida del engranaje del sistema anticorrupción, creado a partir de la iniciativa ciudadana, la llamada ley 3 de 3 y que se consolidara en un sistema único tras la reforma constitucional de 2015; el cual coordina la actuación de 7 sectores gubernamentales pilares del gobierno democrático mexicano, el control, auditoría, procuración e impartición de justicia, transparencia y rendición de cuentas no olvido señalar la idoneidad de crear un comité ciudadano que tuviese intervención en lo concerniente a la actuación del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción.

Ahora bien, a esta coordinación de las instituciones gubernamentales nivel federal y estatal, se le agrega el elemento tecnológico, la Plataforma Digital Nacional; que es una herramienta con que el Estado cuenta a fin de que los Entes públicos puedan concentrar, sistematizar y analizar la información pertinente para la prevención, detección y sanción de actos de corrupción, de tal suerte que con el manejo, funcionamiento, equipamiento y el mantenimiento de los sistemas que integran dicha plataforma se logre un mejor manejo de la información, ahorro de tiempo en investigación una adecuada integración de responsabilidades auditorias; ya que esta plataforma se instituye como un pilar esencial en para el funcionamiento del sistema; y en este sentido es un paso enorme para el marco de legalidad en el Estado de Derecho Mexicano el cual pretende garantizar la transparencia rendición de cuentas y llevar un mejor control en materia de uso de recursos públicos, en pro de un gobierno abierto.

Los cambios se dan a partir de estas renovaciones estructurales en la norma jurídica y en las políticas de prevención de conductas anticorrupción, derivado de los casos de corrupción tan dolientes y que vulneran a gran número de personas.

Lo que también debemos de atender puntualmente para combatir la corrupción es fijar metas y objetivos plausibles, a corto, mediano y largo plazo, con los objetivos perfectamente delineados para lograr sino de manera inmediata si eventualmente las metas fijadas, avocándonos a las tareas que nos han sido encomendadas ya sea desde el sector público, privado, o sociedad civil.

Bajo este esquema habrá que romper con las cadenas de la corrupción, erradicándola por el bienestar social, por el estado de derecho y dignificación de nuestra nación.

2. Caso de corrupción

Mario Villanueva Madrid, exgobernador de Quintana Roo preso en Estados Unidos por lavado de dinero, y México por delincuencia organizada, asociación delictuosa e intimidación.

El caso del exgobernador Mario Villanueva Madrid, ha sido de los más emblemáticos, en la lucha contra la corrupción, fue el primer gobernador juzgado por estos delitos, no sólo por la justicia nacional sino también por la internacional, en este caso los Estados Unidos y por el delito de lavado de dinero.

Acorde al medio de comunicación Expansión: "Villanueva es el más alto funcionario mexicano juzgado en Estados Unidos en 2001, fue acusado de facilitar el transporte de droga entre Colombia y Estados Unidos durante su administración (1994-1999), así como de recibir miles de dólares por cada cargamento que dejaba pasar al cártel de Juárez.

De acuerdo con la Oficina Federal de Investigación de Estados Unidos (FBI), el ex gobernador brindó apoyo estatal y federal al cártel de Juárez para que transportara droga de Centroamérica hacia el norte. Por esta acción, supuestamente recibía pagos de entre 400,000 y 500,000 dólares por cargamento. Aún sin terminar su mandato, en 1999 la Procuraduría General de la República (PGR) inició una investigación en su contra y, una semana antes de entregar el cargo a su sucesor, Joaquín Hendricks Díaz, Villanueva huyó. Tras fugarse, Villanueva envió una carta a los medios en la que se defendió de las acusaciones y aseguró que se le perseguía por razones políticas, debido a la "evolución del sistema de partidos y del Partido Revolucionario Institucional de cara al proceso de la sucesión presidencial del año 2000".

En mayo de 2001, fue arrestado en un retén en el municipio de Benito Juárez (Cancún), donde había sido alcalde de 1990 a 1993. Fue enviado al penal de alta seguridad del Atiplano, en el Estado de México, donde estuvo hasta el 21 de junio de 2007, cuando el juez que llevó su caso lo absolvió de todos los delitos, excepto de lavado de dinero, por el que le impuso los seis años de prisión que ya había pasado tras las rejas.

Al salir de prisión, autoridades mexicanas lo volvieron a detener para enviarlo al Reclusorio Norte, en la Ciudad de México, para seguir el proceso de extradición a EU que la PGR ya había promovido.

En él, la procuraduría apeló la sentencia absolutoria del juez y, en junio de 2007, el magistrado de apelación condenó a Villanueva a una nueva pena de 36 años y nueve meses de prisión por los delitos de fomento al narcotráfico, asociación delictuosa y lavado de

dinero. Por medio de amparos, la sentencia se redujo a 28 años, ocho meses y siete días, pero se le descontó el tiempo que ya había pasado en Almoloya.

El proceso de extradición concluyó con la entrega del exgobernador a las autoridades estadounidenses el 8 de mayo de 2010.

El caso de Villanueva llamó la atención de autoridades estadounidense debido a los ingresos que recibió el exgobernador mientras estaba en el cargo. Fue entonces que el llamado fiscal de Wall Street, Preet Bharara, acudió a las Cortes estadounidenses, donde se detectó que el mexicano había incurrido en lavado de dinero, a través de la ahora desaparecida firma Lehman Brothers.

De acuerdo con la acusación, Villanueva transfirió 7 millones de dólares con una cuenta del Banco Banamex a nombre de una familia falsa, administrada por Consuelo Márquez, una representante de la firma financiera que se declaró culpable en 2005.

La corte estadounidense lo absolvió de las acusaciones por narcotráfico, pero no de las relacionadas con lavado de dinero, por las que fue condenado a 17 años de prisión en 2013.

Debido a los años de prisión que ya había pasado en México por lavado de dinero, el juez Víctor Marrero de Nueva York redujo la sentencia; por ello, sólo pasó seis años y siete meses en una prisión estadounidense. Salió de prisión el 23 de diciembre pasado y después de varias semanas de permanecer en un Centro de Atención a Migrantes en Louisiana, llegó a la Ciudad de México y fue trasladado a un hospital para su valoración médica".

Este caso cobra tal relevancia por varios aspectos, el primero porque es uno de uno de los temas más sensibles en la sociedad mexicana la delincuencia organizada, los vínculos con el narcotráfico, esto es, la asociación delictuosa y producto de ello los enormes flujos de dinero y por ello el lavado de dinero. Segundo el cargo público que ostentaba el ahora condenado, es por elección popular el fungió como Gobernador máxima autoridad dentro del Estado de Quintana Roo, (al sur del país), y también fue Presidente Municipal y senador, este último no lo concluyó, así bien, una de las más altas autoridades que haya sido penalmente sancionado por haber cometido delitos de tal naturaleza no es de ninguna manera aceptable. Tercero no solo fue castigado por lo que hizo en México, sino que se le extraditó a Estados Unidos donde se le llevo un juicio, por el delito de lavado de dinero, y una vez cumplida la pena y tomando en cuenta los años que paso en México fue que regreso a su país natal, sin embargo, actualmente purga la condena impuesta. Cabe señalar que en la última década México ha tenido una serie de administraciones gubernamentales sumamente polémicas, en virtud de los desvíos de recursos, las redes de corrupción, tráfico de influencia, el enriquecimiento ilícito, coalición de servidores públicos y empresas privadas.

3. Corrupción y administración pública: algunos datos

Los niveles de corrupción en México son altos y acorde a estudios que miden la percepción de la corrupción han ido en aumento, así una serie de gobernadores en las últimas décadas exgobernadores de los Estados de la República Mexicana han estado involucrados en delitos contra la salud, lavado de dinero, delincuencia organizada, operaciones con recursos de procedencia ilícita, defraudación fiscal, enriquecimiento ilícito, peculado, desvío de recursos, venta ilegal de terrenos del patrimonio estatal, delitos electorales, encubrimiento, abuso de autoridad y tráfico de influencias. Acorde a un artículo de *México Leaks*, Cesar Duarte quien se encuentra prófugo de la justicia desvío

80,500,000 pesos (3,483,624.07 euros) durante su gestión en Chihuahua, Rubén Moreira Valdés exgobernador de Coahuila desvió 32,000,000 pesos (1,384,794.66 euros), Jorge Aristóteles Sandoval exgobernador de Jalisco desvió 17,500,000 pesos (757309.58 euros), Eruviel Ávila Villegas exgobernador del Estado de México desvió 3,603,000 pesos (155919.22 euros), Rodrigo Medina de la Cruz exgobernador de Nuevo León desvió 3,567,000 pesos (154361.33 euros).

Acorde a un artículo del periódico Excelsior del 14 de abril del año pasado, en la administración del actual presidente de México han sido encarcelados seis exgobernadores: Andrés Granier de Tabasco acusado de defraudación fiscal, Jesús Reyna exgobernador interino de Michoacán preso por delincuencia organizada. El exmandatario de Sonora Guillermo Padrés acusado de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Flavino Ríos, gobernador interino de Veracruz, encarcelado por los cargos de encubrimiento, tráfico de influencias y abuso de autoridad. Tomás Yarrington, quien gobernó Tamaulipas acusado de lavado de dinero y nexos con el narcotráfico. Javier Duarte, quien gobernó Veracruz está acusado de peculado, enriquecimiento ilícito.

Estas cifras nos damos una idea de la situación tan deplorable y corrompida están las administraciones de los Estados que conforman el pacto federal, acorde a cifras de *México Leaks* entre 2012 y 2017 se desvió un total de 258,829,185 pesos (11,200,789.79 euros), este panorama ha sido devastador para las poblaciones, donde han tenido servicios y obras públicas inconclusas, de baja calidad, no cuentan con agua potable, la infraestructura es insuficiente e inacabada, carecen de oportunidades de crecimiento, se ven disminuidos sus derechos. Este círculo vicioso de estancamiento en el desarrollo del país, donde las clases sociales se ven más distanciadas cada vez más a lo largo de los años, abriendo una brecha difícil de cerrar, y la consecuencia devastadora que lleva consigo el no garantizar los derechos de los individuos, los pisos mínimos de derechos igualdad, equidad para la población en general es que se socava a la misma sociedad sus instituciones públicas genera rezago y no permite el desarrollo económico social y político del Estado.

En lo referente a la estadística en términos de corrupción, tenemos que la asociación *Transparency International* quien es una asociación civil que está presente en más de 100 países, realiza estudios de percepción de corrupción, además de llevar a cabo convenciones internacionales anticorrupción, dar seguimiento al enjuiciamiento de líderes corruptos y las incautaciones de sus riquezas obtenidas ilícitamente elecciones nacionales ganadas y perdidas en la las empresas son responsables de su comportamiento.

La corrupción, es un problema tan grave y real, se requiere combatirla eficazmente, no solo para una sociedad menos vulnerable sino por los derechos de cada uno de los individuos que habitan esta tierra, erradicando la pobreza, una educación de calidad y que lleven una vida de calidad.

En el panorama internacional 2017, en los primeros 10 lugares, donde se reporta menor corrupción encontramos a Nueva Zelandia (89), Dinamarca (88), Finlandia (85), Noruega (85), Suiza (85) Singapur (84), Suecia (84), Canadá (82) Luxemburgo (82) y Holanda (82), en su mayoría ubicamos a países europeos (7), dos asiáticos y un americano; en cuanto a los países con mayores índices de corrupción están los africanos, Somalia (9), Sudan Sur (12), Siria (14), Afganistán (15), Yemen (16), Sudan (16), Libia (17), Corea del

Norte (17), Guinea Bissau (17) y Guinea Ecuatorial (17), que observamos en estos últimos lugares, son Estados en donde la pobreza aflora, sus bajos índices per capita, bajo nivel de educación y financiamiento es escaso, la mayor parte de ellos está en África y dos de ellos en Asia. Para el año próximo pasado 2017 es aún peor que el reportado en 2016, y no solo para los que ocupan las posiciones más bajas también las altas, ahora que cambio si bien solo son unas posiciones, el panorama político económico fue el que provoco dicho movimiento.

En la región latinoamericana tenemos que los países en los que se percibió menor índice de corrupción fueron Canadá (82), Estados Unidos (75), Uruguay (70), y Chile (67) y Bahamas (65); y los más corruptos Venezuela (18), Haití (22), Nicaragua (26), Guatemala (28) y Paraguay (29) empatado con México (29) quien también se colocó en esta posición, en la región solo por debajo de, observando la situación política, social y económica es un tanto diversa, ya que estos Estados se observan variantes en los índices per cápita acorde a las cifras de Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sin mencionar las crisis político-electorales.

Ahora bien, en lo correspondiente a México durante 2012 y 2013 se ubicó en el lugar 34, y para 2014 subió un punto 35, sin embargo fue de caída en caída, para 2015 se posicionó en 31 y así para 2016 bajo otro lugar más al 30, en 2017 otra vez cayo una posición ubicándose en el lugar 29.

Acorde a Transparencia Internacional en el informe denominado “Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe”, publicado el 9 de octubre de 2017, ubica a México en la primera posición en el rubro del mayor porcentaje de la población que ha tenido que pagar un soborno para acceder a un servicio público en los 12 meses previos a la consulta, que se realizó a 22,000 ciudadanos de 20 países de la región (Argentina, Guatemala, Uruguay, Panamá, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Ecuador, Bolivia, Trinidad y Tobago, México, Colombia, Costa Rica, Paraguay, Jamaica, República Dominicana, Brasil, Perú, Chile y Venezuela).

México ocupa el primer lugar con 51% de los encuestados que afirmaron el pago de soborno a un funcionario público. El soborno descrito como el acto de prometer, ofrecer, cualquier beneficio indebido (dinero, valores, bienes muebles o inmuebles) a uno o varios servidores públicos, directamente o a través de terceros, dicha conducta está contemplada en la legislación administrativa y en la penal, en la Ley General de Responsabilidades administrativas como una falta administrativas graves del servidor público como peculado (artículo 50) y soborno para el particular (artículo 66), las sanciones para dichas faltas graves acorde al artículo 78 serán suspensión, destitución del cargo, empleo o comisión, sanción económica e inhabilitación temporal. Ahora en lo que corresponde a la materia penal, el peculado se encuentra estipulado en el artículo 223 del Código Penal Federal, tenemos que la sanción es de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa, cuando el monto obtenido no exceda de \$44,180.00 pesos mexicanos (1,015,695 euros) y cuando exceda este monto la sanción será de dos años a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa. Ahora pese a que dicha conducta está penada parece no hay un ejercicio de la legalidad por los ciudadanos ni de los servidores públicos, la impunidad se ha convertido en una realidad, y tanto la aceptación de soborno y la configuración del

peculado ya es algo normal, aquí tenemos la utilización de un regionalismo de lenguaje “mordida” que refiere a esta práctica de la aceptación de un soborno de un particular hacia la autoridad.

Poder Judicial, en México cuenta con 4 jueces por cada 100,000 habitantes, lo cual es una baja posición, de hecho, la más baja en la región, ya que se promedian 8 jueces por cada 100,000 habitantes. En cuanto al promedio de inversión del PIB en justicia y seguridad de los países de la OCDE es de 4 puntos porcentuales. México invierte sólo 1 punto del Producto Interno Bruto. En el Índice Global de Impunidad del 2017, el país se situó en el lugar 66 de 69, posición que lo coloca entre los países en que la impunidad prevalece. La corrupción costó al país 10 puntos del PIB.

En México, 6 de cada 10 personas consideran que la corrupción aumentó, lo que lo sitúa a la mitad de la métrica. En la misma proporción 6 de cada 10 mexicanos creen que los policías son en su mayoría o en su totalidad corruptos.

En América Latina, 53% de la población sostiene que los gobiernos no hacen lo necesario para combatir el flagelo de la corrupción. El porcentaje se eleva a 61% en México, 6 de cada 10, en lo que respecta a la percepción sobre si los administradores del país toman las acciones necesarias para acabar con las prácticas corruptas.

Acorde a los datos arrojados en 20 países de la región latinoamericana, considera los servicios públicos más susceptibles al pago de sobornos de los ciudadanos a funcionarios públicos para garantizarse el acceso a los mismos, son: hospitales públicos, escuelas públicas, trámites de documentos de identidad, policía, servicios públicos como el agua potable y los tribunales del sistema judicial. Si bien la proporción en América Latina de quienes hicieron el pago de un soborno en los 12 meses previos a ser encuestados es de 1 de cada 3, en México la proporción es de 1 de cada 2, la más alta de la región.

En México entre 3 y 4 de cada 10 personas han pagado un soborno para tener acceso a la educación, a la salud, a los trámites de documentos de identidad y a los servicios públicos. Los niveles de denuncia en México y en la región son bajísimos, cuestión que se explica con la alta percepción de que policías y tribunales son sumamente corruptos. Además, sobre quien denuncia pesa la altísima posibilidad de ser objeto de represalias.

El 74% de los mexicanos consideran que los esfuerzos ciudadanos tienen alta relevancia e incidencia en el combate a la corrupción. A nivel regional, la proporción es prácticamente la misma. Si se entiende que la corrupción es un problema sistémico, el combate contra ella no puede darse sólo desde dentro de los gobiernos. De la sociedad civil organizada deben venir los contrapesos que dirijan, vigilen y garanticen la depuración de los sistemas políticos, de seguridad y jurídicos de sus países de estas prácticas que tienen como efecto agudizar todos los otros problemas sociales.

4. Soluciones éticas en el ámbito público y la opinión pública

El Estudio sobre Integridad de México destacó la creación de los Sistemas Anticorrupción Nacionales y Locales, pero resaltó la importancia de prestar atención a la implementación de las reformas en todos los órdenes de gobierno y garantizar que la nueva legislación se traduzca en un auténtico cambio institucional, cultural y de conducta

entre los actores económicos y la sociedad en general. La Organización y Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE), recomendó incorporar las políticas de integridad en todo el gobierno, fortalecer los mecanismos de cumplimiento y rendición de cuentas, y proteger a los denunciantes.

- Incorporar políticas anticorrupción a otras estrategias nacionales clave, tales como el gobierno abierto, la educación y la seguridad;
- Adaptar las políticas de integridad para combatir los riesgos de corrupción específicos para determinados cargos públicos, sectores, organismos y actividades;
- Asegurar que los Comités de Ética en las instituciones y organismos del sector público cuenten con personal permanente y mandatos claros, orientados a la prevención más que a mecanismos de cumplimiento;
- Difundir políticas claras para la gestión de situaciones de conflicto de interés;
- Fortalecer la sensibilización y la capacitación en materia de anticorrupción en toda la sociedad, y proteger los derechos de quienes denuncian actos ilícitos;
- Facilitar las investigaciones administrativas disciplinarias, garantizando que los investigadores tengan acceso a la información necesaria y puedan cooperar fácilmente con otras instituciones pertinentes.

En el ámbito mexicano, tenemos que efectivamente incorporo políticas anticorrupción, al plasmarlo en su orden jurídico nacional, logrando de esta manera estatuir un sistema nacional y 32 locales y a través de la fuerza que trae aparejada el cumplimiento de la norma jurídica y avanzando en el combate a la corrupción.

258

Ahora en lo referente a las políticas de integridad, justo con la entrada del Sistema Nacional Anticorrupción, el alcance llega no solo al sector público sino al sector privado, y en especial por los focos rojos en donde se alcanza los mayores índices en hechos de corrupción, esto es en las contrataciones del sector privado, tales como adquisiciones, servicios y obra pública.

En tanto que los códigos de ética no han sido actualizados, siguen operando los que anteriormente se tenían a la reforma del Sistema Nacional, y que no en todas la Instituciones gubernamentales se tienen conformados los comités de ética, es esencial que ellos se formen y cobren la importancia que les merece, ya que la pérdida de valores ha sido catastrófica.

En cuanto a las situaciones de conflicto de interés, ya han sido expuestas las reglas en la legislación administrativa y penal, valdrá la pena que se haga una capacitación global a todos y cada uno de los integrantes de la administración pública, a fin de que conozca claramente las disposiciones jurídicas en materia de responsabilidades de los servidores públicos.

Los instrumentos legales que refieren a esta materia tenemos el Código de Ética de los servidores públicos del Gobierno Federal, las Reglas de Integridad para el ejercicio de la función pública, y los Lineamientos generales para propiciar la integridad de los servidores públicos y para implementar acciones permanentes que favorezcan su comportamiento ético, a través de los Comités de Ética y de Prevención de Conflictos de Interés.

En lo relativo a los Lineamientos Generales tienen por objeto establecer las Bases para la Integración, Organización y Funcionamiento de los Comités de Ética y de Prevención de Conflictos de Interés al interior de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Es de primordial importancia conocer y entender los valores dentro del desempeño de la función pública legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones;

el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2013, establece que para alcanzar la Meta Nacional "Un México en Paz", es necesario fortalecer las instituciones mediante el combate a la corrupción y el fomento de una mayor rendición de cuentas, entendiéndose que la corrupción no es un fenómeno aislado sino la consecuencia de distintas formas de transgresión al Estado de Derecho, por lo que no puede combatirse de manera eficaz persiguiendo solamente a los individuos que han cometido faltas, sino construyendo garantías y creando políticas integrales que permitan disminuir esas conductas; acorde a este Plan Nacional de Desarrollo, Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013-2018, publicado el 30 de agosto de 2013 en el Diario Oficial de la Federación, señala que para consolidar un gobierno más abierto al escrutinio público, es indispensable que la función se apegue a los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, con el propósito de que impere invariablemente en los servidores públicos una conducta ética que fortalezca a las instituciones públicas y que a su vez responda las necesidades de la sociedad.

Los principios constitucionales, definidos por el Código de Ética. Legalidad. - Los servidores públicos hacen sólo aquello que las normas expresamente les confieren y en todo momento someten su actuación a las facultades que las leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas atribuyen a su empleo, cargo, o comisión, por lo que conocen y cumplen las disposiciones que regulan el ejercicio de sus funciones, facultades y atribuciones. Honradez. - Los servidores públicos se conducen con rectitud sin utilizar su empleo, cargo o comisión para obtener o pretender obtener algún beneficio, provecho o ventaja personal o a favor de terceros, ni buscan o aceptan compensaciones, prestaciones, dádivas, obsequios o regalos de cualquier persona u organización, debido a que están conscientes que ello compromete sus funciones y que el ejercicio de cualquier cargo público implica un alto sentido de austeridad y vocación de servicio. 3. Lealtad. - Los servidores públicos corresponden a la confianza que el Estado les ha conferido; tienen una vocación absoluta de servicio a la sociedad, y satisfacen el interés superior de las necesidades colectivas por encima de intereses particulares, personales o ajenos al interés general y bienestar de la población. 4. Imparcialidad. - Los servidores públicos dan a los ciudadanos y a la población en general el mismo trato, no conceden privilegios o preferencias a organizaciones o personas, ni permiten que influencias, intereses o prejuicios indebidos afecten su compromiso para tomar decisiones o ejercer sus funciones de manera objetiva. 5. Eficiencia. - Los servidores públicos actúan conforme a una cultura de servicio orientada al logro de resultados, procurando en todo momento un mejor desempeño de sus funciones a fin de alcanzar las metas institucionales según sus responsabilidades y mediante el uso responsable y claro de los recursos públicos,

eliminando cualquier ostentación y discrecionalidad indebida en su aplicación. II. Valores que todo servidor público debe anteponer en el desempeño de su empleo, cargo, comisión o funciones: 1. Interés Público. - Los servidores públicos actúan buscando en todo momento la máxima atención de las necesidades y demandas de la sociedad por encima de intereses y beneficios particulares, ajenos a la satisfacción colectiva. 2. Respeto. - Los servidores públicos se conducen con austeridad y sin ostentación, y otorgan un trato digno y cordial a las personas en general y a sus compañeros de trabajo, superiores y subordinados, considerando sus derechos, de tal manera que propician el diálogo cortés y la aplicación armónica de instrumentos que conduzcan al entendimiento, a través de la eficacia y el interés público. 3. Respeto a los Derechos Humanos.- Los servidores públicos respetan los derechos humanos, y en el ámbito de sus competencias y atribuciones, los garantizan, promueven y protegen de conformidad con los Principios *de: Universalidad* que establece que los derechos humanos corresponden a toda persona por el simple hecho de serlo; *de Interdependencia* que implica que los derechos humanos se encuentran vinculados íntimamente entre sí; *de Indivisibilidad* que refiere que los derechos humanos conforman una totalidad de tal forma que son complementarios e inseparables, *y de Progresividad* que prevé que los derechos humanos están en constante evolución y bajo ninguna circunstancia se justifica un retroceso en su protección. 4. Igualdad y no discriminación.- Los servidores públicos prestan sus servicios a todas las personas sin distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o en cualquier otro motivo. 5. Equidad de género. -Los servidores públicos, en el ámbito de sus competencias y atribuciones, garantizan que tanto mujeres como hombres accedan con las mismas condiciones, posibilidades y oportunidades a los bienes y servicios públicos; a los programas y beneficios institucionales, y a los empleos, cargos y comisiones gubernamentales. 6. Entorno Cultural y Ecológico.- Los servidores públicos en el desarrollo de sus actividades evitan la afectación del patrimonio cultural de cualquier nación y de los ecosistemas del planeta; asumen una férrea voluntad de respeto, defensa y preservación de la cultura y del medio ambiente, y en el ejercicio de sus funciones y conforme a sus atribuciones, promueven en la sociedad la protección y conservación de la cultura y el medio ambiente, al ser el principal legado para las generaciones futuras. 7. Integridad. - Los servidores públicos actúan siempre de manera congruente con los principios que se deben observar en el desempeño de un empleo, cargo, comisión o función, convencidos en el compromiso de ajustar su conducta para que impere en su desempeño una ética que responda al interés público y generen certeza plena de su conducta frente a todas las personas con las que se vincule u observen su actuar. 8. Cooperación. - Los servidores públicos colaboran entre sí y propician el trabajo en equipo para alcanzar los objetivos comunes previstos en los planes y programas gubernamentales, generando así una plena vocación de servicio público en beneficio de la colectividad y confianza de los ciudadanos en sus instituciones. 9. Liderazgo. - Los servidores públicos

son guía, ejemplo y promotores del Código de Ética y las Reglas de Integridad; fomentan y aplican en el desempeño de sus funciones los principios que la Constitución y la ley les impone, así como aquellos valores adicionales que por su importancia son intrínsecos a la función pública. 10. Transparencia.- Los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones protegen los datos personales que estén bajo su custodia; privilegian el principio de máxima publicidad de la información pública, atendiendo con diligencia los requerimientos de acceso y proporcionando la documentación que generan, obtienen, adquieren, transforman o conservan; y en el ámbito de su competencia, difunden de manera proactiva información gubernamental, como un elemento que genera valor a la sociedad y promueve un gobierno abierto. 11. Rendición de Cuentas. - Los servidores públicos asumen plenamente ante la sociedad y sus autoridades la responsabilidad que deriva del ejercicio de su empleo, cargo o comisión, por lo que informan, explican y justifican sus decisiones y acciones, y se sujetan a un sistema de sanciones, así como a la evaluación y al escrutinio público de sus funciones por parte de la ciudadanía.

Las Reglas de Integridad para el ejercicio de la función pública, estarán conformadas de tal manera que se contemple:

- Reglas de Integridad para el Ejercicio de la Función Pública
- Actuación pública
- Información pública
- Contrataciones públicas, Licencias, Permisos, Autorización y Concesiones
- Programas gubernamentales
- Trámites y servicios
- Recursos humanos
- Administración de bienes muebles e inmuebles
- Procesos de evaluación
- Control interno
- Procedimiento administrativo
- Desempeño permanente con integridad.

5. Cómo prevenir el fenómeno: controles internos a las agencias, controles por agencias independientes o semi-independientes, participación, simplificación, relaciones entre administración y política

Los controles internos que tiene el propio gobierno son las auditorías a través de la *Auditoría Superior de la Federación* a nivel Federal es el órgano técnico especializado de la Cámara de Diputados (cámara baja), dotado de autonomía técnica y de gestión, se encarga de fiscalizar el uso de los recursos públicos federales en los tres Poderes de la Unión; los órganos constitucionales autónomos; los estados y municipios; y en general cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada que haya captado, recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales. El resultado final de la labor de la Auditoría Superior de la Federación son los Informes Individuales de Auditoría y el Informe General Ejecutivo del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública.

El marco normativo de actuación de la Auditoría Superior de la Federación es el que a continuación se enuncia:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma al artículo 74. Diario Oficial de la Federación 27/05/2015
- Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación. Diario Oficial de la Federación 18/07/2016
- Reglamento Interior de la ASF. Diario Oficial de la Federación 20/01/2017
- Manual de Organización de la ASF. Diario Oficial de la Federación 26/04/2017
- Reglas de Operación del Programa para la Fiscalización del Gasto Federalizado en el Ejercicio Fiscal. Diario Oficial de la Federación 26/03/2013
- Estatuto del Servicio Fiscalizador de Carrera de la Auditoría Superior de la Federación Diario Oficial de la Federación 11/08/2015

En cuanto a la normativa y ámbito de actuación dentro del Sistema Nacional Anticorrupción se tiene que estar a la siguiente legislación:

- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción Diario Oficial de la Federación 18/07/2016
- Ley General de Responsabilidades Administrativas Diario Oficial de la Federación 18/07/2016
- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa Diario Oficial de la Federación 18/07/2016
- Ley de Coordinación Fiscal Diario Oficial de la Federación 18/07/2016
- Ley General de Contabilidad Gubernamental Diario Oficial Federación 18/07/2016
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República Diario Oficial de la Federación 18/07/2016

Ahora bien, el papel que desempeña la **Secretaría de la Función Pública**, vigila las actividades de los servidores públicos federales, determina la política de compras de la Federación, audita el gasto de recursos federales y coordina a los órganos internos de control en cada dependencia federal, entre otras funciones.

En cada Institución pública se cuenta con una Contraloría Interna u Órgano Interno de Control, en ellas existe una estructura en las cuales atienden quejas, denuncias, responsabilidades y auditorías al interior de la Institución, además del control supervisión del ejercicio del gasto público.

Las acciones gubernamentales prioritarias que están a cargo de la Secretaría en conjunto de los órganos de control son:

- Promover la cultura de la legalidad y el aprecio por la rendición de cuentas.
- Ampliar la cobertura, impacto y efecto preventivo de la fiscalización a la gestión pública.
- Inhibir y sancionar las prácticas corruptas.
- Articular estructuras profesionales, eficientes y eficaces del gobierno.
- Mejorar la regulación, la gestión y los procesos de la Administración Pública Federal.
- Optimizar el uso y aprovechamiento de los inmuebles federales.

Además de los controles gubernamentales que ya he mencionar, se llevan a cabo revisiones y auditorías a cargo de empresas privadas, con el objeto de que el trabajo y los resultados no se vean viciados de alguna forma y estén completamente limpios y transparentes.

6. Responsabilidad de la administración pública

El Sistema Anticorrupción que implementó México a partir de la reforma constitucional en 2015, radica en la coordinación de las autoridades y la ciudadanía, esto es, dicho sistema está integrado por las autoridades encargadas del control interno, fiscalización, transparencia, acceso a la información, procuración e impartición de justicia (nivel federal y local), y por otro lado el comité de participación ciudadana, con la finalidad de que cada una de ellas en ejercicio de sus funciones logre prevenir, investigar y sancionar las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción.

6.1 Ley General de Responsabilidad Administrativas

Establece las responsabilidades administrativas y la obligación de los servidores públicos, los principios que deben de salvaguardar los servidores públicos son: legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Dentro de las obligaciones esenciales está la de presentar declaraciones: patrimonial, conflicto de intereses y fiscal; durante la discusión legislativa a partir de una iniciativa popular ciudadana la llamada ley 3 de 3, que terminó de plasmarse en el Senado de la República Mexicana. Se puntualizó esencial para dar seguimiento a la evolución patrimonial de los funcionarios públicos, que cada año presentara su declaración patrimonial, de conflicto de intereses y fiscal. Los sujetos de responsabilidad son todos los servidores públicos, esto es, desde el nivel más bajo al más alto, no importando remuneración, funciones, atribuciones, engloba a todo aquel que desempeñe cualquier empleo cargo o comisión, en cualquiera de los Poderes de la Unión, Organismos Autónomos, es decir aquella persona que reciba cualquier remuneración por parte del Gobierno; así como también los que fungieron como servidores públicos y a los particulares vinculados con faltas administrativas graves, cabe señalar en este rubro que los particulares, ya sea persona física o moral, empresas o corporaciones, anteriormente no eran sujetos de responsabilidad administrativa, sino solamente penal y fiscal en su caso.

Los Servidores Públicos observarán en el desempeño de sus funciones (empleo, cargo o comisión), los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público.

En la ley se disponen las siguientes directrices:

- Actuar conforme a lo que las leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas les atribuyen a su empleo, cargo o comisión, por lo que deben conocer y cumplir las disposiciones que regulan el ejercicio de sus funciones, facultades y atribuciones;

- Conducirse con rectitud sin utilizar su empleo, cargo o comisión para obtener o pretender obtener algún beneficio, provecho o ventaja personal o a favor de terceros, ni buscar o aceptar compensaciones, prestaciones, dádivas, obsequios o regalos de cualquier persona u organización;
- Satisfacer el interés superior de las necesidades colectivas por encima de intereses particulares, personales o ajenos al interés general y bienestar de la población;
- Dar a las personas en general el mismo trato, por lo que no concederán privilegios o preferencias a organizaciones o personas, ni permitirán que influencias, intereses o prejuicios indebidos afecten su compromiso para tomar decisiones o ejercer sus funciones de manera objetiva;
- Actuar conforme a una cultura de servicio orientada al logro de resultados, procurando en todo momento un mejor desempeño de sus funciones a fin de alcanzar las metas institucionales según sus responsabilidades;
- Administrar los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad, sujetándose a los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados;
- Promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en la Constitución;
- Corresponder a la confianza que la sociedad les ha conferido; tendrán una vocación absoluta de servicio a la sociedad, y preservarán el interés superior de las necesidades colectivas por encima de intereses particulares, personales o ajenos al interés general;
- Evitar y dar cuenta de los intereses que puedan entrar en conflicto con el desempeño responsable y objetivo de sus facultades y obligaciones, y
- Abstenerse de realizar cualquier trato o promesa privada que comprometa al Estado mexicano.

De dichas pautas se desprenden las líneas conductuales para los servidores públicos, y que ciertamente después son abordadas en la misma ley como causales de responsabilidad, al ser afectada la administración manejo custodia del servicio público.

Las faltas administrativas acorde a esta nueva ley general de responsabilidades administrativas se dividen en graves y no graves, la investigación corresponde a la autoridad que pertenece a la Secretaría de la Función Pública o los Órganos de Control Interno, las faltas administrativas no graves de los Servidores Públicos se encuentran descritas en el artículo 49 y 50 de la Ley de referencia, y son aquellos actos u omisiones incumplan o transgredan lo contenido en las obligaciones siguientes:

- Cumplir con las funciones, atribuciones y comisiones encomendadas, observando en su desempeño disciplina y respeto, tanto a los demás Servidores Públicos como a los particulares con los que llegare a tratar;
- Denunciar los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir, que puedan constituir Faltas administrativas;
- Atender las instrucciones de sus superiores, siempre que éstas sean acordes con las disposiciones relacionadas con el servicio público;

- Presentar en tiempo y forma las declaraciones de situación patrimonial y de intereses;
- Registrar, integrar, custodiar y cuidar la documentación e información que tenga bajo su responsabilidad;
- Supervisar que los Servidores Públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo;
- Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones, en términos de las normas aplicables;
- Colaborar en los procedimientos judiciales y administrativos en los que sea parte, y
- Cerciorarse, antes de la celebración de contratos de adquisiciones, arrendamientos o para la enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza o la contratación de obra pública o servicios relacionados con ésta, que el particular manifieste bajo protesta de decir verdad que no desempeña empleo, cargo o comisión en el servicio público o, en su caso, que a pesar de desempeñarlo, con la formalización del contrato correspondiente no se actualiza un Conflicto de Interés.
- También se considerará Falta administrativa no grave, los daños y perjuicios que, de manera culposa o negligente y sin incurrir en alguna de las faltas administrativas graves.

Las faltas administrativas graves dispuestas dentro del capítulo II de la Ley General de Responsabilidades de los Servidores Públicos, constante de 14 artículos (51-64) en los cuales se describen las conductas que serán consideradas como graves y que dichas conductas también son equiparables a las sancionadas como delitos en materia penal. Dichas conductas refieren:

- Cohecho;
- Peculado;
- Desvío de recursos públicos;
- Utilización indebida de la información;
- Abuso de funciones;
- Actuación bajo conflicto de interés;
- Contratación indebida del servicio público;
- Enriquecimiento Oculto;
- Tráfico de Influencias;
- Encubrimiento;
- Desacato;
- Obstrucción de la Justicia.

Los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves:

- Soborno;
- Participación ilícita en procedimientos administrativos;
- Tráfico de influencias;
- utilización de información falsa;
- Colusión el particular;
- Uso indebido de recursos públicos;
- Contratación indebida de ex Servidores Públicos.

Aunado a estas encontramos faltas de particulares en situación especial, las cuales son aquéllas realizadas por candidatos a cargos de elección popular, miembros de equipos de campaña electoral o de transición entre administraciones del sector público, y líderes de sindicatos del sector público, que impliquen exigir, solicitar, aceptar, recibir o pretender recibir algún beneficio, ya sea para sí, para su campaña electoral o para alguna de las personas a las que se refiere el citado artículo, a cambio de otorgar u ofrecer una ventaja indebida en el futuro en caso de obtener el carácter de Servidor Público.

6.2 Sanciones y responsabilidad del funcionario público

Ahora bien, en lo que refiere a las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones, se imponen faltas graves y no graves; la autoridad para imponer faltas graves es el Tribunal de Justicia Administrativa, en tanto que las faltas no graves son impuestas por las unidades administrativas encargadas del control interno. Este es un cambio al anterior régimen de responsabilidades que data de 1982 y 2002, ya que en ellos se establecía que una misma autoridad administrativa (Contraloría u Órgano Interno de Control) llevaba a cabo la investigación, procedimiento y sanción, es decir, un procedimiento administrativo disciplinario semi -inquisitorio. Las sanciones a imponerse, prácticamente no cambiaron, únicamente en lo que refiere a los años, veamos, por faltas administrativas no graves: 1. Amonestación pública o privada; 2. Suspensión de 1 a 30 días naturales; 3. Destitución del empleo, cargo o comisión; 4. Inhabilitación temporal de 3 meses a 1 año para desempeñar empleo, cargo o comisión, y tratándose de particulares para participar en adquisiciones arrendamientos, servicios u obra pública. Las sanciones por faltas administrativas graves son:

1. Suspensión de 30 a 90 días naturales; 2. Destitución del empleo, cargo o comisión; 3. Sanción Económica; 4. Inhabilitación temporal de para desempeñar empleo, cargo o comisión, y tratándose de particulares para participar en adquisiciones arrendamientos, servicios u obra pública, de 1 a 20 años dependiendo la afectación administrativa, económica, y de 3 meses a 1 año si no causó daños y perjuicios ni existe beneficio o lucro alguno.

Las faltas administrativas no graves están contempladas en los artículos 49 y 50 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas: - Cumplir con las funciones, atribuciones y comisiones encomendadas, observando en su desempeño disciplina y respeto; - Denunciar los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir, que puedan constituir faltas administrativas; - Atender las instrucciones de sus superiores, que sean acordes con las disposiciones relacionadas con el servicio público; - Presentar en tiempo y forma las declaraciones de situación patrimonial y de intereses; - Registrar, integrar, custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo tenga bajo su responsabilidad e impedir su uso indebido; - Supervisar que las y los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las obligaciones que los rigen; - Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones; - Colaborar en los procedimientos judiciales y administrativos en los que sea parte; - Cerciorarse antes de la celebración de contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública o para la enajenación

de todo tipo de bienes que no se actualice un conflicto de interés, y - Evitar causar daños y perjuicios a la Hacienda Pública o al patrimonio de un ente público, de manera culposa o negligente y sin incurrir en alguna de las faltas administrativas graves.

En lo que respecta a las faltas administrativas graves, señaladas en los artículos 52 a 64 de la Ley General, refieren también a algunas de las conductas tipificadas como delitos por el Código Penal, en estos términos, un servidor público, puede ser sancionado administrativamente y penalmente por Cohecho, Peculado, Desvío de recursos públicos, Abuso de funciones, Actuación bajo conflicto de interés, Contratación indebida, Enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de interés, Tráfico de influencias, Encubrimiento, Desacato y Obstrucción de la justicia.

La responsabilidad penal, se puede llevar con independencia bajo procedimientos y juicio distinto al administrativo, dicha independencia de procedimientos está estipulado en la Constitución Federal, los Delitos por hechos de corrupción, están regulados en el Título Décimo del Código Penal Federal, y abarca los siguientes delitos:

- Ejercicio ilícito del servicio público (de 2 a 7 años de prisión y multa);
- Abuso de autoridad (de 1 a 9 años de prisión y multa);
- Desaparición forzada de personas (de 5 a 40 años de prisión);
- Coalición de servidores públicos (de 2 a 7 años de prisión y multa);
- Uso ilícito de atribuciones y facultades (de 3 meses a 9 años de prisión y multa);
- Concusión (3 meses a 12 años de prisión y multa);
- Intimidación (de 2 a 9 años de prisión y multa);
- Ejercicio abusivo de funciones (de 3 meses a 12 años y multa);
- Tráfico de influencia (de 2 a 6 años y multa);
- Cohecho (de 3 meses a 2 años y multa);
- Cohecho a servidores públicos extranjeros (de 3 meses a 2 años y multa);
- Peculado (2 meses a 14 años y multa);
- Enriquecimiento ilícito (3 meses a 14 años y multa).

7. Reflexiones finales

Teniendo presente la estadística de los últimos seis años en México de cómo se percibe la corrupción, el lugar nada honroso que nos ubica en el lugar 135, de nuestra caída año con año en este índice que mide la corrupción en mas de 100 países Transparencia Internacional, pese a los esfuerzos del gobierno, de los compromisos a nivel internacional, de las reformas constitucionales, legales, políticas y prácticas institucionales, en cuanto a la reglamentación de los códigos de ética y la conformación de los comités, que es lo que hace falta para que este problema que subsiste y se alimenta de las entrañas del mismo gobierno y que va formando redes y que sus ramificaciones se extienden, que podemos hacer si esto no ha cambiado, el naciente Sistema que a nivel constitucional nació a la vida a mediados de 2015 y con la reforma a nivel federal en 2016 tuvo que posponer su entrada por las adecuaciones y legislaturas de los estados ya que estos debían de reformar su esfera de actuación para que estuviera en términos de lo estipulado a nivel federal.

De los nombramientos y del monstruo administrativo que conforma el Sistema Nacional Anticorrupción al conjugar diversos ámbitos gubernamentales, (fiscalización, control administrativo, disciplinario, transparencia y rendición de cuentas, procuración e impartición de justicia) se hace necesario e imperante que funcione o de lo contrario será un gran esfuerzo sin resultados y que lejos de ser la reforma ideal para el combate y eliminación de la corrupción, se habrá invertido tiempo, recursos económicos, humanos, y hasta la fecha quedan pendientes nombramientos de los más controvertidos el Fiscal anticorrupción y los magistrados de las salas anticorrupción dentro del Tribunal de Justicia Administrativa. Sin que a la fecha funcione como en la norma establece y con la transición del nuevo gobierno que estará entrante el primero de diciembre de 2018, y con toda la fuerza ya que tienen mayoría en el congreso de la Unión, es decir tanto en la cámara de diputados como en la de los senadores, y toda la complejidad de la Administración pública, ahora los autonomos que son en cierta forma independientes ya que el nombramiento de los titulares no depende directamente del ejecutivo Federal sino del Congreso, como lograr la independencia e imparcialidad si todo va dirigido a una sola fuerza política.

Ahora bien, se necesita un cumplimiento a la norma, que no exista impunidad, un correcto y puntual funcionamiento del Sistema Nacional Anticorrupción, por que de nada sirve que exista un complejo numero de leyes, manuales y normas si no existe acatamiento a ellas, generando impunidad y violación a derechos humanos, incluido el derecho a una buena administración pública dentro de un estado de derecho.

Así también, en el punto de capacitación, esta debe ir dirigida a los funcionarios públicos ya que su función trasciende a la esfera ciudadana, asimismo capacitación en la iniciativa privada, generar y restablecer la ética pública y los valores. Es preciso darles seguimiento a todos estos temas, ya que la implicación es muy basta y llega a afectar a toda la población vulnerándose su esfera jurídica y el mismo desarrollo y progreso del país entero. Si bien ya contamos con las herramientas legales y tecnológicas se requiere un cambio de mentalidad para para que funcione, re direccionar la educación y al mismo tiempo a los ciudadanos, con mayor participación e involucramiento a través de los instrumentos e participación ciudadana haciendo uso de las tecnologías de la información y comunicación, siempre respetando el flujo de datos personales y sensibles.

Anti-corruzione e Pubblica Amministrazione nell'ordinamento portoghese

di Anna Ciammariconi

Abstract: Anti-corruption and Public Administration in the Portuguese Legal System –

This paper focuses on the Portuguese legislation concerning the anti-corruption measures in the exercise of public functions. Particularly, the recent reforms of the Portuguese Penal Code – by means of which repressive measures were increased – are analysed; moreover, other instruments to prevent and combat corruption – which are often adopted as a response to the input deriving from the international community (e.g. the CPC) – are recalled in this article. Nevertheless, the improvement of the set of instruments to fight corruption has not allowed to contain its diffusion in the Public Administration. Undoubtedly, this is a clear sign of the necessity to disseminate a culture of lawfulness, even before acting through repressive measures

Keywords: Anti-corruption legislation; Portuguese Penal Code; Public official; Corruption Prevention Council.

1. Introduzione

In una scala ai cui estremi sono collocati il Paese percepito come più virtuoso e quello più corrotto, l'Indice di Percezione della Corruzione (CPI) per il 2018, elaborato da *Transparency International*¹, colloca il Portogallo al 30° posto (su 180 Paesi presi in considerazione) con un valore di 64 punti, laddove allo 0 corrisponde una situazione di *highly corruption* e al 100 di *very clean*. Pur con tutte le riserve che possono ricondursi a tale tipologia di valutazione, la circostanza per cui il Paese abbia perso un'ulteriore posizione rispetto ai dati dell'anno precedente e l'andamento di lungo periodo, pressoché stabile su livelli non propriamente soddisfacenti, confermano l'esistenza di una situazione di stagnazione e, nel contempo, denotano la mancanza di un indirizzo strategico da parte delle istituzioni lusitane nella lotta alla corruzione². Non a caso, il 92% dei portoghesi considera il fenomeno corruttivo particolarmente radicato nel Paese e parimenti diffuso nei settori pubblico e privato³. In linea con le considerazioni appena svolte appaiono, inoltre, i rilievi desumibili dai *report* stilati dal

¹ Organizzato su scala mondiale, è un movimento indipendente avente il fine di sensibilizzare istituzioni, imprese e società civile sulle tematiche del contrasto alla corruzione. Per maggiori informazioni si consulti il sito www.transparency.org/.

² In questo senso muovono anche i rilievi dell'Associazione *Transparência e Integridade*, rappresentante portoghese di *Transparency International*: <https://transparencia.pt/indice-de-percecao-da-corrupcao-2018/>.

³ Cfr., in proposito, il documento “Special Eurobarometer 470” sulla percezione della corruzione elaborato dalla Commissione europea: https://ec.europa.eu/home-affairs/news/eurobarometer-country-factsheets-attitudes-corruption_en.

*Group of State against Corruption (GRECO)*⁴, cui il Portogallo ha aderito dal 1 gennaio 2002; l'ultimo resoconto elaborato dal consesso in questione evidenzia lacune nel sistema e mostra ancora una carente attenzione delle istituzioni portoghesi verso tematiche quali l'integrità, la responsabilità e la trasparenza, specie in relazione all'attività svolta dai parlamentari e alla funzione giudiziaria⁵.

⁴ Gruppo operante in seno al Consiglio d'Europa, istituito nel 1999 al fine di monitorare il rispetto da parte degli Stati degli standard fissati dalle organizzazioni per l'anti-corruzione. Notizie ulteriori sono disponibili all'indirizzo www.coe.int/en/web/greco.

⁵ Più specificatamente, l'analisi complessiva della situazione portoghese è stata sinora scandita da quattro *evaluation round* elaborati dal GRECO. Il primo momento di monitoraggio, conclusosi nel 2002, ha avuto ad oggetto le tematiche dell'indipendenza, della specializzazione e degli strumenti a disposizione degli organi nazionali coinvolti nella prevenzione e nella lotta alla corruzione (con particolare attenzione all'attività svolta dalla polizia giudiziaria e dai giudici). Il quadro tratteggiato ha evidenziato l'insufficienza dei mezzi sino a quel momento impiegati e ha giustificato, quindi, la formulazione di una serie di raccomandazioni solo in parte recepite dal Portogallo attraverso l'introduzione di misure di contrasto alla *corrupção* (in tal senso, ad esempio, muovono la creazione della *Strategic Analysis Unit – 2004* – per l'identificazione delle aree maggiormente esposte al rischio di corruzione, e della *9ª secção del Departamento de Investigação e Ação Penal – DIAP* –, competente sul versante delle indagini).

Il *Segundo Ciclo de Avaliação* (2005) si è incentrato sul rapporto tra PA e corruzione. Le raccomandazioni formulate dal GRECO hanno intercettato tematiche quali il conflitto d'interessi o la protezione dei testimoni coinvolti nei reati di corruzione e riciclaggio di denaro; dette raccomandazioni hanno trovato parziale riscontro nel Paese: si pensi, ad esempio, ad una intensificazione del ricorso, da parte della *Polícia Judiciária*, al *Grupo Permanente de Ligação* (organo costituito dai rappresentanti della polizia investigativa e dell'autorità tributaria); all'istituzione, nel 2006, di tre sezioni centrali competenti per i casi di corruzione e reati economici e fiscali; al rafforzamento degli strumenti di prevenzione del reato di riciclaggio di denaro; all'istituzione del *Conselho da Prevenção da Corrupção* (su cui v. *infra* nel testo).

Il *Terceiro Ciclo de Avaliação* (2010) si è focalizzato su temi quali la penalizzazione delle diverse forme di corruzione e la trasparenza in materia di finanziamento dei partiti politici. Per quanto concerne la penalizzazione delle condotte legate alla corruzione, il rapporto finale ha rilevato come, attraverso le modifiche al codice penale (su cui v. *infra* nel testo), l'ordinamento portoghese si sia allineato agli indirizzi contenuti nella *Criminal Law Convention on Corruption* (adottata dal Consiglio d'Europa il 27-1-1999 e in vigore dal 2002; il testo della *Convention* è disponibile al [link https://rm.coe.int/168007f3f5](https://rm.coe.int/168007f3f5)) specie sul versante dei reati di corruzione commessi da pubblici funzionari.

Infine, il quarto *report* GRECO (2015) si è soffermato sulla diffusione della corruzione in relazione a tre specifiche categorie: parlamentari, giudici e pubblici ministeri. Il GRECO *Evaluation Team* (GET) ha rilevato come – nonostante la presenza di un fitto quadro normativo e di ulteriori strumenti finalizzati alla prevenzione del fenomeno corruttivo – ancora insufficiente è l'attenzione verso le tematiche dell'integrità, della responsabilità e della trasparenza. Nel documento stilato si legge che, secondo l'opinione pubblica generale, il Parlamento «is a representation office of business interest», il giudiziario denota scarsa efficienza ed emergono numerose criticità in ordine all'indipendenza della magistratura (cfr. https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900_0016806_c7c10).

Per un commento sulla più recente analisi fornita dal GRECO e, quindi, sulla situazione tuttora “globalmente insatisfatória” in merito alle misure anti-corruzione adottate in Portogallo, v. M. Lopes, *Portugal não compriu recomendações europeias anticorrupção*, in *Público*, 6-3-2018 (www.publico.pt/2018/03/06/politica/noticia/portugal-nao-cumpriu-recomendacoes-europeias-anticorrupcao-1805519). Compagno nell'articolo, tra l'altro, alcune considerazioni svolte dal Presidente dell'Associazione civica *Transparência e Integridade* (TIAC), il quale si appunta sulla mancanza di linee strategiche di contrasto alla corruzione; l'istituzione stessa della Commissione parlamentare temporanea *para o Reforço da Transparência no Exercício de Funções Públicas* (su cui v. *infra* par. 4. c) sconsiglierebbe numerosi elementi di criticità: oltre ad essere sorta «de forma inquinada» – sottolinea il Presidente della TIAC – avrebbe agito in modo discutibile, cercando di prospettare soluzioni sul piano normativo senza interrogarsi sulle cause “a monte” ovvero trascurando i rilievi e le osservazioni del GRECO.

Negli ultimi anni, il combinarsi di elementi quali le molteplici sollecitazioni provenienti dalla comunità internazionale⁶ e la diffusione di una maggiore sensibilità e di un *sentire* condiviso verso i temi del contrasto alla corruzione stimolati dagli effetti della crisi economico-finanziaria⁷ hanno innescato – in capo alle istituzioni lusitane – un processo di sviluppo di misure e strumenti con l’obiettivo di prevenire e arginare il fenomeno corruttivo: in questo senso muovono, ad esempio, la riforma del codice penale, la creazione di organi indipendenti per la prevenzione e lotta alla corruzione, l’istituzione di gruppi di lavoro e commissioni *ad hoc*. Elementi – quelli appena menzionati – che, pur denotando l’impegno delle istituzioni portoghesi verso l’individuazione di mezzi di lotta alla corruzione, non sembrano aver ancora determinato uno scatto culturale generalizzato ovvero promosso *best practices* tali da generare un’inversione di tendenza quanto alla diffusione del fenomeno corruttivo, specie nel settore della Pubblica amministrazione⁸.

Come può desumersi dal titolo del contributo, *focus* privilegiato dell’indagine è proprio il tema del rapporto tra misure anti-corruzione e PA, restano dunque sullo sfondo ovvero risultano solo marginalmente richiamate normativa e vicende riguardanti la connessione tra corruzione e ambito politico-partitico, corruzione e fenomeno sportivo, corruzione e soggetti privati, corruzione e commercio internazionale.

2. Le norme anti-corruzione in prospettiva diacronica

Già nelle ordinanze filippine del 1602 – ossia il *corpus* di norme voluto da Re Filippo II durante la dominazione spagnola del Portogallo – era prevista una regolamentazione *ante-litteram* in materia di anti-corruzione. Risultavano sanzionati, in particolare, i pubblici funzionari nel caso in cui, attraverso doni ed offerte che fossero ingiustificati (poiché non fondati su alcun *despacho*, vale a dire un ordine del giudice), potessero cagionare un danno alla persona del re e ledere in qualche modo l’autorità regia⁹.

⁶ Basti pensare a documenti quali: la Convenzione ONU contro la corruzione – Convenzione di Merida – del 2003, approvata con *Resolução* dell’*Assembleia da República* (AR) n. 47/2007 e ratificata dal Presidente della Repubblica con *Decreto* n. 97/2007 (in argomento v. S. Euclides Dâmaso, *Importância e prioridade da prevenção no combate à corrupção: o sistema português ante a convenção de Mérida*, in *Revista do Ministério Público*, 117/2009, 27 ss.); la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, del 1997, approvata con *Resolução* AR n. 72/2001 e ratificata con *Decreto* presidenziale n. 58/2001; la Convenzione OCSE contro la corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, del 1997, approvata con *Resolução* AR n. 32/2000, ratificata con *Decreto* presidenziale n. 19/2000 e trasposta nell’ordinamento interno con *Lei* n. 13/2001; la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa, del 1999, approvata con *Resolução* AR n. 68/2001 e ratificata con *Decreto* del Presidente della Repubblica n. 56/2001.

⁷ C. Cruz Santos, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, Coimbra, 2018, 69, sottolinea, in proposito, che «em tempos que têm sido de crises (também económico-financeiras), os cidadãos tornam-se sensíveis ao argumento de que a corrupção é a catástrofe social responsável pelas maiores dificuldades do seu dia-a-dia».

⁸ Sul punto, si vedano i già citati rilievi del GRECO, in particolar modo il quarto *Evaluation Round* e il relativo *Compliance Report*, del 6-3-2018.

⁹ *Ordenações Filipinas*, Libro V, Tit. VXXI; testo disponibile sul sito dell’Università di Coimbra, al seguente link: www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm.

È con il primo codice penale – risalente al 1852 – che viene definito in modo più circostanziato il novero di illeciti commessi «*dos empregados publicos no exercicio de suas funcções*»: unitamente a reati quali l'abuso di potere, l'interruzione di pubblico servizio o la violazione del segreto d'ufficio, compaiono nel testo il peculato e la concussione¹⁰ nonché la corruzione¹¹; reato, quest'ultimo, che si declina in vario modo tra cui la tangente, la corruzione passiva e attiva, la corruzione per atto illecito e lecito¹². È interessante notare come il legislatore dell'epoca abbia opportunamente voluto chiarire quali fossero le categorie da ricondurre nell'alveo dei pubblici funzionari: in questo senso, sono annoverati giudici, arbitri, tecnici e qualunque altra figura chiamata a svolgere un servizio pubblico. Il codice penale in discorso è segnato da vita breve e tormentata: oggetto di molteplici riforme – tra cui spicca quella che decreta l'abolizione della pena capitale¹³ – è sostituito dal codice del 1886, testo in cui la disciplina sugli illeciti commessi nell'esercizio delle pubbliche funzioni conosce un *draft* ancor più articolato. Sotto la rubrica «*Dos crimes dos empregados públicos no exercicio de suas funções*»¹⁴ compaiono l'*Abuso de autoridade*¹⁵, l'*Excesso de poder e desobediência*¹⁶, *Peculato e concussão*¹⁷, *Peita, suborno e corrupção*¹⁸. Le modalità attraverso cui si esplica ed è punita la corruzione ricalcano i contenuti del precedente codice; del pari, le sanzioni si estendono alle medesime *species* di pubblici funzionari¹⁹. Rispetto alla precedente disciplina penalistica (il codice del 1852) conosce, però, un'esistenza temporalmente più estesa, restando in vigore dal 1886 al 1982, anno di approvazione di un nuovo codice penale, in cui viene complessivamente riprodotta la sistematica del testo precedente; sono così sanzionati: la corruzione passiva per atto illecito (o corruzione propria); la corruzione passiva in causa penale; la corruzione passiva per atto lecito (o corruzione impropria); la corruzione attiva²⁰; il reato di peculato²¹; l'abuso d'ufficio²²; la violazione del segreto d'ufficio²³; l'abbandono delle funzioni²⁴. Il codice in questione si colloca nel clima di profondo rinnovamento istituzionale del periodo: nel Paese è stato da poco decretato il rovesciamento del regime autoritario salazarista (in seguito alla rivoluzione del 25-4-1974) ed è stato approvato un nuovo

¹⁰ Sez. VI, artt. 313-317.

¹¹ Sez. VII, artt. 318-323.

¹² La disposizione – disponibile all'indirizzo www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1267.pdf – reca la formula «*Peita, suborno e corrupção*».

¹³ Approvata a larga maggioranza dalla *Câmara dos Deputados* (90 voti favorevoli contro 2) e per consenso dalla *Câmara dos Pares*.

¹⁴ Libro II, Sez. II, Cap. XIII.

¹⁵ Sez. II.

¹⁶ Sez. III.

¹⁷ Sez. VI.

¹⁸ Sez. VII.

¹⁹ Cfr. A. Ferreira de Oliveira, *Da Corrupção: Recebimento e Oferta Indevidos de Vantagem*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2, 2014, 487-512, spec. 488-490, e A.M. Almeida Costa, *Sobre o crime de corrupção: breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia "típica" das corrupções "activa" e "passiva". Análise dogmática destes dois delitos*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – n. speciale, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1987, 55 ss.

²⁰ Artt. 420-423.

²¹ Artt. 424-427.

²² Artt. 428-432.

²³ Artt. 433-435.

²⁴ Art. 436.

testo costituzionale (2-4-1976), che consente all'ordinamento – specie in seguito alle revisioni costituzionali del 1982 e del 1989 – di aderire agli stilemi delle liberal-democrazie.

La normativa in materia di illeciti commessi nel pubblico impiego, seppur con qualche *restyling*, rimane pressoché la medesima anche dopo l'adozione del *Decreto-lei* n. 48 del 1995, con cui viene approvato il codice penale vigente²⁵.

3. Le fattispecie penali alla luce delle recenti riforme del codice penale

Benché – come si cercherà meglio di far emergere nelle pagine successive – la corruzione possa palesarsi in vario modo e, del pari, carattere eterogeneo e trasversale debbano avere le misure di prevenzione e lotta al fenomeno corruttivo, punto di osservazione obbligato (o, forse, quello più immediato) circa l'individuazione degli strumenti di contrasto alla corruzione è costituito dall'analisi della disciplina penalistica, e, dunque, dalle fattispecie di illeciti individuate dal legislatore, con particolare riferimento ai *crimes cometidos no exercício de funções públicas*. Preliminare a tale tipo di indagine è, tuttavia, l'indicazione delle *species* da ricondurre alla categoria di coloro che esercitano pubbliche funzioni. In proposito, l'art. 386 c.p. reca un elenco di figure da considerare – sulla base dell'orientamento giurisprudenziale – aperto e non tassativo²⁶: nell'alveo del «*Conceito de funcionário*» sono inclusi, tra l'altro, dipendenti pubblici, arbitri, giurati ed esperti, dirigenti, dipendenti e ulteriori categorie annoverate negli organi di controllo delle società pubbliche, nazionalizzate, a capitale pubblico o con quota maggioritaria di capitale pubblico, o, anche, riconducibili ad enti concessionari di servizi pubblici; sono altresì da parificare ai pubblici funzionari – ai sensi degli artt. 335 e 372-374, c.p. – i giudici dei tribunali internazionali cui il Portogallo ha aderito, giudici, agenti ed altri dipendenti che prestano servizio, indipendentemente dalla nazionalità o residenza, presso organizzazioni di diritto internazionale pubblico (se l'illecito è stato commesso, in tutto o in parte, sul territorio portoghese).

²⁵ Come si legge nella relazione di accompagnamento al testo «O Código Penal de 1982 permanece válido na sua essência», trattandosi del resto di un codice «inserido nos parâmetros de um Estado de direito». Alla base della revisione figura, in particolare, «a necessidade de corrigir o desequilíbrio entre as penas previstas para os crimes contra as pessoas e os crimes contra o património, propondo-se uma substancial agravação para os primeiros». Inoltre, le sollecitazioni provenienti dalla comunità internazionale – in particolare dal Consiglio d'Europa – hanno orientato la scelta di individuare pene alternative, rispetto alla reclusione, per gli illeciti meno gravi («A pena de prisão – reacção criminal por excelência – apenas deve lograr aplicação quando todas as restantes medidas se revelem inadequadas, face às necessidades de reprovção e prevenção»). Non mancano, infine, misure in tema di sicurezza o, anche, la previsione di nuovi illeciti (relativamente ai reati informatici e alle intercettazioni telefoniche).

²⁶ V., ad esempio, l'*Acórdão* del *Tribunal da Relação de Coimbra* del 20-6-2012, secondo cui «O conceito de funcionário, definido pelo art. 386 do CP, é um conceito amplo, diferente do conceito de funcionário para efeitos administrativos e, cada vez mais amplo como resulta das sucessivas alterações legislativas. O conceito, para o direito penal, consagra qualquer atividade realizada com fins próprios do Estado e, a atividade relacionada com a liquidação de patrimónios em processo de falência ou a venda em ação executiva é fim próprio do Estado levada a efeitos através do órgão de soberania Tribunaís. O arguido desempenhava funções ou atribuições de interesse público, recebendo e executando ordens emanadas de uma autoridade, pelo que e para efeitos penais deve ser considerado funcionário, como previsto no art. 386 do CP».

Il libro II (p.te speciale), tit. V, cap. IV, c.p. reca, dunque, la disciplina in materia di reati compiuti «*no exercício de funções públicas*». Articolato in sei sezioni, il capitolo si apre con il riferimento alla corruzione, declinata come *Recebimento indevido de vantagem*²⁷, corruzione passiva²⁸ e corruzione attiva²⁹; seguono, quindi, i reati di peculato³⁰, l'abuso di potere³¹ – ivi inclusa la concussione – la violazione del segreto d'ufficio³² e l'abbandono delle funzioni³³. Accanto alle due dimensioni della corruzione – passiva e attiva³⁴, a loro volta distinguibili in corruzione propria e impropria (ossia per atto illecito e lecito)³⁵ – è opportuno incentrare l'attenzione sull'illecito di *Recebimento Indevido de Vantagem*, reato introdotto nel codice penale – quale fattispecie autonoma – attraverso la *Lei* n. 108/2001³⁶. La *ratio* alla base della previsione della novella risponde essenzialmente alla necessità di favorire le condizioni per portare ad emersione i casi di pubblica corruzione, superando, quindi, le numerose difficoltà probatorie che fino ad allora costituivano la causa dell'impraticabilità di addivenire a decisioni di condanna³⁷. In quest'ottica, risulta

²⁷ Art. 372.

²⁸ Art. 373.

²⁹ Art. 374. Nella sezione in discorso sono altresì annoverati gli artt. 374-A e 374-B, relativi, rispettivamente, al regime delle aggravanti e delle attenuanti.

³⁰ Sez. II, artt. 375-376; L'art. 377 disciplina la partecipazione illecita negli affari economici.

³¹ Sez. III, artt. 378-382A.

³² Sez. IV, artt. 383-384.

³³ Sez. V, art. 386. L'ultima partizione del capitolo (sez. VI) è invece dedicata alle disposizioni generali (art. 386).

³⁴ Com'è noto, la corruzione passiva viene considerata una forma di reato più grave rispetto a quella attiva; nelle parole di C. Cruz Santos, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, cit., 38: «[o]s crimes de corrupção activa têm molduras penais inferiores às da corrupção passiva precisamente na medida em que se entende que o comportamento do particular que suborna (ou procura subornar) um agente público é menos desvalioso e menos censurável do que a conduta do próprio agente público que, vinculado por deveres especiais, se dispôs a mercadejar com as funções que exerce.»

³⁵ Copiosa è la produzione dottrinale sull'argomento. Si vedano, *ex multis*: oltre alla già citata monografia di C. Cruz Santos (*A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*); Id., *O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, Coimbra, 2001, pp. 330; C. Cruz Santos, C. Bidino, D.T. Melo, *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra, 2009, pp. 262; A.M. Almeida Costa, *Sobre o crime de corrupção: breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia "típica" das corrupções "activa" e "passiva". Análise dogmática destes dois delitos*, cit., *passim*; P. Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, 2015, 1178 ss.; E. Ferreira, M. Batista, *Práticas de Corrupção na Sociedade Portuguesa Contemporânea*, in *Polícia e Justiça*, 1992, 75 ss.; in lingua italiana E.M. Costa, *L'esperienza portoghese di lotta alla corruzione*, in *Questione giustiziana*, 1994, 633 ss.

³⁶ È il caso di precisare come la fattispecie in discorso non fosse comunque estranea alla tradizione giuridica penalistica del Portogallo. Basti pensare che già il c.p. del 1886 introduceva nel suo art. 322 il reato di «*Aceitação de oferecimento ou promessa*». Relativamente al nuovo art. 372, c.p., la dottrina si è appuntata, tra l'altro, sull'inesattezza con cui è rubricata la disposizione; P. Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, cit., 1180, sottolinea al riguardo che «[a] epígrafe do artigo é enganadora», poiché è chiaramente sanzionata, oltre alla dimensione passiva consistente nel ricevimento indebito di vantaggio per l'appunto, anche quella attiva, risultante dall'offerta o promessa indebita di vantaggio. In senso analogo, C. Cruz Santos, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, cit., 45, la quale ritiene «insufficiente» la formula impiegata, la cui epigrafe avrebbe dovuto includere anche l'«*Oferta indevida de vantagem*».

³⁷ Si vedano, in tal senso, le considerazioni svolte nell'*Exposição de motivos* alla *Proposta de Lei* 91/VIII (dalla quale si è poi originata la *Lei* n. 108/2001). In altri termini, se normalmente per i

eliminato il rapporto di tipo sinallagmatico³⁸, per cui l'illecito in questione matura senza la necessità di mostrare di aver ricevuto o accettato una contropartita³⁹. Duplice è la dimensione del *Recebimento Indevido de Vantagem*⁴⁰: da un lato, l'illecito chiama in causa la figura del pubblico funzionario, anche al di là dello svolgimento di pubbliche funzioni (il fattore discriminante consiste nell'ottenere un vantaggio illecito per via della propria condizione professionale e indipendentemente da azioni – od omissioni – esercitate in veste di pubblico ufficiale⁴¹); dall'altro, il reato ricorre per mezzo dell'offerta o della promessa di indebito vantaggio (diretta o indiretta) rivolta al funzionario (o anche a una terza persona da questi indicata o a questi in qualche modo riconducibile)⁴². Che si configuri nell'uno o nell'altro modo, l'illecito in questione, oltre a ricondurre a sé le diverse ipotesi in cui possono manifestarsi i casi di «*corrupção sem demonstração de acto concreto pretendido*»⁴³, costituisce uno strumento mediante il quale il diritto processuale penale si proietta sul (e influenza il) diritto penale: con l'art. 372 c.p., il legislatore avrebbe cioè cercato di far fronte alle difficoltà di riuscire a cogliere gli atti del “*mercantejar*” con chi esercita pubbliche funzioni; difficoltà che giustificherebbero, peraltro, la specificazione contenuta nel comma 3 dell'art. 372 – novella introdotta con *Lei* n. 32/2010 – secondo cui non sono sanzionabili le condotte socialmente conformi agli usi e ai costumi, quali gli atti di mera cortesia. Ciò che il legislatore ha pertanto inteso tutelare attraverso la previsione dell'illecito di *Recebimento Indevido de Vantagem* è la garanzia dell'integrità della funzione pubblica, che consente di assicurare il buon andamento e l'imparzialità della p.a., preservando l'azione del funzionario pubblico da interessi personali e privati⁴⁴.

reati esiste una vittima che ha interesse a denunciarli, nel caso della corruzione è molto difficile riuscire a portarli ad emersione, per via dell'interesse condiviso tra corrotto e corruttore. In proposito, con riferimento all'esperienza italiana, cfr. R. Cantone, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 2, il quale ricorda come «[i]n Italia, malgrado la corruzione non sia affatto un fenomeno marginale, in media solo 1 processo ogni 200 fra quelli all'esame della Corte Suprema di Cassazione riguarda questi reati».

³⁸ Che – sebbene possa configurarsi come «*express[o]* ou *tácit[o]*» – ricorre, invece, nei casi di corruzione passiva (anche se non necessariamente deve esserci proporzionalità tra le prestazioni, ossia tra il valore della “tangente” e quello dell'azione o dell'omissione da parte del pubblico funzionario), presupponendo cioè «*a existência de uma prestação e de uma contraprestação. Mas não é necessariamente proporcional, na medida em que o valor da prestação do corruptor pode ser muito superior ao valor do ato ou omissão do funcionário*»: P. Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, cit., 1186 s.

³⁹ Cfr. *Acórdão del Tribunal da Relação de Lisboa*, del 15-11-11, in cui è specificato che mediante la modifica all'art. 372, c.p. introdotta dalla *Lei* n. 108/2001 «*foi eliminada a referência á “contrapartida” do acto em face da vantagem solicitada ou aceite pelo funcionário, com o que o legislador pretendeu afastar a indispensabilidade do sinalagma entre a conduta do funcionário e a do corruptor*».

⁴⁰ Commi 1 e 2, art. 372.

⁴¹ Per giunta, l'illecito si consuma anche solo col mero tentativo di produrre un indebito vantaggio.

⁴² Com'è stato opportunamente evidenziato, siamo dinanzi ad una «*incoerência óbvia*» tra i due commi dell'art. 372, poiché nel quadro della prima dimensione accennata non è sanzionata l'accettazione, da parte del funzionario, della promessa di indebito vantaggio; nella seconda risulta, invece, punita la promessa di indebito vantaggio fatta da qualsiasi persona nei confronti del pubblico funzionario. Cfr. P. Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, cit., 1181.

⁴³ C. Cruz Santos, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, cit., 51.

⁴⁴ Cfr. in tal senso *Acórdão del Tribunal da Relação de Guimarães* del 5-3-2018, p.to IV.

Prassi e giurisprudenza hanno fatto leva su alcuni criteri al fine di individuare gli atti che integrerebbero il ricorrere di casi di “*Recebimento Indevido de Vantagem*”; rilevano, in particolare, il valore o la consistenza del vantaggio, le circostanze in cui esso è maturato, il fattore temporale (che, ove fosse troppo esteso tra il momento dell’“offerta” e quello in cui si ottiene il vantaggio, non darebbe luogo all’illecito)⁴⁵. Si tratta di criteri ovviamente suscettibili di essere modificati e/o integrati, purché consentano di comprovare il verificarsi di situazioni «de permeabilidade e de simpatia» nei confronti dell’amministrazione pubblica⁴⁶.

Unitamente all’ampia portata dell’intervento legislativo del 2001, sull’onda – come anticipato – di *input* esterni ovvero delle ripercussioni della crisi economica, il periodo più recente è stato interessato da ulteriori riforme, variamente orientate ad inasprire l’impianto punitivo per i reati di corruzione o, anche, ad agevolare l’individuazione di detti illeciti. Nel marzo 2011 sono entrate in vigore le leggi nn. 32/2010 e 41/2010 con cui, tra l’altro, il legislatore ha ampliato il termine di prescrizione del procedimento penale per tali reati⁴⁷, ha introdotto il regime di aggravanti⁴⁸ ed attenuanti⁴⁹, ha equiparato la disciplina relativa al rapporto tra anti-corruzione e amministrazione pubblica con quella inerente alla connessione tra anti-corruzione e titolari di cariche politiche⁵⁰.

Da ultimo, mediante *Lei* n. 30/2015, il legislatore portoghese ha reso più stringente il regime sanzionatorio⁵¹ e rivisto le misure premiali nei confronti di chi rende noto l’illecito o restituisce vantaggi non dovuti⁵²; coerentemente, l’*Assembleia*

⁴⁵ I criteri richiamati sono ovviamente flessibili e, dunque, suscettibili di essere integrati, a seconda delle circostanze. Al riguardo, cfr. A.M. Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. III, Coimbra, 2001, 121. In tal senso, v. anche *Acórdão del Tribunal da Relação de Guimarães* del 5-3-2018.

⁴⁶ La giurisprudenza ha impiegato il grimaldello del «mercadejar com o cargo»: *Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão* 22-6-2005, proc. n. 3662/2004, 3^a *Secção*. Coerentemente, in dottrina, v. C. Cruz Santos, C. Bidino, D.T. Melo, *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, cit., 132-133.

⁴⁷ Ai sensi dell’art. 118, n. 1, *al. a*), c.p.: «1 - O procedimento criminal extingue-se, por efeito de prescrição, logo que sobre a prática do crime tiverem decorrido os seguintes prazos: a) 15 anos, quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for superior a 10 anos ou dos crimes previstos nos artigos 335.º, 372.º, 373.º, 374.º, 374.º-A, 375.º, n.º 1, 377.º, n.º 1, 379.º, n.º 1, 382.º, 383.º e 384.º do Código Penal, 16.º, 17.º, 18.º e 19.º da *Lei* n.º 34/87, de 16 de julho, alterada pelas *Leis* n.os 108/2001, de 28 de novembro, 30/2008, de 10 de julho, 41/2010, de 3 de setembro, 4/2011, de 16 de fevereiro, e 4/2013, de 14 de janeiro, 7.º, 8.º e 9.º da *Lei* n.º 20/2008, de 21 de abril, e 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da *Lei* n.º 50/2007, de 31 de agosto, e ainda do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção».

⁴⁸ Su questo versante, in particolare, l’art. 374-A, mediante il rinvio all’art. 202 c.p., consente di differenziare valore elevato e valore considerevolmente elevato e, dunque, di distinguere i casi di corruzione di lieve, media e grave entità.

⁴⁹ Con la previsione di norme premiali *ex art.* 374-B c.p., specie nei casi di collaborazione, tra cui, ad esempio, la restituzione di beni ricevuti.

⁵⁰ V., in particolare, le novelle introdotte dalla *Lei* n. 41 del 2010 alla *Lei* n. 34 del 1987 («relativa a crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos»). Nel senso di un’armonizzazione tra la disciplina penalistica sui funzionari e quella relativa alle responsabilità dei titolari di cariche politiche v., anche, la già citata *Lei* n. 108/2001.

⁵¹ Nei casi di abuso di potere (art. 335 c.p.) e corruzione attiva per atto lecito (art. 374, n. 3, c.p.).

⁵² Sono altresì previsti ulteriori requisiti per dispensare dall’accusa colui che entro 30 giorni dal reato e prima dell’avvio del procedimento penale ammette il fatto e restituisce il vantaggio ottenuto ovvero, in caso di bene fungibile, il valore della cosa (art. 374-B, n. 1 c.p. e art. 19-A, l. 84/1987).

da *República Portuguesa* si è resa artefice dell'ampliamento del novero di figure riconducibili a quelle di funzionario, titolare di cariche politiche, funzionario straniero⁵³ e ha esteso anche a dipendenti pubblici e personale di imprese a partecipazione statale le garanzie di protezione previste per i testimoni⁵⁴.

In estrema sintesi, l'insieme delle misure rapidamente scorse mostra come il prevalente indirizzo del legislatore lusitano sia stato orientato – nel più recente periodo – verso un rafforzamento degli strumenti di repressione degli illeciti di corruzione compiuti nell'esercizio di pubbliche funzioni. La tendenza in questione stimola, al tempo stesso, alcune riflessioni circa i potenziali rischi di un simile approccio, atteso che gli strumenti repressivi si accompagnano ad un progressivo indebolimento delle garanzie proprie dello Stato di diritto: al riguardo, non a caso, più d'una perplessità suscita non tanto il prolungamento del termine di prescrizione del reato⁵⁵ quanto piuttosto la controversa questione del prolungamento a 18 mesi della durata massima delle indagini⁵⁶, cui – com'è noto – fa da contraltare la contestuale compressione di alcuni diritti fondamentali. L'arco di tempo in discorso è particolarmente esteso, sicché ogni ulteriore ipotesi di proroga, motivata dalle difficoltà di accertamento dell'illecito di corruzione e rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria è da ritenersi *inaceitável*, recando un *vulnus* a principi fondamentali quali l'effettività della tutela giurisdizionale e la presunzione di innocenza⁵⁷.

4. Gli altri strumenti di prevenzione. In particolare: a) il *Conselho de Prevenção da Corrupção*

278

Il tema della lotta alla corruzione non può essere efficacemente affrontato facendo leva soltanto sulla disciplina penalistica ma richiede l'impiego di ulteriori strumenti e strategie preventive con l'obiettivo di andare oltre i limiti dell'azione repressiva. In linea con questa impostazione, è stata istituita, mediante la già citata *Lei n. 54 del 2008*, un'apposita autorità – il *Conselho da Prevenção da Corrupção* (CPC) – operante presso il *Tribunal de Contas* avente il compito di esercitare una capillare attività di

⁵³ Cfr. *Lei n. 20/2008* (rubricata «Cria o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de Julho»), spec. art. 2.

⁵⁴ *Lei n. 19/2008* (denominata «Aprova medidas de combate à corrupção e procede à primeira alteração à Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, à décima sétima alteração à lei geral tributária e à terceira alteração à Lei n.º 4/83, de 2 de Abril»), spec. art. 4. Per completezza di informazioni, occorre ricordare, infine, che con la *Lei n. 8/2017* sono state introdotte modifiche alla disciplina sul peculato (artt. 375-377, c.p.) e al regime delle attenuanti (cfr. il già citato art. 372-B, c.p. Per un quadro esaustivo circa le versioni anteriori della disposizione in parola v. www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0374B&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo).

⁵⁵ *Ex art.* 118 c.p.

⁵⁶ Art. 276 c.p.p.

⁵⁷ Sull'argomento, v. D. Pastor, *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*, in *Rev. Est. Just.*, 3004, 51 ss., C. Cruz Santos, *Os crimes de corrupção – notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão*, in *Julgar*, 2016, 89 ss., Id., *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, cit., 109 ss.). In tema cfr., inoltre, l'*Acórdão* del *Tribunal da Relação de Lisboa*, del 9-7-2015 (decisione nella quale viene specificato come l'arco temporale di espletamento dell'inchiesta debba considerarsi perentorio e non meramente ordinatorio), successivamente rigettata dal *Supremo Tribunal de Justiça*, con sentenza del 24-9-2015.

sensibilizzazione, prevenzione, monitoraggio e contrasto alla corruzione e ai reati ad essa connessi⁵⁸. Molteplici sono, almeno sul piano formale, le funzioni attribuite al *Conselho* ed includono, tra le altre, la raccolta di informazioni finalizzate ad avere consapevolezza circa la diffusione del fenomeno corruttivo, della criminalità legata alla sfera economica e finanziaria, dell'appropriazione indebita di denaro pubblico, del peculato, dell'abuso di potere o dell'utilizzo illecito di informazioni privilegiate nell'esercizio delle funzioni della Pubblica Amministrazione o del settore pubblico dell'impresa, unitamente al monitoraggio dell'applicazione degli strumenti giuridici e dei mezzi amministrativi adottati dall'amministrazione per impedire il verificarsi di tali illeciti. È inoltre attribuito al *Conselho* il potere di sollecitare l'*Assembleia da República*, il Governo e gli organi di governo delle Regioni autonome, all'approvazione di strumenti normativi finalizzati a scoraggiare il diffondersi dei reati sopracitati⁵⁹. Coopera altresì con le autorità pubbliche affinché possano diffondersi strumenti di *soft law* (tra cui l'elaborazione di codici di condotta che facilitino la comunicazione tra i funzionari e le autorità competenti per la lotta alla corruzione) o attività di formazione dei funzionari per la prevenzione e il contrasto dei reati, nonché con gli organismi internazionali attivi nel medesimo settore⁶⁰.

Dal punto di vista operativo, ove il *Conselho da Prevenção da Corrupção* dovesse avere informazioni circa fatti suscettibili di costituire un reato o un illecito disciplinare, provvede a darne comunicazione all'autorità giudiziaria (*Ministério Público*) o all'autorità disciplinare competente, trasmettendo a quella tutta la documentazione utile di cui dispone⁶¹. Rispetto alle comunicazioni indirizzate all'autorità giudiziaria, numericamente inferiori sono le istanze del CPC⁶² che si traducono in rapporti di *audit*, ispezioni e decisioni disciplinari da parte dell'*Autoridade Tributária e Aduaneira*⁶³.

La legge istitutiva del *Conselho* fa sorgere, inoltre, in capo alle autorità pubbliche, ad enti, servizi e funzionari della PA (centrale e substatale) così come in capo agli enti operanti nell'ambito del settore pubblico dell'impresa, il dovere di collaborare con il CPC, prevedendo altresì effetti sanzionatori in caso di mancata ottemperanza a tale obbligo⁶⁴.

Entro il mese di marzo di ogni anno, il CPC presenta a Parlamento e Governo portoghesi una relazione concernente le attività svolte nel corso dell'anno precedente, con particolare enfasi posta sui reati di corruzione, in particolare

⁵⁸ Il CPC è presieduto dal Presidente del *Tribunal de Contas*, al quale spetta il *voto de qualidade*; tra i restanti sette componenti figurano: il Direttore Generale del *Tribunal de Contas*, l'*Inspector-geral de Finanças*, l'*Inspector-geral das Obras Públicas, Transportes e Comunicações*, l'*Inspector-geral da Administração Local*, un magistrato del *Ministério Público*, designato dal *Conselho Superior do Ministério Público*, un avvocato designato dal Consiglio generale dell'Ordine degli Avvocati, e da una personalità di riconosciuta esperienza del settore, cooptata dagli altri membri.

⁵⁹ Art. 2.1, *Lei* n. 54/2008.

⁶⁰ Art. 2.2-3, *Lei* n. 54/2008.

⁶¹ Art. 8, *Lei* n. 54/2008.

⁶² Nel 2017, il 5,8 % delle *comunicações* totali.

⁶³ Organo del Ministero delle Finanze, competente per la gestione di imposte, dazi doganali e altre tasse, nonché per il controllo a fini fiscali ed economici delle frontiere esterne dell'UE e del territorio doganale nazionale.

⁶⁴ Art. 9, *Lei* n. 54/2008.

nell'ambito della PA e del settore dell'impresa pubblica⁶⁵. Le relazioni annuali, pubblicate dall'anno di entrata in funzione del CPC⁶⁶, delineano un costante incremento delle segnalazioni di sospetti casi di corruzione, in particolare a partire dal 2014. La maggior parte delle segnalazioni di presunti illeciti – circa l'80% del totale – riguarda l'amministrazione centrale (diretta e indiretta) e locale, mentre molto più basso è il numero di presunti reati attribuiti ad altri organi *sob tutela publica*⁶⁷; osservando poi il fenomeno sotto il profilo della distribuzione geografica, emerge che la maggior parte delle segnalazioni riguarda i territori settentrionale e centrale del Paese (il che, tuttavia, non equivale necessariamente a ritenere che Sud e isole di Azzorre e Madera non siano interessate dalla diffusione del fenomeno corruttivo)⁶⁸. I risultati raccolti dal *Conselho* permettono inoltre di individuare i settori maggiormente esposti al pericolo di corruzione e dei reati ad essa connessi, ossia la sfera dei contratti pubblici, delle concessioni, della pianificazione del territorio, urbana e ambientale. Ma il dato, forse, più interessante che emerge dai *Relatórios de atividades* consiste nel forte divario tra il numero di segnalazioni di presunti illeciti che coinvolgono pubblici funzionari⁶⁹ e il numero effettivo di condanne: la maggioranza delle comunicazioni effettuate dal CPC al *Ministerio Público* o alle autorità competenti si traduce in richieste di archiviazione o in comunicazioni di avvio di indagini, mentre ridotto è il numero di rinvii a giudizio e di sentenze di condanna, circostanze, queste, che denotano le difficoltà di raccolta delle prove, in larga parte dovuta alla natura *oculta* degli atti legati alla corruzione⁷⁰.

Le attività svolte dal *Conselho* nella lotta alla corruzione sono completate da una capillare opera di controllo e sensibilizzazione al problema del fenomeno corruttivo e dei reati ad esso connessi attraverso la promozione di progetti educativi, l'organizzazione di seminari e conferenze o corsi di formazione per i funzionari di enti pubblici; interessante appare anche l'attività di audizione, a cadenza annuale, di specialisti nei vari settori, i quali sono chiamati a fornire relazioni dettagliate in tema di corruzione, al fine di elaborare raccomandazioni o mezzi di prevenzione sempre più efficaci. In proposito, particolarmente importante è stata l'adozione della *Recomendação* n. 1/2009 – *Planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas*, adottata nel luglio del 2009 e originatasi dalla necessità di assicurare un maggiore controllo nel campo della gestione di *dinheiros, valores o patrimonio públicos*. Dopo aver raccolto – attraverso la somministrazione di questionari a 700 enti pubblici – un'anagrafe dei rischi presenti nella sfera dei contratti pubblici e della concessione di

⁶⁵ Art. 7, *Lei* n. 54/2008.

⁶⁶ Sono consultabili al seguente indirizzo www.cpc.tcontas.pt/documentos/rel_atividades.html.

⁶⁷ Si intendono per tali gli enti con poteri o funzioni pubblici delegati, il corpo dei Vigili del Fuoco, le Istituzioni pubbliche di solidarietà sociale, associazioni culturali, sportive, ricreative, o di pubblica utilità, e simili. Cfr., ad esempio, il *Relatório de Atividades* relativo al 2016, all'indirizzo www.cpc.tcontas.pt/documentos/ra/Rel_Actv_CPC_2016.pdf.

⁶⁸ Il rapporto del CPC più recente (2017), annovera i seguenti dati: il 35,5% delle comunicazioni giudiziarie proviene dalla regione settentrionale, il 57,4% da quella centrale e solo il 7,1% dalla regione meridionale. Cfr. www.cpc.tcontas.pt/documentos/ra/Rel_Actv_CPC_2017.pdf. In un'ottica generale, le fattispecie maggiormente ricorrenti di illeciti sono quelle di corruzione (attiva e passiva) e di peculato.

⁶⁹ Ai sensi del già citato art. 386, c.p.

⁷⁰ Nel rapporto 2017, i casi archiviati rappresentano i due terzi del totale (244 su 408), mentre un quinto di essi si è tradotto in comunicazioni di avvio di indagini: www.cpc.tcontas.pt/documentos/ra/Rel_Actv_CPC_2017.pdf.

benefici pubblici, il CPC ha adottato la sopraccitata Raccomandazione, con cui si esortano gli organi direttivi degli enti preposti alla gestione di denaro e patrimonio pubblici ad adottare i piani di gestione del rischio di corruzione e di reati connessi, seguendo le linee-guida riportate nella Raccomandazione medesima. I *Planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas* – da rendere pubblici e trasmettere al CPC e agli organismi di controllo – risultano essere strumenti fondamentali per la valutazione del rischio di corruzione e, quindi, per individuare preventivamente strumenti di contrasto⁷¹: un elemento, questo, che occorre valorizzare, nella misura in cui il contrasto alla corruzione non può by-passare la diffusione di una cultura della prevenzione avvelandosi soltanto degli strumenti di repressione. Alla *Recomendação* n. 1/2009 hanno fatto seguito altre due raccomandazioni relative anch'esse ai piani di gestione del rischio di corruzione, ossia la *Recomendação* CPC rubricata *Publicidade dos Planos de Prevenção de riscos de corrupção e infracções conexas* (7-4-2010) e la *Recomendação* CPC sui *Planos de Prevenção de Riscos de Corrupção e Infracções Conexas* (1-7-2015)⁷².

4.1. (segue). b) la *Comissão Eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção*

Come accennato, è soprattutto durante gli anni della crisi economica che è cresciuto nell'opinione pubblica e sul piano istituzionale l'interesse verso le tematiche della lotta alla corruzione, specie nel settore della PA⁷³. L'analisi di dati e statistiche consente di desumere come l'inizio e l'espansione della crisi economico-finanziaria procedano di pari passo con l'incremento delle segnalazioni di sospetti casi di corruzione: in relazione al numero di processi avviati per reati di corruzione attiva e passiva non a caso si raggiunge il livello più elevato nel 2010⁷⁴. Nel medesimo anno, attraverso la *Resolução* parlamentare n. 1/2010, l'*Assembleia da República* istituisce la *Comissão Eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate*⁷⁵, articolazione interna del Parlamento, creata per un periodo limitato⁷⁶ con l'obiettivo di raccogliere informazioni e passare al vaglio tutte le misure destinate a prevenire e contrastare la

⁷¹ L'effettiva e corretta adozione di detti piani è sottoposta al controllo degli organismi preposti alle attività di ispezione, sorveglianza e *auditing* nonché grava su tutti gli enti pubblici l'onere di elaborare relazioni annuali che diano conto dello stato di attuazione del piano.

⁷² I testi delle Raccomandazioni citate sono consultabili ai seguenti indirizzi: www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_20090701.pdf, www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_001_2010.pdf, www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacoes/recomendacao_cpc_20150701_2.pdf.

⁷³ Al riguardo, possono trarsi utili spunti in S. Euclide Dâmaso, *Contra a Corrupção – As leis de 2010, As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, 2011, 46 s.

⁷⁴ Sul punto, un'interessante fonte di documentazione è costituita dal *Boletim Estatístico Temático, Estatísticas sobre corrupção (2007-2016)*, disponibile al link: [www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticas-sobre2257/downloadFile/file/Boletim tematico Corrupcao 20171205.pdf?nocache=1541804851.46](http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticas-sobre2257/downloadFile/file/Boletim%20tematico%20Corrupcao%2020171205.pdf?nocache=1541804851.46).

⁷⁵ Composta da 23 deputati in rappresentanza dei diversi gruppi parlamentari e presieduta dal socialista J. Vera Jardim.

⁷⁶ Nel regolamento viene specificato che il periodo di funzionamento della Commissione si estende per 180 giorni.

corruzione⁷⁷. Molteplici sono stati i progetti di legge sottoposti all'esame della Commissione e aventi principalmente ad oggetto le proposte di modifica di articoli del codice penale, l'introduzione del nuovo reato di *crime urbanístico*, la previsione di strumenti normativi capaci di assicurare la trasparenza e il controllo pubblico su stipendi e beni di funzionari politici e alti funzionari pubblici, le iniziative di riforma della normativa vigente in materia di protezione dei testimoni. Come può desumersi dalla copiosa relazione finale stilata⁷⁸, la Commissione – coadiuvata anche dal gruppo di lavoro denominato *Análise e Reflexão do Processo Legislativo*⁷⁹ – ha analizzato tutti i progetti di legge in materia *de qua*, esprimendo il relativo parere arricchito dall'esito di audizioni con esperti e figure a vario titolo coinvolte⁸⁰. Ciò che emerge dai rilievi espressi dalla Commissione è, in particolare, l'opportunità di attuare una strategia nazionale basata non solo sulla formale previsione di strumenti e misure legislative o amministrative di lotta alla corruzione ma anche sulla formazione di risorse umane impiegate a tale scopo⁸¹; elementi, questi, che confermano come il contrasto al fenomeno corruttivo debba necessariamente essere multidimensionale e non limitarsi alla sola prospettiva repressiva nonché fondarsi sulla diffusione di una cultura alla prevenzione e di un'educazione alla legalità. Coerenti con le considerazioni appena svolte appaiono le raccomandazioni della Commissione riguardanti, tra l'altro, l'istituzione di *Departamentos de Investigação e Acção Penal Distritais*, a partire dalle principali città del Paese (Lisbona e Porto) e aventi il compito di cooperare con Università e altre istituzioni pubbliche nella direzione di favorire scelte che assicurino la specializzazione dei magistrati del *Ministério Público* nella lotta alla criminalità in campo economico (corruzione e riciclaggio di denaro *in primis*) e l'implementazione dell'uso di strumenti informatici a sostegno delle indagini. Non meno importanti sono i suggerimenti della Commissione orientati a promuovere una sensibilizzazione dell'opinione pubblica attraverso programmi di formazione che permettano ai cittadini di prendere coscienza del fenomeno e degli strumenti di cooperazione con la giustizia⁸².

⁷⁷ Più in dettaglio, la Commissione può sollecitare la partecipazione ai lavori di membri del governo, di istituzioni pubbliche o private, siano esse nazionali o internazionali, così come procedere alla raccolta di materiale utile per lo svolgimento dei compiti attribuitigli dalla legge. Può inoltre procedere alle audizioni di esperti nonché richiedere pareri ad organi quali il CPC, il *Conselho Superior de Magistratura*, il *Conselho Superior do Ministério Público*, l'*Ordem dos Advogados*, l'*Associação Nacional dos Municípios Portugueses*.

⁷⁸ Approvata all'unanimità e pubblicata nel luglio 2010.

⁷⁹ Istituito nel maggio del 2010 con il compito di rafforzare il dibattito sulle iniziative legislative proposte nell'ambito della prevenzione e della lotta al fenomeno della corruzione.

⁸⁰ Nella relazione si tiene conto non soltanto del quadro normativo e della dottrina interni, ma figurano anche utili spunti comparatistici, con particolare attenzione all'esperienza dei Paesi UE (in special modo alla Spagna) e alle regole di derivazione internazionale. Per approfondimenti, si rinvia al [link](http://www.parlamento.pt/sites/COM/XILeg/CEAPFCAISVC/paginas/relatoriosactividade.aspx) www.parlamento.pt/sites/COM/XILeg/CEAPFCAISVC/paginas/relatoriosactividade.aspx.

⁸¹ In particolare, la Commissione raccomanda il rafforzamento della *Unidade de Perícia Financeira e Contabilística da Polícia Judiciária*, del *Núcleo de Assessoria Técnica* (NAT), dell'*Inspecção Geral da Administração Local* (IGAL) e dell'*Inspecção-Geral de Finanças*.

⁸² Per ulteriori informazioni, cfr. *Relatório* della *Comissão Eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate*, in special modo il *Projecto de Resolução*, rubricato *Recomanda ao Governo a tomada de medidas destinadas ao reforço da prevenção e do combate à corrupção*, 206-209.

4.2. (segue): c) cenni sui rimedi ulteriori (la *Comissão eventual para o Reforço da Transparência no Exercício de Funções Públicas* e il *Provedor de Justiça*)

Sul modello della *Comissão Eventual para o Acompanhamento Político do Fenómeno da Corrupção e para a Análise Integrada de Soluções com vista ao seu Combate*, mediante il *Projeto de Resolução* n. 215/XIII del 2016 è stata promossa l'istituzione di una *Comissão eventual para o Reforço da Transparência no Exercício de Funções Públicas*⁸³, al fine di migliorare la qualità della democrazia attraverso il consolidamento di strumenti che conferiscono maggiore trasparenza e controllo nei confronti di chi ricopre ruoli di responsabilità pubblica⁸⁴. Tra gli obiettivi della Commissione figurano, tra l'altro, quello di implementare la legislazione in materia di prevenzione e lotta alla corruzione nella Pubblica amministrazione, coerentemente con i rilievi e le raccomandazioni del GRECO. È interessante notare come l'avvio dei lavori della *Comissão eventual* sia stato pressoché contestuale all'adozione, da parte del Governo guidato dal Primo Ministro A. Costa, di un *Código de Conduta do Governo*, documento recante principi e doveri cui deve ispirarsi l'azione pubblica, con particolare attenzione alle garanzie di indipendenza, trasparenza e imparzialità. Il documento in questione risponde altresì all'esigenza di accrescere la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni, fissando apposite linee-guida da destinare ai membri dell'Esecutivo e agli alti funzionari della PA⁸⁵.

Non si deve dimenticare, infine, che a tutela degli interessi legittimi dei cittadini e a garanzia di giustizia e legalità nello svolgimento delle pubbliche funzioni è posto il *Provedor de Justiça*, disciplinato dall'art. 23 della Costituzione portoghese e dalla *Lei* n. 9 del 1991. Su denuncia o istanza del singolo, il *Provedor de Justiça* – ossia l'*ombudsman* del Portogallo – può intervenire al fine di segnalare irregolarità e raccomandare opportuni interventi per migliorare le *performance* delle attività variamente svolte in ambito pubblico. Alla luce di quanto indicato nella già citata Raccomandazione del CPC n. 1/2009, il *Provedor* ha elaborato – nel quadro delle attività dei servizi di supporto al *Provedor* – un piano che identifica i rischi legati alla corruzione e ai reati ad essa connessi.

5. Conclusioni

L'insieme delle misure sopra descritte consente di addivenire ad alcune considerazioni conclusive. Anzitutto, la propensione – se non addirittura la frenesia – mostrata dal legislatore lusitano nell'adottare strumenti volti a prevenire e reprimere la corruzione sembra configurarsi tuttora quale portato di sollecitazioni esterne e di

⁸³ La pertinente documentazione è disponibile all'indirizzo www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=40170.

⁸⁴ Le proposte – di iniziativa del Partito Socialista – riguardano modifiche al *Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Políticos*, allo *Estatuto dos Deputados*, alla *Lei de Controlo Público da Riqueza dos Titulares de Cargos Políticos*, alla *Lei Geral Tributária*, al *Regime Geral das Infrações Tributárias*, e al *Código do IRS*. Si tratta, in altri termini, di proposte di riforma tutt'altro che puntuali ma che mirano a rivedere in modo sistematico e strutturale l'intero impianto normativo riconducibile al ruolo e alle funzioni esercitate dai titolari di cariche politiche. Proprio in ragione dell'ambizioso obiettivo alla base delle proposte richiamate, sarebbe forse opportuno un coinvolgimento, il più ampio possibile, dei diversi attori politici e degli organi tecnici (tra i quali, ad esempio, il CPC).

⁸⁵ Il testo del *Código* è disponibile all'indirizzo dre.pt/application/file/a/75381061.

congiunture particolari (prima fra tutti la crisi economico-finanziaria che ha colpito duramente la già debole economia del Paese) piuttosto che esito di un processo maturo, capace di assicurare quello scatto generalizzato verso la diffusione di una cultura della legalità⁸⁶. Per questa ragione, probabilmente, gli interventi adottati in Portogallo negli anni più recenti hanno sovente assunto carattere transitorio (si pensi all'istituzione di Commissioni parlamentari temporanee) piuttosto che configurarsi alla stregua di riforme strutturali ed organiche.

L'indice di percezione della corruzione elaborato da *Transparency International* e, soprattutto, i rilievi del GRECO costituiscono un segnale dell'incisività ancora relativa degli strumenti impiegati. Un approccio quanto più possibile trasversale, capace di coordinare misure repressive e strumenti di prevenzione sarebbe probabilmente una efficace ricetta verso il progressivo sradicamento del fenomeno corruttivo nell'esercizio delle pubbliche funzioni. In questo senso, due sembrerebbero i fattori sui quali fare leva: da un lato, una più circostanziata definizione delle fattispecie da ricondurre al *Recebimento Indevido de Vantagem*, con cui il legislatore ha cercato di superare gli ostacoli probatori all'individuazione di episodi di corruzione⁸⁷; dall'altro, un potenziamento delle funzioni del *Conselho da Prevenção da Corrupção*, organo, quest'ultimo, che dovrebbe assumere un ruolo centrale sia sul versante della definizione di *best practices* (da estendere ai vari organi dell'amministrazione) sia in relazione al contributo fattivo quanto alla definizione stessa delle riforme da intraprendere.

⁸⁶ Cfr. in proposito, con riferimento all'esperienza dell'ANAC, R. Cantone, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, cit., spec. 10.

⁸⁷ Sebbene non manchino elementi di criticità, come ben rilevato dalla dottrina (specie in relazione alle fasi dell'inchiesta e, soprattutto, alla dilatazione dei tempi delle indagini, con conseguente compressione dei diritti fondamentali): cfr. ancora C. Cruz Santos, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, cit., spec. 109 ss.

I meccanismi di lotta alla corruzione in Slovenia

di Andrea Crismani

Abstract: The corruption-fighting mechanisms in Slovenia – International organizations and some pathological situations in the political and economic sphere have influenced the change of the Slovenian anti-corruption system, that has become similar to those of other countries. However, the phenomenon of shallow institutionalization is perceivable in Slovenia.

Keywords: Slovenia; Commission for the Prevention of Corruption; Transparency.

1. Introduzione e metodo

In linea generale il contrasto alla corruzione e alle varie forme di patologia della pubblica amministrazione, anche se non ricomprese tecnicamente nella terminologia della corruzione, è razionalmente trattato in un'ottica di diritto penale in termini di repressione di devianze che si sono già verificate. Questo schema storicamente ricorre sia nell'ordinamento italiano e sia in altri c.d. nuovi ordinamenti post-socialisti come quello sloveno¹.

Il ruolo del diritto amministrativo nel campo della corruzione è pertanto relativamente recente, sebbene il suo coinvolgimento nell'approccio a taluni reati corruttivi sarebbe dovuto essere maggiore, nel senso di cogliere dall'esperienza del diritto amministrativo i dati fattuali al fine di strutturare tecnicamente meglio le fattispecie delittuose, poiché il loro oggetto sono appunto l'azione della pubblica amministrazione e l'interesse perseguito. Si consideri, ad esempio, la compenetrazione dell'abuso, dell'interesse privato e dell'omissione con la funzione pubblica.

Il collegamento tra il diritto penale e il diritto amministrativo è importante, poiché il diritto penale richiama precetti morali e doveri comportamentali che devono essere rinvenibili nella struttura organizzativa della pubblica amministrazione. L'interazione tra le due discipline trova la migliore espressione nelle riforme dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione in termini di

¹ Sul sistema costituzionale della Slovenia e i rapporti eurounitari, si v. M. Žgur, N. Kogovšek Šalamon in B. Koritnik (cur), *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju*: liber amicorum Ciril Ribičič, Maribor, 2017; F. Grad, *Evropsko ustavno pravo*, Ljubljana, 2010; F. Grad, I. Kaučič, S. Nerad, C. Ribičič, S. Zagorc, *Ustavno Pravo Evropske Unije*, Ljubljana, 2007; F. Grad, I. Kristan, A. Perenič, *Primerjalno ustavno pravo*, Ljubljana, 2006; F. Grad, *Lokalna demokracija*, Ljubljana, 1998; F. Grad, *Parlament in vlada*, Ljubljana, 2000. Sul sistema amministrativo si v.: V. Androjna, E. Kerševan, *Upravno procesno pravo*, Ljubljana, 2006; T. Jerovšek, *Zakon o splošnem upravnem postopku z uvodnimi pojasnili*, Ljubljana, 2001; T. Jerovšek, *Predpisi o upravnem sporu, z uvodnimi pojasnili*, Ljubljana, 1998; R. Pirnat, *Osebe javnega prava: prispevek k reinstituciji pojma v slovenskem pravu*, in *Javna uprava*, 1995, 31, 4, 477. F. Bučar, *Upravljanje*, Ljubljana, 1981.

potenziamento dei principi di legalità, imparzialità, trasparenza e buon andamento in un'ottica di prevenzione della corruzione e nel rafforzamento della legislazione penale, introducendo, ad es. come accaduto in Slovenia, nuove disposizioni per i reati che riguardano i fondi pubblici, anche in relazione alle procedure d'appalto.

Usualmente l'impulso riformatore avviene a seguito di scandali clamorosi provenienti dal settore degli approvvigionamenti pubblici (Lockheed negli anni Settanta e Tangentopoli negli anni Ottanta del secolo scorso in Italia o i più recenti riguardanti l'utilizzo dei finanziamenti dei partiti o le opere della protezione civile, il caso Patria – armamenti, il settore ospedaliero e quello bancario in Slovenia).

In effetti, il ripensamento della disciplina dei contratti pubblici, dell'organizzazione delle strutture di approvvigionamento e della strutturazione di una *governance* sono tra i primi rimedi che si cerca di introdurre a seguito di eventi che destano scandalo nell'opinione pubblica, disorientamento e sconforto tra i funzionari pubblici.

Oggi la materia degli approvvigionamenti è di competenza dell'Ue che agisce in un'ottica di prevenzione della corruzione in conformità a una scala di valori diversi da quelli c.d. storici, come la tutela dei valori etici e dell'integrità degli interessi pubblici. Infatti, la prevenzione della corruzione è intesa essenzialmente sotto l'aspetto economico, come del resto la normativa sugli appalti ha il suo obiettivo principale nella tutela della concorrenza e, per mezzo di quest'ultima, nella salvaguardia delle finanze pubbliche.

Anche l'infrastruttura anticorruptiva e i suoi principi strumentali trovano impulso a livello sovranazionale in organizzazioni internazionali quali l'Onu, l'Ocse, il Consiglio d'Europa, l'Unione europea e nei loro provvedimenti sovranazionali dai quali la disciplina nazionale prende le basi.

286

Le misure anticorruptive di natura amministrativa, ed escluse quelle propriamente penalistiche, possono essere catalogate secondo un modello ricostruttivo e funzionale suddiviso in tre ambiti di misure che concorrono a comporre un complesso e articolato disegno organizzativo e procedimentale posto, appunto, a contrastare la corruzione².

Il primo ambito riguarda le misure ordinamentali. Sono considerate tali in quanto fuoriescono, o sembrano fuoriuscire, dall'organizzazione amministrativa in senso stretto. Ci si riferisce agli organi politici governativi, alle assemblee elettive che esercitano poteri di indirizzo e programmazione e agli organismi o alle *authorities* essenzialmente indipendenti dotate di una pluralità di poteri tra i quali indirizzare, sovraintendere e sanzionare le amministrazioni e i singoli funzionari. Esse sono dotate di un sistema di relazionamento con il potere legislativo in termini di referto che normalmente le rende indipendenti dagli organi governativi.

Il secondo ambito attiene alle misure amministrative riferite agli apparati amministrativi e quelle riguardanti la configurazione dell'attività dell'amministrazione. Le misure sull'organizzazione disciplinano i poteri e gli obblighi delle amministrazioni in tema anticorruptivo, la promozione di norme e metodologie per la prevenzione della corruzione, i criteri che assicurano la rotazione e la prevenzione di incompatibilità e in generale l'organizzazione dell'amministrazione e il suo funzionamento. Invece le misure attinenti all'attività si riferiscono in particolare alla redazione e alla gestione di piani anticorruptivi

² Modello elaborato dalla dottrina italiana, v. L. Giampaolino, *Le misure amministrative nella lotta alla corruzione*, Intervento al Convegno di Studi Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali pubblico e privato nelle strategie di contrasto alla corruzione, Courmayeur, 28 - 29 settembre 2012, in www.cnpds.it/documenti/giampaolino.pdf.

nell'intento di realizzare il principio di trasparenza.

Il terzo ambito è riferito alle misure riguardanti i soggetti che agiscono nell'amministrazione e pertanto si riferiscono al loro *status* giuridico, patrimoniale e di integrità personale in generale.

In sintesi, dai tre ambiti si ricava che la componente normativa ha una funzione rimediabile ai fatti già accaduti e pertanto presuppone sistemi inquirenti, accusatori e sanzionatori, mentre la componente istituzionale, attraverso un sistema di meccanismi e organi, tende a prevenire il verificarsi di eventi corruttivi o lesivi dell'integrità. Vi è, infine, l'aspetto etico che non è inteso in termini strettamente sanzionatori, ma in un'ottica di linee guida volte a migliorare i comportamenti e a incidere sulla moralità dei funzionari.

2. Il sistema anticorrittivo in Slovenia

Il sistema anticorrittivo in Slovenia nel corso dei decenni e comunque a partire dalla sua indipendenza ha subito un'importante evoluzione che è dovuta essenzialmente a due fattori³.

Il primo fattore è dato dall'adesione alle Convenzioni internazionali e dal coinvolgimento della Slovenia in organismi, internazionali ed europei, che si occupano della lotta alla corruzione.

La Slovenia ha aderito alla Convenzione dell'Ocse del 1997 contro la corruzione nelle transazioni economiche internazionali, Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 contro la corruzione penale e civile, Convenzione dell'Onu contro la corruzione del 2003 e Convenzione sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del trattato sull'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione.

Dal 1999 la Slovenia fa parte del *Groupe d'États contre la corruption* - Gruppo di Stati del Consiglio d'Europa contro la corruzione, noto con l'acronimo GRECO⁴, il quale agisce sulla base di linee guida composte da una serie di principi strutturali in materia di anticorruzione⁵, e ai quali la Slovenia si sta adeguando attraverso un

³ In materia di anticorruzione si v. U. Čop, K. Mervič, E. Rop, *Bribery & Corruption 2018 - Slovenia*, in *Global Legal Insights*, in www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/slovenia.

⁴ GRECO è un organismo anticorruzione del Consiglio d'Europa. È stato istituito nel 1999 con un accordo siglato da diciassette Stati membri del Consiglio d'Europa. Ora è composto da quarantanove membri, compresi gli Stati Uniti d'America. Dal 2010 tutti i membri del Consiglio d'Europa sono anche Stati membri di GRECO.

⁵ La Risoluzione n. 24/1997 detta venti punti guida: 1) prevenzione efficace della corruzione; 2) coordinare il reato di corruzione a livello nazionale e internazionale; 3) indipendenza e capacità di chi indaga e giudica sulla corruzione; 4) misure appropriate per la confisca di proventi e beni ottenuti attraverso la corruzione; 5) misure appropriate per evitare l'utilizzo di scudi societari per nascondere i beneficiari della corruzione; 6) limitare le immunità dalle indagini e incriminazioni sulla corruzione; 7) preparazione e mezzi a disposizione di chi è incaricato della lotta alla corruzione; 8) efficacia e coordinamento delle legislazioni e autorità fiscali nella lotta alla corruzione; 9) trasparenza dei meccanismi e dei processi decisionali della pubblica amministrazione; 10) Codici di Condotta efficaci per i funzionari pubblici; 11) procedure di controllo e certificazione dei conti pubblici; 12) promuovere le procedure di controllo e verifica dei conti nella prevenzione e scoperta della corruzione al di fuori dell'amministrazione pubblica; 13) pubblica responsabilità delle amministrazioni e dei funzionari pubblici; 14) appalti trasparenti per promuovere la libera concorrenza e scoraggiare la corruzione; 15) Codici di Condotta per i politici e regole del finanziamento politico e delle campagne elettorali; 16) garantire la libertà dei media di ricevere e rendere pubbliche informazioni su affari corrotti; 17) rimedi efficaci nel diritto civile per le vittime della corruzione; 18) incoraggiare gli studi e le ricerche sulla corruzione; 19)

percorso tematico che negli anni si è articolato in cinque fasi di attuazione e implementazione dell'infrastruttura anticorruptiva nazionale con tutta una serie di relazioni e atti di verifica⁶.

GRECO è intervenuto più volte ribadendo carenze nell'attuazione della normativa esistente o carenze sistemiche che chiedevano ulteriori interventi normativi⁷. In seguito, ha monitorato l'attuazione delle raccomandazioni talora intervenendo in senso critico⁸ e la Slovenia si era adoperata per rimediare⁹. Dall'analisi degli adempimenti proposti emerge che la Slovenia si è adeguata al 90% delle raccomandazioni emerse nella prima e nella terza fase di attuazione e implementazione dell'infrastruttura anticorruptiva nazionale, mentre all'80% nella seconda fase. Delle raccomandazioni emerse nella quarta fase ne sono state attuate sinora totalmente solo il 60%, parzialmente il 30% mentre il 10% è rimasto inattuato. Sul punto andrà considerata la recente, quinta relazione di GRECO, che contiene una serie di proposte di riforma della normativa sull'integrità e anticorruzione, e che ha indotto il Governo ad avviare le consultazioni per la sua riforma (*infra* nel dettaglio)¹⁰.

Oltre a GRECO vanno considerate le azioni poste in essere in sede OCSE dal 2005 al 2016 che hanno ad oggetto lo stato di attuazione della Convenzione (dell'Ocse) contro la corruzione. L'attività si è svolta in tre fasi e ad oggi ha prodotto cinque relazioni¹¹.

nella lotta alla corruzione prendere in considerazione la criminalità organizzata e il riciclaggio di denaro sporco e 20) sviluppare la cooperazione internazionale nella lotta alla corruzione.

⁶ La prima riguarda il periodo 2000-2001 e aveva ad oggetto i principi n. 3 e n. 7 e ne sono seguite 4 relazioni. La seconda fase 2003-2005 si articolava in tre sotto fasi aventi ad oggetto rispettivamente i principi 4 e 19, 9 e 10, 5 e 8; sono state prodotte tre relazioni. La terza fase svoltasi nel 2007 riguardava: A. il principio n. 2 e la Convenzione del Consiglio d'Europa contro la corruzione penale e B. il principio n. 15; sono state redatte 6 relazioni. La quarta fase del 2012 si occupa della corruzione dei membri del parlamento, dei magistrati e dei pubblici ministeri alla quale sono seguite quattro relazioni. La quinta fase iniziata nel 2017 ha per tema la lotta alla corruzione a livello governativo e presso gli organi inquirenti e riguarda i principi n. 1, 3, 6, 9, 10, 11, 13, 16 e 19.

⁷ Ad es. GRECO aveva rilevato che restano alcune carenze nella legislazione relativa al finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali, cfr. GRECO, Eval IV Rep (2012) 1E, 30 May 2013, *Fourth Evaluation Round - Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*, in <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca70e>.

⁸ A metà del 2012 GRECO ha riscontrato e ribadito, in una relazione adottata nel marzo 2013 e pubblicata nel gennaio 2014, che le sue raccomandazioni non erano state attuate in modo soddisfacente.

⁹ A metà del 2013 il governo aveva proposto una nuova legislazione sul finanziamento dei partiti politici, le elezioni e le campagne referendarie. Sempre a metà del 2013 il governo aveva anche proposto una nuova legislazione sull'accesso alle informazioni, comprese disposizioni sulla trasparenza riguardo alle imprese statali o controllate dallo Stato e alle società in cui lo Stato detiene un numero significativo di azioni, nonché sulla trasparenza relativa ai servizi forniti al settore pubblico. Le proposte hanno avuto seguito in Parlamento.

¹⁰ GRECO, *GrecoEval5Rep(2017)2, Fifth Evaluation Round, Preventing corruption and promoting integrity*, 8.3.2018, in *central governments (top executive functions) and law enforcement agencies*, Evaluation Report, in <https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-16807912a8>.

¹¹ OECD; Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Slovenia: Phase 1, *Review of Implementation of The Convention and 1997. Recommendation*, 28.2.2005, in www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/34541732.pdf; Id., *Phase 2, Report on*

Il secondo aspetto invece è dato da situazioni patologiche che si sono verificate in vari settori della vita politica ed economica del paese. Noti sono all'opinione pubblica nazionale e internazionale gli scandali nella sanità, nell'approvvigionamento militare, nel sistema bancario, nell'edilizia, nella pianificazione del territorio e nella gestione delle società pubbliche e delle banche.

Un ruolo importante si rinviene nell'opinione pubblica ovvero nella sensibilità della collettività sul tema della corruzione¹².

Sul punto va citato il sondaggio fatto nel 1998 tra la popolazione dei paesi ex comunisti in merito al quesito se a seguito del cambiamento del regime politico la corruzione fosse diminuita o aumentata.

Nella Repubblica di Slovenia il 58% degli intervistati ha sostenuto che la corruzione fosse aumentata, il 28% invece propendeva per un sostanziale equilibrio e di invarianza rispetto al passato, e soltanto il 14% ha ritenuto che invece fosse diminuita. A distanza di cinque anni, nel 2003 alla stessa domanda i soggetti intervistati hanno cambiato opinione tanto che il 67,3% riteneva che la corruzione fosse aumentata, il 15,6% invece propendeva per una stabilità e, infine, il 6% riteneva che fosse diminuita. Da questi sondaggi emerge che in Slovenia vi sia una notevole differenza tra la mera percezione da parte dei cittadini di situazioni corruttive e l'effettivo verificarsi dei fatti corruttivi in cui i cittadini sono stati effettivamente coinvolti. Si calcola che il 55,3% della cittadinanza sia convinta che i pubblici funzionari percepiscano tangenti anche se in realtà soltanto il 17,3% ha avuto esperienze personali in merito. Un altro dato da prendere in considerazione, che poi ha costituito il punto di partenza per la creazione dell'infrastruttura amministrativa anticorruzione, è l'opinione degli imprenditori, il 48% dei quali ritiene che la corruzione sia elemento del sistema economico sloveno. Inoltre sempre dai sondaggi emerge che nonostante questa percentuale alta gli imprenditori sono convinti che la corruzione sia necessaria, e pochi sarebbero pronti a collaborare per creare una situazione diversa favorendo all'interno delle aziende, ad esempio, i codici etici o altri protocolli comportamentali¹³.

Questo per quanto riguarda la percezione interna del fenomeno della corruzione tra, appunto, sensazioni e percezioni della cittadinanza e situazioni effettivamente accadute¹⁴.

the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, 21.6.2007 in www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/38883195.pdf; Id., *Follow-Up Report on the Implementation of The Phase 2 Recommendations on the Applications of the Convention and the 1997. Revised Recommendation on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 6.10.2009, in www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44001495.pdf; Id., *Phase 3 Report on Implementing the Oecd Anti-Bribery Convention in Slovenia*, 5.6.2014, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/04/Slovenija-Faza-3-Poro%C4%8Dilo-o-implementaciji-Konvencije-OECD-o-boju-proti-podkupovanju.pdf; Id., *Follow-Up to The Phase 3 Report & Recommendations*, 29.7.2016, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/04/Slovenija-Faza-3-Nadaljevalno-poro%C4%8Dilo-o-implementaciji-Konvencije-OECD-o-boju-proti-podkupovanju-od-junija-2014-naprej.pdf.

¹² B. Bugarič, *A Crisis of Constitutional Democracy in Post-Communist Europe: "Lands In-Between" Democracy and Authoritarianism*, in *Int'l J. Const. L.*, 1, 2015, 227.

¹³ RePKRS - *Risoluzione sulla prevenzione della corruzione nella Repubblica di Slovenia - Risoluzione o preprečevanju korupcije v Republiki Sloveniji*, in *G.U. RS*, n. 85/04, 4-8.

¹⁴ Commissione europea, COM(2014) 38 final., 3 febbraio 2014, *Allegato sulla Slovenia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles, ANNEX 24, 2, in <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-38-IT-F1-1-ANNEX-13.Pdf>, 5.

3. L'infrastruttura anticorruptiva

La Slovenia si è costruita una legislazione europea di anticorruzione che oggi può considerarsi comparabile con i modelli internazionali.

È da notare che per molto tempo, l'unica normativa in tema di corruzione è stata la normativa sostanziale di diritto penale che definiva i reati di corruzione. L'area dei reati penali è stata ed è tuttora disciplinata dal diritto penale. In particolare, il codice penale sloveno (KZ)¹⁵ contiene otto fattispecie di reati attinenti la corruzione: violazione della libera scelta degli elettori¹⁶, abuso del diritto di voto¹⁷, accettazione non autorizzata di regali¹⁸, dazione non autorizzata di regali¹⁹, corruzione passiva²⁰, corruzione attiva²¹, traffico di influenze illecite²² e abuso di influenze²³.

Oggi invece la legislazione slovena sull'anticorruzione s'inserisce e si coordina con un impianto normativo interno molto più ampio, tanto da concorrere a costruire nel suo insieme un'infrastruttura anticorruptiva. S'intende per infrastruttura anticorruptiva quella serie di elementi strutturati che intermedia i rapporti tra i vari componenti della struttura anticorruptiva di base che è data dalla normativa sulla corruzione e dall'organizzazione amministrativa creata per attuarla. Gli elementi che s'innestano sono le altre disposizioni normative che necessariamente s'intrecciano e ne sono condizionate, nonché gli apparati amministrativi e giurisdizionali chiamati ad attuarla e farla osservare.

L'infrastruttura anticorruptiva poggia su tre pilastri: normativo, istituzionale ed etico.

Il pilastro normativo contiene l'insieme di leggi che hanno la loro base essenzialmente negli accordi internazionali e nella Costituzione.

Il sistema si basa su una legge principale che ha per oggetto appunto la lotta alla corruzione e poi su una serie di altre leggi di settori specifici che sono state integrate ed emendate nell'ottica di garantire le condizioni di trasparenza e di non corruttibilità. A sua volta l'impianto è caratterizzato da un raccordo tra normativa primaria (leggi ordinarie) e secondaria (atti di attuazione) e provvedimenti di programmazione, pianificazione e amministrativi in senso stretto.

A livello costituzionale non sono rinvenibili espressamente i principi di imparzialità e del buon andamento, mentre è assicurato lo stato di diritto (art. 2), il principio di legalità (art. 120, c. 1), l'autonomia dell'amministrazione (art. 120, c. 2), la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive (art. 122, c. 3 e art. 22), il principio del merito e della concorsualità (art. 122), il rispetto dei principi e degli accordi internazionali (art. 8), il giusto processo (art. 25), la partecipazione al procedimento amministrativo (art. 44), il diritto alla riservatezza (art. 38) e il diritto di ricevere informazioni di carattere pubblico (art. 39).

L'assenza di principi dell'organizzazione e dell'azione amministrativa dell'imparzialità e del buon andamento, che sono considerati principi cardine per il

¹⁵ *Kazenski zakonik*, in *G.U. RS*, n. 50/12, 6/16, 54/15, 38/16 e 27/17.

¹⁶ Art. 151 KZ - *Kršitev proste odločitve volivcev*.

¹⁷ Art. 157 KZ - *Zloraba volilne pravice*.

¹⁸ Art. 241 KZ - *Nedovoljeno sprejemanje daril*.

¹⁹ Art. 242 KZ - *Nedovoljeno dajanje daril*.

²⁰ Art. 261 KZ - *Jemanje podkupnine*.

²¹ Art. 262 KZ - *Dajanje podkupnine*.

²² Art. 263 KZ - *Sprejemanje koristi za nezakonito posredovanje* – conseguimento di vantaggi per abuso di influenze.

²³ Art. 264 KZ - *Dajanje daril za nezakonito posredovanje* - dazione di regali per la mediazione illegale.

sistema italiano, non ha tuttavia impedito il formarsi di una normativa ispirata alle suddette clausole generali che sono rinvenibili nella legislazione ordinaria, ad es. nell'art. 34 della legge sull'integrità e la prevenzione della corruzione – ZIntPK in materia di divieto di ricevere regali che trova, appunto, fondamento nella tutela della legalità, imparzialità e obiettività.

La prima legge sulla lotta alla corruzione è stata emanata nel 2004 (legge anticorruzione - ZPKor²⁴). La ZPKor era frutto dell'integrazione della legge sulle incompatibilità delle funzioni - ZNOJF²⁵ con una serie di modifiche successive che hanno richiesto l'emanazione di un nuovo testo.

La ZPKor ha fornito la base legale per l'istituzione della Commissione per la prevenzione della corruzione – KPK quale organismo statale indipendente e autonomo.

Nel 2010 è stata adottata una nuova legge sull'anticorruzione, la legge sull'integrità e la prevenzione della corruzione - ZIntPK²⁶ (*Integrity and Prevention of Corruption Act*).

Questa legge ha costituito la base per l'emanazione da parte del Parlamento della Risoluzione sulla prevenzione della corruzione nella Repubblica di Slovenia - RePKRS²⁷ e del successivo Piano d'azione per l'attuazione della Risoluzione sulla prevenzione della corruzione nella Repubblica di Slovenia²⁸ ad opera della KPK e poi, a cascata, i Piani per l'integrità redatti dalle singole amministrazioni.

La filiera è ben definita da una sequenza di atti pattizi che sono gli accordi internazionali, atti normativi come la ZIntPK, atti politici di fonte parlamentare e governativa, atti tecnici della Commissione KPK e atti amministrativi delle singole amministrazioni.

Alla ZIntPK sono seguiti il Regolamento sul funzionamento della Commissione per la prevenzione della corruzione – KPK²⁹ e il Regolamento sui limiti e doveri dei funzionari per quanto riguarda l'accettazione di regali³⁰.

La ZIntPK a sua volta si raccorda con tutta una serie di disposizioni che nel corso degli anni hanno subito modifiche e adattamenti in linea con l'obiettivo anticorrittivo. In particolare, vi è una sequenza di modifiche legislative tra il 2014 e il 2016 che hanno riguardato l'integrità e la prevenzione delle pratiche di corruzione, i conflitti d'interessi, la trasparenza delle attività di lobbismo, la tutela degli informatori, gli appalti pubblici, le disposizioni di diritto penale e i procedimenti penali.

Nel dettaglio si consideri le seguenti leggi: sull'accesso alle informazioni di interesse pubblico – ZDIJZ-E³¹, sui rapporti di lavoro - ZDR³², sulla pubblica

²⁴ *Zakon o preprečevanju korupcije*, in *G.U. RS*, n. 2/04 e 20/06.

²⁵ *Zakon o nezdružljivosti opravljanja javne funkcije s pridobitno dejavnostjo*, in *G.U. RS*, n. 49/92, 50/92.

²⁶ *Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije*, in *G.U. RS*, n. 69/11 come modificato da ZIntPK-A, in *G.U. RS*, 8. 4. 2011, n. 26/11; ZIntPK-B, in *G.U. RS*, 3. 6. 2011, n. 43/11 e ZIntPK-UPB2, in *G.U. RS*, 2. 9. 2011, n. 69/11.

²⁷ *Resolucija o preprečevanju korupcije v Republiki Sloveniji*, in *G.U. RS*, n. 85/04.

²⁸ *Akcijski načrt uresničevanja Resolucije o preprečevanju korupcije v RS*, in <https://www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/02/Akcijski-nacrt-o-uresni%C4%8DDevanju-resolucije.pdf> e https://www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/02/Preciscen_akcijski_nacrt_2.pdf.

²⁹ *Poslovník Komisije za preprečevanje korupcije*, in *G.U. RS*, n. 24/12.

³⁰ *Pravilnik o omejitvah in dolžnostih funkcionarjev v zvezi s sprejemanjem daril*, in *G.U. RS*, n. 53/10 e 73/10.

³¹ *Zakon o dostopu do informacij javnega značaja*, in *G.U. RS*, n. 51/06.

³² *Zakon o delovnih razmerjih*, in *G.U. RS*, n. 21/13, 78/13, 47/15.

amministrazione - ZDU³³, sui salari nella pubblica amministrazione - ZSPJS³⁴, sull'amministrazione finanziaria - ZFU³⁵, sulla vigilanza ispettiva - ZIN³⁶, sugli approvvigionamenti pubblici - ZJN³⁷, sulla tutela giuridica in materia di appalti - ZPVPJN³⁸, sui dipendenti pubblici - ZJU³⁹, sulla procedura penale - ZKP⁴⁰, sulla procura della repubblica - ZDT-1⁴¹, sulle funzioni e sulle deleghe degli organi di polizia - ZPol⁴², sull'equilibrio delle finanze pubbliche - ZUJF⁴³, sull'attività sanitaria - ZZDej⁴⁴, sulla responsabilità delle persone giuridiche - ZOPOKD⁴⁵, sulla confisca dei proventi illeciti - ZOPNI⁴⁶, sulle banche - Zban-2⁴⁷, sul fondo sovrano nazionale - ZSDH-1⁴⁸, sull'antiriciclaggio e terrorismo - ZPPDFT-1⁴⁹, sulla difesa nazionale - ZObr⁵⁰ e sulle sanzioni amministrative - ZP-1⁵¹.

Il pilastro istituzionale invece riguarda gli apparati amministrativi e giurisdizionali preposti in via esclusiva o dotati di funzioni e incumbenti in tema anticorruptivo. Il ruolo principale oggi è svolto dalla Commissione per la prevenzione della corruzione - KPK⁵², la quale si raccorda e coordina con altri organismi quali la procura penale generale, le sue sezioni specializzate, la Corte dei conti, l'ispettorato della funzione pubblica⁵³, l'organo statale di revisione (in materia di contratti pubblici) - DKOM⁵⁴, l'amministrazione finanziaria - FURS⁵⁵, gli organismi speciali istituiti per la lotta a specifiche situazioni delittuose nel campo economico come il nucleo antiriciclaggio - UPDD⁵⁶ e il Transparency International Slovenija⁵⁷.

Si prende come esempio il settore bancario e la collaborazione tra la KPK e la Corte dei conti. Il settore bancario è parzialmente controllato dallo Stato attraverso

³³ *Zakon o državni upravi*, in *G.U. RS*, n. 24/05 e succ. mod. ZDU-1A, in *G.U. RS*, n. 56/03; ZDU-1-UPB1, in *G.U. RS*, n. 83/03; ZDU-1B, in *G.U. RS*, n. 61/04; ZDU-1-UPB2, in *G.U. RS*, n. 97/04; ZDU-1C, *G.U. RS*, n. 123/04 e ZDU-1-UPB3, *G.U. RS*, n. 24/05.

³⁴ *Zakon o sistemu plač v javnem sektorju*, in *G.U. RS*, n. 108/09, 13/10, 59/10, 85/10, 107/10, 35/11.

³⁵ *Zakon o finančni upravi*, in *G.U. RS*, n. 25/14.

³⁶ *Zakon o inšpekcijskem nadzoru*, in *G.U. RS*, n. 43/07 e 40/14.

³⁷ *Zakon o javnem naročanju*, in *G.U. RS*, n. 91/15 e 14/18.

³⁸ *Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja*, in *G.U. RS*, n. 43/11, 60/11, 63/13, 90/14 - ZDU-II e 60/17.

³⁹ *Zakon o javnih uslužbencih*, in *G.U. RS*, n. 63/07, 65/08, 69/08.

⁴⁰ *Zakon o kazenskem postopku*, in *G.U. RS*, n. 32/12, 47/13, 87/14, 8/16

⁴¹ *Zakon o državnem tožilstvu*, in *G.U. RS*, n. 58/11, 21/12.

⁴² *Zakon o nalogah in pooblastilih policije*, in *G.U. RS*, n. 15/13, 23/15, 10/17.

⁴³ *Zakon o uravoteženju javnih financ*, in *G.U. RS*, n. 40/12, 96/12.

⁴⁴ *Zakon o zdravstveni dejavnosti*, in *G.U. RS*, n. 23/05 e 15/08.

⁴⁵ *Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja*, in *G.U. RS*, n. 98/04 - 65/08 e 57/12 - *Liability of Legal Persons for Criminal Offences Act*.

⁴⁶ *Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora*, in *G.U. RS*, n. 91/11, 25/14 e 53/18 - *Confiscation of Proceeds of Crime Act*.

⁴⁷ *Zakon o bančništvu*, in *G.U. RS*, n. 25/15, 44/16 - ZRPPB, 77/16 - ZCKR e 41/17.

⁴⁸ *Zakon o Slovenskem državnem holdingu*, in *G.U. RS*, n. 25/14.

⁴⁹ *Zakon o preprečevanju pranja denarja in financiranja terorizma*, in *G.U. RS*, n. 68/16 - *Prevention of Money Laundering and Terrorist Financing Act*.

⁵⁰ *Zakon o obrambi*, in *G.U. RS*, n. 103/04 e n. 95/15.

⁵¹ *Zakon o prekrških*, in *G.U. RS*, n. 29/11, 21/13, 111/13, 74/14, 92/14.

⁵² *Komisija za preprečevanje korupcije - KPK*.

⁵³ *Inšpektorat za javni sektor*.

⁵⁴ *Državna revizijska komisija*.

⁵⁵ *Finančna uprava RS*.

⁵⁶ *Urad RS za preprečevanje pranja denarja*.

⁵⁷ *Društvo Integriteta*.

banche di proprietà maggioritaria dello stesso, e negli anni si era determinata la stortura consistente in una rilevante concessione di prestiti avvenuta in base a criteri politici. Alcune di queste banche sono incorse in difficoltà ed è dovuto intervenire il legislatore che ha adottato una legislazione sulle “banche cattive” per introdurre procedure di emergenza per le banche in crisi. In quest’ambito sono intervenute la KPK e la Corte dei conti e hanno proposto alcune garanzie legislative anticorruzione per il settore bancario, compresi gli aspetti della trasparenza⁵⁸.

Infine, vi è il pilastro etico con il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁵⁹, i Codici etici dei dipendenti degli organi statali⁶⁰, di quelli locali⁶¹, dei consiglieri degli enti locali⁶², il Codice etico della KPK⁶³, il Codice etico dei magistrati⁶⁴ e quello dei pubblici ministeri⁶⁵.

4. L’obiezione di coscienza tra il primo conflitto mondiale e la guerra del Vietnam

La legge sull’integrità e la prevenzione della corruzione – ZIntPK del 2010 ha abrogato la legge anticorruzione - ZPKor del 2004 che ha rappresentato la prima legge specifica in tema di anticorruzione sviluppata nell’ambito della legge sulle incompatibilità delle funzioni – ZNOJF. La ZPKor del 2004 ha dato impulso all’emanazione del Piano strategico anticorruzione dello Stato e del Regolamento di funzionamento della Commissione per la prevenzione della corruzione – KPK. Quest’ultimo regolamento ha fornito la base legale per l’istituzione della Commissione per la prevenzione della corruzione – KPK come organismo statale indipendente e autonomo.

Dalla legge anticorruzione del 2004 emerge che compito della commissione era principalmente prevenire, ovvero porre in essere tutta quella serie di attività che sono volte a creare un ambiente in grado di prevenire, il verificarsi di situazioni corruttive. La commissione era invece sfornita di poteri ispettivi e di indagine. In presenza di reati di corruzione o di fattispecie corruttive la commissione non poteva far altro che segnalare il fatto alla polizia o all’ufficio del pubblico ministero.

La legge ha anche definito la cerchia dei soggetti passivi obbligati a riferire alla Commissione la loro situazione finanziaria che sono principalmente i funzionari pubblici. Tuttavia, nella versione iniziale la commissione non era un organo

⁵⁸ Commissione europea, *Allegato sulla Slovenia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo*, cit., 5.

⁵⁹ *Kodeks ravnanja javnih uslužbencev*, in *G.U. RS*, n. 8/01.

⁶⁰ *Etični kodeks funkcionarjev v Vladi Republike Slovenije in ministrstvih*, 10. 12. 2015, n. 23101-5/2015/8, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/04/Eti%C4%8Dni-kodeks-funkcionarjev-v-Vladi-Republike-Slovenije-in-ministrstvih.pdf.

⁶¹ *Kodeks etike javnih uslužbencev v državnih organih in upravah lokalnih skupnosti*, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/04/Kodeks-etike-javnih-uslu%C5%BEbencev-v-dr%C5%BEavnih-organih-in-upravah-lokalnih-skupnosti.pdf.

⁶² *Kodeksi ravnanja izvoljenih predstavnikov na lokalni ravni*, in <https://skupnostobcin.si/kodeks-etike>.

⁶³ *Kodeks ravnanja uslužbencev in sodelavcev Komisije za preprečevanje korupcije*, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/04/Kodeks_ravnanja_usluzbencev_in_sodelavcev_Komisije_za_preprecevanje_korupcije.pdf

⁶⁴ *Kodeks sodniške etike*, in www.sodnisko-drustvo.si/SODNISKO_DRUSTVO_akti_drustva,kodeks_sodniske_etike.htm.

⁶⁵ *Kodeks državnotožilske etike*, in www.drzavnotozilski-svet.si/files/Komisija%20za%20etiko%20in%20integriteto/Kodeks_drzavnotozilske_etike.pdf.

repressivo e sanzionatorio e pertanto in un primo momento l'omesso obbligo di comunicazione non era in alcun modo sanzionato.

Nel 2010 è stata adottata una nuova legge sull'anticorruzione – ZIntPK poi modificata l'anno successivo. Questo rinnovo sistematico fornisce una base strutturata per rafforzare il funzionamento dello stato di diritto, garantire la trasparenza e l'integrità.

Si può dire che la Slovenia dispone di una legislazione anticorruzione adeguatamente definita⁶⁶.

Gli obiettivi della legge sono declinati dall'art. 1 e si articolano in sette punti.

Il primo obiettivo è limitare e prevenire la corruzione e monitorare le incompatibilità delle funzioni con altre attività e garantire l'adempimento indipendente delle funzioni previste dalla Costituzione e dalla legge.

Il secondo obiettivo è attuare una risoluzione che affronti la prevenzione della corruzione, assumere pareri di esperti e creare *standard* di buone pratiche, educare i dipendenti, sensibilizzare la collettività, pianificare e valutare l'integrità a tutti i livelli, incoraggiare e rafforzare la capacità delle persone e delle istituzioni ad assumersi la responsabilità dello sviluppo dell'integrità, e quindi prevenire e individuare ipotesi di corruzione.

Il terzo obiettivo è controllare il patrimonio dei funzionari e i regali da questi ricevuti, prevenire e risolvere i conflitti di interesse e le pratiche corruttive, nonché controllare il lobbismo, incoraggiare e migliorare la trasparenza nei processi e nelle procedure amministrative e nella gestione degli affari pubblici.

Il quarto obiettivo riguarda il lobbismo nel settore pubblico e consiste nel creare le condizioni per svolgere l'attività di lobbismo in modo trasparente e conforme alle pratiche corrette e dall'altro lato limitare e punire quelle non eticamente conformi.

Il quinto obiettivo è proteggere i denunciatori che segnalano le pratiche corruttive al fine di incoraggiare e migliorare l'individuazione, la prevenzione e la correzione di pratiche corruttive.

Il sesto obiettivo è promuovere gli obblighi internazionali della Repubblica di Slovenia, incoraggiare, sostenere e migliorare la cooperazione e l'assistenza degli esperti nella prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale.

Infine, l'ultimo obiettivo è realizzare le condizioni per il funzionamento della Commissione per la prevenzione della corruzione – KPK quale organismo statale autonomo e indipendente istituito per rafforzare le attività d'integrità e anticorruzione; determinare i suoi compiti e competenze, incoraggiare e rafforzare la partecipazione degli organi statali e degli organi locali di autogoverno, e altri soggetti persone fisiche e giuridiche, istituzioni della società civile e i media a concorrere e collaborare per la prevenzione della corruzione e contribuire affinché lo stato possa dare un'efficace risposta a tutte le forme di pratiche corruttive.

La legge si compone di dieci parti e nell'analisi va suddivisa secondo il metodo tracciato al § 1 in misure ordinarie, organizzative, di azione e misure riguardanti i singoli soggetti.

La prima parte (artt. 1-4) detta le disposizioni generali che ricomprendono gli obiettivi, l'ambito e le definizioni della legge.

La corruzione è definita come una violazione dei doveri d'ufficio dei funzionari e dei responsabili nel settore pubblico o privato, così come lo è la condotta di persone che si rendono parte attiva nelle violazioni o le persone che traggono beneficio per sé o per altri dai vantaggi promessi, offerti o dati in via diretta o indiretta.

⁶⁶ Commissione europea, *Allegato sulla Slovenia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles, cit., 4.

La KPK ha sviluppato e ha elaborato varie forme di corruzione, come la corruzione “di strada” che si riferisce alla corruzione delle forze dell’ordine, dei doganieri e dei vigili e normalmente avviene per importi relativamente bassi; la corruzione nella pubblica amministrazione, che riguarda i funzionari degli uffici operativi che forniscono prestazioni ai cittadini (ad es. uffici urbanistici o ispettorati); la corruzione dei colletti bianchi, che riguarda i dirigenti, gli alti amministratori pubblici e i politici; *the state capture* quando lo stato e la sua amministrazione sono gestiti non per tutelare i diritti umani e dei cittadini, ma per difendere privilegi e interessi particolaristici, in modo da diventare lo strumento attraverso cui si condiziona negativamente lo sviluppo e l’evoluzione della società; e, infine, la corruzione strutturale che si annida nel sistema economico, favorisce rendite economiche ingiustificate e impedisce un corretto sviluppo del processo decisionale democratico.

L’integrità invece è intesa come aspettativa di un comportamento e la responsabilizzazione che le persone e le organizzazioni sono chiamate a tenere al fine di prevenire ed eliminare i rischi in modo da evitare che il potere, le funzioni, le deleghe e altri tipi di competenza decisionale siano utilizzati in violazione della legge, degli obiettivi legalmente consentiti e dei codici etici.

La seconda parte della ZIntPK riguarda le misure ordinamentali e disciplina la Commissione per la prevenzione della corruzione – KPK (artt. 5-22) in termini di: natura giuridica; mezzi; nomina dei funzionari; requisiti strutturali; funzioni e compiti; modo di operare; procedimento riferito ai casi di sospetta corruzione, al conflitto di interessi, alle limitazioni di potere, al lobbismo, alla violazione dell’etica e dell’integrità, all’attività di indagine, alle funzioni ispettive; controllo sull’operato della Commissione; rapporti con il Parlamento. Essa s’inserisce per eccellenza tra le misure ordinamentali. Vi rientrano anche la settima e l’ottava parte rispettivamente dedicate alla Risoluzione del Parlamento sulla lotta alla corruzione e alla disciplina funzionale e strutturale del lobbismo.

La terza parte invece s’inserisce nell’ambito più ampio riguardante misure sull’organizzazione e sull’attività. In quest’ambito, in particolare in quello organizzativo, si colloca la quarta parte della ZIntPK dedicata alla prevenzione del conflitto d’interessi, alla verifica sull’accettazione dei regali e delle utilità e alle situazioni di conflitto d’interessi. Vi rientra anche la sesta parte che tratta delle misure riferite all’attività di prevenzione con la redazione e tenuta di una serie di documenti quali il Piano per l’integrità spettante alle singole amministrazioni. Vi è poi la nona parte che è dedicata alla tenuta e all’utilizzo delle informazioni raccolte. La decima parte, invece, disciplina le sanzioni applicabili alle persone fisiche e giuridiche.

Tra le misure riguardanti i soggetti che agiscono nell’ambito dell’amministrazione rientra la terza parte della ZIntPK dedicata alla tutela degli informatori e la quinta parte sulla verifica del patrimonio dei funzionari, sulla raccolta di informazioni e sugli obblighi di comunicazione.

5. Le misure ordinamentali

5.1. Gli atti politici e tecnici in materia di integrità e anticorruzione

Rientrano tra le misure ordinamentali la Risoluzione sulla prevenzione della

corruzione nella Repubblica di Slovenia - RePKRS⁶⁷ approvata dal Parlamento su proposta del Governo (art. 51), il Piano d'azione di attuazione della Risoluzione preparato dalla KPK e il Programma del Governo per implementazione dell'integrità e della trasparenza.

La Risoluzione rappresenta impegno politico del Governo e del Parlamento di adoperarsi ai massimi livelli nella lotta alla corruzione mediante la diffusione tra i singoli e nella società della cultura anticorruptiva. I presupposti per la realizzazione di questi obiettivi sono il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la volontà politica, la tempestività, l'adeguata valutazione dei fenomeni, la collaborazione della società civile e del settore privato e pubblico, la preferenza della prevenzione alla repressione, la gradualità negli interventi, la trasparenza, l'autovalutazione e l'autoverifica, la durabilità e la costante implementazione e correzione.

L'obiettivo della Risoluzione è prevedere "misure concrete, graduali e ponderate" per eliminare la corruzione. In termini di effetti la Risoluzione mira alla prevenzione e si pone una serie di obiettivi diretti che consistono in: eliminare in modo definitivo le condizioni che generano e alimentano la corruzione; creare un ambiente giuridico e istituzionale adeguato per prevenire la corruzione; assicurare in modo coerente la responsabilità per gli atti illeciti; creare attraverso varie forme di istruzione e con l'uso efficace degli *standard* internazionali in materia, un sistema generalmente accettabile di tolleranza zero verso tutte le pratiche di corruzione.

Indirettamente essa produce ulteriori effetti su altri obiettivi quali: l'identificazione delle aree più esposte alla corruzione; il finanziamento trasparente e legittimo dei partiti politici; la riforma dell'amministrazione pubblica; il superamento del conflitto di interessi nei servizi pubblici; l'istituzione di meccanismi appropriati per la percezione e l'informazione di possibili comportamenti corruttivi; assicurare un funzionamento indipendente ed efficace delle autorità di inquirenti e requirenti; assicurare un efficace funzionamento di altri meccanismi di controllo; assicurare procedure aperte e trasparenti nella gestione del bilancio; adottare sistemi di formazione e assistenza al settore privato contro la corruzione; sensibilizzare le autorità statali, la società civile e i cittadini alle varie forme di corruzione; accrescere la consapevolezza generale dei diritti e degli obblighi delle persone e delle istituzioni; permettere ai mezzi di comunicazione di esercitare la funzione di vigilanza; favorire il coinvolgimento della Slovenia a livello internazionale nella prevenzione della corruzione⁶⁸.

La Risoluzione individua sette macrosettori strategici, e per ciascuno di essi indica i rimedi normativi, istituzionali e operativi da adottare. I settori strategici sono: la politica, la pubblica amministrazione, la giustizia, l'economia, il terzo settore, i mass media e l'opinione pubblica.

La Risoluzione trova attuazione con il Piano d'azione la cui adozione è demandata alla KPK. Il piano è strutturato per macrosettori secondo la tripartizione prevista nella Risoluzione e per ciascuno di essi sono indicati gli ambiti, le azioni da adottare, gli organi competenti, il termine e gli obiettivi da raggiungere (art. 53). Gli organi competenti sono tenuti a relazionare annualmente entro il mese di febbraio alla KPK lo stato di attuazione delle parti del piano a loro assegnate. La mancata realizzazione integra gli estremi della responsabilità.

Inoltre, il Governo redige ogni due anni il Programma per l'implementazione dell'integrità e della trasparenza. Esso contiene una serie di azioni per il biennio di

⁶⁷ *Resolucija o preprečevanju korupcije v Republiki Sloveniji*, in *G.U. RS*, n. 85/04.

⁶⁸ *Resolucija o preprečevanju korupcije v Republiki Sloveniji*, cit., p. 6.

riferimento. Annualmente sono redatti dei rapporti c.d. intermedi sullo stato di attuazione del Programma stesso ai quali segue la relazione finale che costituisce il presupposto per la redazione del successivo Programma per il biennio a venire.

Il Programma del Governo si raccorda CON la Risoluzione del Parlamento e con il Piano d'azione poiché costituisce la base per le proposte del Governo al Parlamento per l'adozione della Risoluzione e costituisce lo strumento di verifica dello stato di attuazione del Piano d'azione che si genera dalla Risoluzione. Esso s'inserisce e si coordina con altri programmi, come ad es. i programmi per implementazione dell'integrità e della trasparenza per gli anni 2015-2016 e 2017-2019 si raccordano con la Strategia di sviluppo della pubblica amministrazione per gli anni 2015-2020 –SJU 2020⁶⁹.

Il Programma del Governo per gli anni 2015-2016 si era posto l'obiettivo della tolleranza zero. In tale contesto sono state fatte delle importanti riforme strutturali del sistema con la riforma: a) della pubblica amministrazione nel campo dei contratti, della spesa pubblica, dell'istruzione e aggiornamento dei dipendenti, b) del settore bancario con l'implementazione delle indagini su operazioni creditizie e con il raccordo tra la Banca centrale, la procura penale, il ministero delle finanze e la KPK; c) del sistema di approvvigionamento medicale ed ospedaliero che è stato travolto da scandali. In tale contesto sono stati adottati sistemi di informazione e scambio di dati all'insegna della trasparenza; d) del settore giudiziario con la riduzione dei rischi corruttivi. A tal fine sono state fatte modifiche alle leggi sui tribunali e sulla procura penale, sono stati emanati i codici etici e istituite le commissioni etiche; e) l'ulteriore potenziamento della trasparenza attraverso la creazione di una serie di banche dati e la modifica della legge sull'accesso alle informazioni di pubblico interesse – ZDIJ-E (v. *infra*).

L'attuale Programma per gli anni 2017-2019 si pone quattro obiettivi: 1) rafforzare e sensibilizzare i funzionari nel campo dell'integrità e della trasparenza con una combinazione di misure quali la formazione, la preparazione di opuscoli online, il miglioramento dell'integrità nel campo della scienza e dell'istruzione; 2) potenziare i sistemi di gestione e controllo delle risorse pubbliche, in particolare nell'organizzazione degli apparati amministrativi e nel settore dell'attribuzione delle concessioni; 3) attuare la trasparenza, l'efficienza e l'economicità nell'utilizzo delle risorse pubbliche nelle procedure ad evidenza pubblica e nella gestione dei beni pubblici; 4) implementare la trasparenza e l'efficienza nelle preparazioni dei provvedimenti e nella gestione dei procedimenti amministrativi⁷⁰.

5.2. La Commissione per la prevenzione della corruzione – KPK

La Commissione per la prevenzione della corruzione – KPK forma l'impianto ordinamentale dell'infrastruttura anticorruptiva. La sua collocazione tende a fuoriuscire dall'ordinamento della pubblica amministrazione in senso stretto. Nel caso di specie la KPK assume il significato di organo indipendente o tendenzialmente

⁶⁹ La Strategia di sviluppo della pubblica amministrazione per gli anni 2015-2020 è un documento strategico del governo che indica le direzioni di sviluppo della pubblica amministrazione nei prossimi sei anni. Gli obiettivi sono orientati alla realizzazione della qualità e dell'efficienza, della trasparenza e della responsabilizzazione della pubblica amministrazione. Il raggiungimento di questi obiettivi favorirà il miglioramento del contesto imprenditoriale, lo sviluppo dell'economia e l'aumento della competitività. In tal modo, il Governo auspica che la Slovenia raggiunga a livello internazionale una migliore classificazione. Sul punto si v. www.mju.gov.si/si/delovna_podrocja/strategija_razvoja_javne_uprave.

⁷⁰ Cfr. Programma per gli anni 2017-2019, cit., 10.

tale ed estende le sue funzioni in vari settori riguardanti anche più poteri. Essa sovrintende alle amministrazioni.

La KPK a stretta lettura della norma che la disciplina è un organismo indipendente e autonomo che esercita le funzioni in modo indipendente. L'art. 5 ZIntPK ribadisce, infatti, il concetto di indipendenza organizzativa e funzionale alale quali si somma quella finanziaria e regolamentare.

Dal punto di vista organizzativo e funzionale va considerata l'organizzazione, lo *status* dei componenti e il sistema di nomine.

L'art. 8 garantisce un numero necessario di dipendenti al fine di permettere il funzionamento della KPK. Essa è dotata della funzione amministrativa di organizzazione e gestione della struttura, di reclutamento dei dipendenti e dell'attribuzione delle mansioni (art. 8, c. 2 e 3). Inoltre, si dota di regolamenti (art. 11).

La KPK è formata da un presidente e due componenti di cittadinanza slovena e che devono soddisfare elevati standard di professionalità e integrità. Il loro ruolo è incompatibile con altre attività e la funzione va svolta a tempo pieno (art. 7).

La nomina avviene con provvedimento del Presidente della Repubblica su proposta della Commissione di selezione composta da rappresentanti dell'esecutivo, del legislativo, della magistratura, della pubblica amministrazione e delle organizzazioni *no profit* del settore privato che si occupano di anticorruzione (art. 9). Il KPK è organo collegiale. A seguito della nomina dei componenti essi provvedono a nominare il presidente che ha la rappresentanza e la capacità direzionale (art. 10).

L'indipendenza è garantita dal punto di vista finanziario dall'art. 6 che attribuisce alla KPK il potere di stabilire il fabbisogno e prevede che detti mezzi di funzionamento gravano il bilancio dello Stato. In tal modo non vi è alcun condizionamento finanziario dell'esecutivo. È altresì demandato alla KPK stessa la revisione contabile finanziaria interna da eseguirsi ogni tre anni i cui risultati vanno inviati al Presidente della Repubblica e all'Assemblea nazionale. Inoltre, l'Assemblea nazionale ha il potere di controllo finanziario⁷¹.

Le funzioni della KPK, oltre a quelle amministrative, regolamentari e finanziarie poste a garanzia dell'indipendente funzionamento, sono elencate nell'art. 12. Esse si individuano nelle seguenti funzioni: consultiva (pareri, raccomandazioni e spiegazioni su questioni relative al contenuto della ZIntPK); di verifica; di controllo; di coordinamento con le organizzazioni internazionali; di valutazione dei comportamenti, di tenuta dei registri dei regali e dei lobbisti; di esecuzione della Risoluzione sulla prevenzione della corruzione nella Repubblica di Slovenia – RePKRS; di preparazione del il Piano d'azione di attuazione della menzionata Risoluzione; di iniziativa e proposta normativa agli organi statali (esecutivo e legislativo); di parere su progetti legge; di redazione di linee guida dei codici etici; di collaborazione con gli organi amministrativi, accertativa e sanzionatoria in materia di conflitto di interessi, incompatibilità, ricevimento di regale, di segnalazione e

⁷¹ Rileva GRECO che le risorse finanziarie e umane sono insufficienti e che dovrebbero essere aumentate per non rallentare le attività fondamentali dell'organo in tema di accertamento e i controlli; cfr. GrecoEval5Rep(2017)2, *Peti ocenjevalni krog, Preprečevanje korupcije in spodbujanje integritete v centralni vladi (najvišji nosilci izvršilne veje oblasti) in v organih preiskave, Poročilo o ocenjevanju*, 8.3.2018, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/04/GRECO-Skupina-dr%C5%BEav-proti-korupciji-Peti-ocenjevalni-krog-Poro%C4%8Dilo-o-ocenjevanju-Slovenija.pdf

denuncia agli organi competenti dei fatti corruttivi; di accesso e gestione dei dati e della loro divulgazione; di tutela degli informatori che segnalano attività illecite (*whistleblowing*).

Un altro indice di indipendenza è dato dalle garanzie sul rapporto con l'esecutivo e con il legislativo in particolare in materia di referto e di trasparenza e pubblicità dei risultati dei lavori della KPK. L'art. 19 prevede il referto annuo all'Assemblea nazionale da inviare entro il 31 maggio. Sulla base di questa norma il KPK riferisce direttamente all'assemblea elettiva e non all'esecutivo. In tal modo si attesta la garanzia dell'indipendenza ed autonomia dall'esecutivo. Invece l'art. 18 prevede la garanzia alla KPK di poter comunicare all'opinione pubblica i risultati dei propri lavori, i pareri emessi, le linee guida, i verbali delle sedute, ecc. Un altro fattore importante è dato dalla pubblicità delle sedute in quanto è prevista la possibilità di far partecipare alle sedute i rappresentanti delle organizzazioni *no profit* del settore privato che si occupano di anticorruzione (ad es. Transparency International Slovenia).

Infine, va analizzato il potere di controllo e di scioglimento della KPK. Sul primo aspetto, l'indipendenza è garantita dal controllo del legislativo, l'Assemblea nazionale, sull'operato, sull'uso delle risorse e su eventuali incompatibilità e conflitti di interesse.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, la KPK può essere sciolta nei casi previsti dall'art. 22 che si distinguono in casi riferiti ai suoi membri e i casi riferiti alla commissione stessa. Per le ipotesi riguardanti i suoi membri si annoverano le situazioni di incompatibilità, le condanne penali passate in giudicato, le violazioni della Costituzione e delle leggi. Per le ipotesi soggettive vi è l'ipotesi in cui sono gli stessi membri a chiedere lo scioglimento del collegio o ipotesi imputabili ai membri quali l'incapacità assolvere le funzioni.

Nel concreto, invece, si individuano una serie di criticità che hanno coinvolto il funzionamento e la credibilità della KPK.

Un primo evento è dato dalle dimissioni della vicepresidente che si era dimessa perché in contrasto con il presidente il quale le avrebbe impedito lo svolgimento delle funzioni ostacolando tra l'altro, l'accesso alle banche dati⁷². Connesso a questo caso è anche l'ulteriore evento dell'incompatibilità di un funzionario della KPK che era stata contemporaneamente impiegata anche presso il fondo sovrano sloveno, SDH, creando così una situazione di palese conflitto di interessi tra il controllato e il controllore⁷³.

Un secondo evento vede la stessa KPK, oltre ai suoi membri, in situazioni che hanno avuto un eco negativo nei suoi confronti. In particolare, ci si riferisce alla pubblicazione dei soli nominativi dei parlamentari che avrebbero violato la ZIntPK senza però indicare i presupposti e il tipo di violazioni⁷⁴. La KPK avrebbe attinto le informazioni dalla banca dati *Supervisor*, ora *Erar*, e successivamente pubblicato i dati sui finanziamenti pubblici di alcuni docenti universitari tra i quali un ministro in carica. Un tale comportamento è stato percepito come mossa di natura politica volto a screditare alcuni partiti. Con una decisione dell'anno scorso è intervenuta la Corte suprema rilevando la violazione dell'art. 38 della Costituzione sulla tutela dei dati personali e la connessa violazione della ZIntPK la quale non prevede il potere del

⁷² Caso Alma Sedlar, si v. www.dnevnik.si/1042722313/slovenija/alma-sedlar-senat-kpk-ne-more-vec-ustrezno-delovati.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Si v. www.transparency.si/8-novice/380-nenavadna-objava-imen-in-priimkov-novoizvoljenih-poslancev-v-postopkih-pred-kpk.

KPK di trattare quei dati in quel modo⁷⁵. Infatti, l'unica possibilità ammessa dall'attuale versione della ZIntPK è prevista nell'art. 13 che prevede la pubblicazione degli esiti dell'istruttoria previa audizione in contraddittorio dell'interessato. Inoltre, nel caso è stato appurato che nessuna autorità, KPK inclusa, hanno accertato l'uso improprio dei fondi percepiti dal docente ministro che si era dimessa. Pertanto, non erano stati realizzati i presupposti dell'art. 13.

Un terzo evento accaduto nel 2013 riguardava la KPK che ha segnalato che i due leader politici più noti nel paese avevano violato le leggi sulla dichiarazione della situazione patrimoniale. Tale annuncio ha portato a una situazione di instabilità politica e, infine, la caduta del governo.

Un quarto evento accaduto lo stesso anno ha portato l'organo direttivo della KPK alle dimissioni, adducendo come motivazione la mancanza di un sostegno e di una volontà politica sufficienti per garantire un seguito alle valutazioni dei rischi e ai casi gestiti.

Infine, va segnalata la relazione di GRECO pubblicata nel maggio 2013 che ha evidenziato le restrizioni di bilancio e di personale nella KPK a detrimento del suo operato⁷⁶.

6. Le misure amministrative riferite all'organizzazione

6.1. Ambito soggettivo e i responsabili per l'integrità

L'ambito soggettivo di applicazione della normativa anticorruzione si estende a tutto il settore pubblico e si applica anche al settore privato se la legge stessa espressamente lo prevede (art. 3 ZIntPK). La platea dei soggetti passivi è meglio specificata con riferimento ai vari ambiti che possono interessare. Il settore pubblico è delineato dall'art. 4 ed ha lo stesso significato dato dalla legge sulla pubblica amministrazione - ZDU e sui rapporti di lavoro - ZDR, incluse le società pubbliche e le società a partecipazione pubblica con partecipazione maggioritaria o influenza predominante.

Più del 30% delle imprese in Slovenia è di proprietà dello Stato o è controllato dallo Stato. Tuttavia, è stato notato dalla KPK che vi sono alcune questioni problematiche riguardo al reclutamento e ai conflitti d'interessi in imprese statali o controllate dallo Stato. Sul punto la Commissione europea ha notato che tali società non sono ancora soggette alle verifiche anticorruzione della KPK. Ciò vale anche per le procedure di privatizzazione⁷⁷. In effetti, dalla lettura dell'art. 47 che si riferisce ai soggetti obbligati a redigere e tenere il Piano per l'integrità⁷⁸, emerge che sono obbligati gli organi statali e dell'amministrazione locale, le agenzie, gli enti pubblici, gli enti pubblici economici e i fondi pubblici ma non le società pubbliche. Quest'aspetto dovrà essere considerato nella riforma della ZIntPK.

Dal punto di vista strutturale degli apparati amministrativi è da notare che le misure organizzative hanno riconfigurato l'assetto interno degli apparati. Al loro

⁷⁵ Caso Cankar, Corte suprema, 24 maggio 2017, I Up 310/2015, in www.sodisce.si/vsrs/odlocitve/201508111410999/. Si v. l'intervento dell'Ombudsman per la tutela dei diritti umani: www.varuh-rs.si/medijsko-sredisce/aktualni-primeri/novice/detajl/objava-osebnuh-podatkov-strani-homisije-za-preprecevanje-korupcije-nesprejemljiva/?cHash=e99309979fd0dab6fa89a58aca130d37.

⁷⁶ GRECO, GrecoEval5Rep(2017)2, *op. cit.*, 14.

⁷⁷ Cfr. Commissione europea, *Allegato sulla Slovenia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, cit., p. 8.

⁷⁸ *Načrt integritete*.

interno sono previsti due nuovi organi che vanno a costituire l'assetto amministrativo anticorruptivo: il gruppo di lavoro designato dall'amministrazione stessa a redigere il piano e il responsabile per l'integrità.

Il gruppo di lavoro è un organo collegiale. I suoi compiti sono informare i dipendenti dello scopo, delle attività e degli obiettivi del piano; presentare l'iter di redazione del piano; invitare i dipendenti a partecipare e a contribuire attivamente con idee e suggerimenti alla scelta più razionale e di alta qualità dei modi, percorsi e misure per raggiungere gli obiettivi del piano di integrità; svolgere attività istruttoria consistente nel raccogliere la documentazione necessaria (ad esempio regolamenti, piani di lavoro, varie relazioni, analisi, registrazioni, organigrammi, ecc.) da utilizzare come fonte da cui trarre dati e informazioni sui fattori di rischio su cui si basa il piano di integrità; creare sistemi di dialogo permanente con i dipendenti attraverso l'istituzione di un indirizzo di posta elettronica interno o altre modalità attraverso le quali i dipendenti possono inviare domande e suggerimenti relativi alla stesura del piano di integrità e in generale si occupa di tutte le altre questioni relative alla creazione e all'attuazione del piano di integrità.

Il responsabile per l'integrità (del piano) che è un organo monocratico, ha il compito di assicurare che le misure definite e adottate con il piano di integrità siano eseguite in conformità alle scadenze specificate, inoltre interagisce e raccoglie le proposte dei dipendenti, provvede al regolare aggiornamento del piano di integrità e ogni tre mesi relaziona sullo stato e sulle necessità di implementazione del piano stesso.

6.2 Le incompatibilità, i doni e le utilità, il conflitto di interessi

Un altro aspetto organizzativo riguarda il corretto e l'imparziale funzionamento degli apparati. Istituti quali l'astensione o la sostituzione sono volti a garantire l'imparzialità, l'obiettività e la legalità di fronte a situazioni di incompatibilità e di conflitto di interessi. Sul punto la ZIntPK disciplina nella parte quarta le incompatibilità (artt. 26-29), la ricezione di regalie e favori (artt. 30-34), le limitazioni alle attività imprenditoriali (artt. 35-36) e i conflitti d'interessi (artt. 37-40).

Per quanto riguarda le incompatibilità è previsto che il funzionario professionista non può esercitare un'attività professionale o di altra natura intesa ad ottenere reddito o proventi (art. 26, c. 1). In deroga a tale divieto, il funzionario può svolgere attività pedagogiche, scientifiche, di ricerca, artistiche, culturali, sportive e pubblicitarie e può gestire attività agricole e il proprio patrimonio, salvo diversa disposizione di un'altra legge (c. 2). In tali casi è previsto il rilascio di un'autorizzazione da parte del datore di lavoro e la comunicazione alla KPK. L'autorizzazione può essere revocata in caso di violazione delle disposizioni normative o per contrasto all'imparzialità e obiettività.

È altresì previsto che il funzionario professionista non possa essere membro o svolgere attività di gestione, supervisione o rappresentanza in società, associazioni di interesse economico, cooperative, istituzioni pubbliche, fondi pubblici, agenzie pubbliche e in altre persone di diritto pubblico o privato, ad eccezione di associazioni, comitati e partiti politici. Il divieto vale anche per i funzionari onorari quando la loro funzione presuppone un controllo diretto dei soggetti sopra indicati e vale per i sindaci e i vicesindaci con riferimento alle funzioni svolte nel comune che rappresentano il quale ha collegamenti proprietari, finanziari e di controllo. Il rimedio previsto in caso di incompatibilità è la cessazione di una delle due cariche. La

KPK svolge un potere accertativo e autorizzatorio, ma in caso di inosservanza non ha alcun potere diretto se non di segnalazione all'amministrazione di appartenenza della situazione di incompatibilità e l'invito ad adottare la procedura di cessazione dell'incarico (art. 29).

Con riferimento alla ricezione dei doni e altri vantaggi la norma ne prevede il divieto tranne di regalia da protocollo o da circostanza il cui valore unitario non superi i 75 euro, e complessivamente 150 euro all'anno (art. 30).

È prevista la tenuta di un registro dei doni nel quale vanno annotati quelli di valore superiore ai 25 euro. Il registro va annualmente comunicato alla KPK. La KPK ha il potere di valutare se la ricezione dei doni abbia compromesso l'imparzialità e l'obiettività del funzionario, e in caso positivo provvede a darne avviso agli organi inquirenti.

Sul conflitto di interessi (artt. 37-40) è previsto un dovere positivo di prestare attenzione a non incorrere in potenziale o effettivo conflitto e compiere tutto il necessario per evitarlo e astenersi dall'utilizzare la propria posizione per trarre per sé o per altri un interesse non ammesso. Il conflitto di interessi deve essere rilevato dallo stesso soggetto che viene a trovarsi in tale situazione. Egli è tenuto a dare al superiore gerarchico dell'amministrazione di appartenenza pronta comunicazione del potenziale o effettivo conflitto e interrompere l'esercizio della funzione salvo che non ne derivi danno. In caso di assenza di un preposto gerarchico superiore la comunicazione va fatta alla KPK. In termini preventivi la KPK ha la competenza di avviare entro due anni dal verificarsi dei fatti il procedimento di verifica della situazione di conflitto e delle sue conseguenze. In caso di esito positivo la Commissione lo comunica all'interessato e all'amministrazione di appartenenza attribuendo un termine per provvedervi. In termini repressivi invece è previsto il potere d'indagine della KPK la quale ove accerti la violazione della normativa sul conflitto di interessi, ne informa gli organi competenti.

302

Il conflitto di interessi presuppone che ci siano delle "circostanze" in presenza delle quali l'interesse personale del funzionario prevale o sembra prevalere su quello generale, ingenerando la sensazione che l'imparzialità e l'obiettività siano compromesse (art. 4). Se da un lato basta un mero sospetto, dall'altro il sospetto deve trovare fondamento in presupposti reali e fondati, connessi con la funzione pubblica svolta.

Nel periodo 2004-2011 la KPK ha avviato indagini amministrative sui conflitti d'interessi in 65 casi. In 35 casi sono state riscontrate violazioni delle norme sul conflitto d'interessi, 16 dei quali si riferivano all'approvvigionamento e 13 a problemi di urbanistica e pianificazione ambientale⁷⁹. La KPK ha rilevato una violazione e ha generato una regola di buona prassi⁸⁰. Inoltre, è stato riscontrato che a livello locale, i rischi concernenti i conflitti d'interessi sembrano essere particolarmente elevati. Infine, risulta anche problematico il controllo di situazioni di conflitto d'interessi riguardanti i funzionari eletti a livello centrale e locale⁸¹. Inoltre, un altro punto critico rilevato da GRECO nel quinto rapporto è dato dalla carenza a livello di governo centrale e di alti funzionari di una

⁷⁹ Commissione europea, *op. cit.* p. 7.

⁸⁰ GRECO, GrecoEval5Rep(2017)2, *Peti ocenjevalni krog, Preprečevanje korupcije in spodbujanje integritete v centralni vladi (najvišji nosilci izvršilne veje oblasti) in v organih preiskave, Poročilo o ocenjevanju*, 8.3.2018, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/04/GRECO-Skupina-dr%C5%BEav-proti-korupciji-Peti-ocenjevalni-krog-Poro%C4%8Dilo-o-ocenjevanju-Slovenija.pdf, 25.

⁸¹ B. Dobovšek, J. Škrbec, *Nasprotje interesov v teoriji in praksi*, in *Revija Varstvoslovje*, Ljubljana, 2012, in www.fvv.uni-mb.si/rV/arhiv/2012-1/03_Dobovsek_Skrbec.pdf, 41-58.

strategia e buone prassi sul conflitto di interessi⁸².

Un valido rimedio di rinforzo e consolidamento della prevenzione del conflitto di interessi ma anche delle incompatibilità è dato non solo dalle prescrizioni normative ma anche da quelle morali previste dai codici etici di cui *infra*.

7. Le misure amministrative riferite all'attività

7.1. Il piano per l'integrità

Attiene alla configurazione dell'attività dell'amministrazione il Piano per l'integrità. Il Piano per l'integrità rappresenta uno strumento strategico di autoregolamentazione delle amministrazioni obbligate ad adottarlo con l'obiettivo di introdurre il senso dell'etica, raggiungere un più alto grado di integrità, stabilire la trasparenza nel funzionamento dell'amministrazione e assicurare una gestione efficace. Il Piano è frutto di una procedura articolata che vede coinvolta l'amministrazione, gli organi appositamente istituiti e la KPK.

Le autorità pubbliche slovene hanno il dovere di definire piani per l'integrità tenendo conto delle valutazioni dei rischi legati al fenomeno della corruzione e di darne comunicazione alla KPK. L'ambito soggettivo è definito dall'art. 47 sopra richiamato e si riferisce agli organi statali, all'amministrazione locale, alle agenzie, agli enti pubblici, agli enti pubblici economici e ai fondi pubblici, come notato, non le società pubbliche. Tuttavia, ai sensi del c. 2 ove la KPK individui altri soggetti che perseguono finalità pubbliche e che dispongono di un patrimonio pubblico e sono particolarmente esposti a fenomeni corruttivi o a situazioni di illegalità, può imporre l'adozione del Piano. Inoltre, l'art. 49 prevede l'ipotesi in cui altri soggetti non inclusi nell'elenco del c. 1 dell'art. 47 possono spontaneamente assoggettarsi e chiedere alla KPK di fornire adeguato supporto nella redazione.

Il Piano per l'integrità indica le misure di natura legale e fattuale destinate alla prevenzione, riduzione e eliminazione dei rischi di corruzione, nonché di violazione di norme giuridiche e disposizioni etiche e di altri provvedimenti. In dettaglio la norma (art. 47, c. 3) prevede che il Piano deve contenere una valutazione del rischio di esposizione dell'istituzione alla corruzione, i nominativi dei responsabili del Piano per l'integrità, la descrizione delle aree e la metodologia valutativa dell'esposizione ai rischi, le misure per individuare tempestivamente, prevenire e correggere i rischi di corruzione, le proposte di miglioramento, e le altre parti del piano che sono definite dalle linee guida della KPK come da art. 50⁸³.

Il piano è il risultato di un procedimento che non si esaurisce al momento della sua redazione ma si snoda attraverso una serie di fasi che son date dalla trasmissione e verifica del piano da parte della KPK, della verifica e della comunicazione degli esiti da parte di quest'ultima, della tenuta del Piano in termini di verifica interna del rispetto delle prescrizioni e della manutenzione del Piano stesso in termini di aggiornamenti, dell'obbligo di comunicare alla KPK i dati rilevati in termini di segnalazioni, di provvedimenti adottati, di rischi riscontrati, di modifiche adottate. È previsto che la KPK tenga un registro nel quale vanno inseriti i fatti delittuosi, i rischi e i comportamenti anti-etici. Inizialmente si intendeva creare un Registro

⁸² GRECO, GrecoEval5Rep(2017)2, *op. cit.*, 25.

⁸³ Linee guida della KPK – *Smernice za oblikovanje načrtov integritete*, n. 007-1/2014, 27 febbraio 2014 che sostituiscono le Linee guida n. 012-14/2011/1, 11 aprile 2011, in https://www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/02/Smernice_za_nacrt_integrit.pdf.

nazionale dei rischi⁸⁴ che come vedremo *infra* ha assunto varie denominazioni e configurazioni, e attualmente è funzionante.

GRECO ha di recente rilevato che a livello governativo inteso nel suo complesso manca il piano di integrità sebbene ciascun ministero ne è dotato di uno proprio. La raccomandazione di GRECO è che il Governo in qualità di organo collegiale si doti di un Piano di integrità unitario accanto a quelli parcellizzati tra più ministeri⁸⁵.

7.2. La clausola anticorruzione

Gli apparati amministrativi oltre ad adottare i menzionati Piani per l'integrità e valutare i rischi di corruzione hanno l'obbligo di inserire nei contratti di valore superiore a diecimila euro la clausola anticorruzione. Questa clausola garantisce misure più efficaci qualora durante l'esecuzione del contratto si verificano pratiche di corruzione.

La ZIntPK all'art. 14 prevede la nullità del contratto quando chiunque in nome o per conto dell'altra parte contraente, rappresentante o intermediario di un ente pubblico o di un'organizzazione pubblica, promette, offre o concede benefici non autorizzati atti a: conseguire un affare, concludere l'affare a condizioni più favorevoli, omettere il controllo richiesto sull'esecuzione degli obblighi contrattuali, porre in essere comportamenti o ometterli volti a cagionare un danno al soggetto pubblico o procurare un indebito vantaggio al funzionario dell'apparato pubblico⁸⁶.

È una norma imperativa posta a tutela dell'ordine e della moralità pubblica (c. 2).

Per gli appalti pubblici è altresì previsto a tutela della trasparenza e della repressione di pratiche corruttive la comunicazione dei soci, inclusi i soci occulti, delle società offerenti e in caso di comunicazioni non veritiere o false è prevista la nullità del contratto.

La norma detta la procedura di accertamento della nullità e l'iniziativa è posta a carico dell'amministrazione stipulante. La KPK ha il potere di verifica e di richiedere copia dei contratti stipulati. In caso di esito positivo il KPK informa l'amministrazione stipulante e altri organi competenti (c. 4). È prevista anche un'ipotesi di esenzione rimessa al potere discrezionale della KPK laddove non è possibile inserire la clausola o essa è inopportuna oppure il soggetto contraente straniero si opponga. In questo caso il KPK ha il potere discrezionale di decidere valutando comparativamente l'interesse nazionale alla conclusione del contratto e il livello di rischio corruttivo⁸⁷.

La legislazione sugli appalti pubblici prevede soglie nazionali per la pubblicazione dei bandi di gara sulla piattaforma nazionale degli appalti pubblici *Portal javnih naročil* e la pubblicazione obbligatoria degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati *ex ante* nelle procedure negoziate senza la preventiva pubblicazione di un bando di gara. Sono altresì previste norme più rigorose per gli appalti di imprese private se tali appalti sono cofinanziati o sovvenzionati con fondi pubblici. Al fine di

⁸⁴ *Nacionalni register tveganj*.

⁸⁵ GRECO, GrecoEval5Rep(2017)2, *Fifth Evaluation Round, Preventing corruption and promoting integrity, in central governments (top executive functions) and law enforcement agencies, Evaluation Report*, 8.3.2018, cit., p.15.

⁸⁶ Cfr. la circolare: KPK, *Sistemsko pojasnilo o protikorupcijski klavzoli*, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/02/Sistemsko_pojasnilo_o_protikorupcijski_klavzuli_po_ZIntPK093.pdf.

⁸⁷ Per una panoramica dei casi di deroga si v. www.kpk-rs.si/preventiva-integriteta/protikorupcijska-klavzula-in-izjava-o-lastniski-strukturi.

garantire la trasparenza è assicurato il diritto di accesso alle offerte presentate e di tutta la documentazione sugli appalti pubblici che sono resi pubblici dopo che la decisione di aggiudicare un contratto diventa definitiva.

7.3. Le banche dati e la tenuta delle informazioni

La ZIntPK assicura la trasparenza amministrativa e la verificabilità attraverso la tenuta di una serie di banche dati. Era in progetto l'istituzione del Registro nazionale dei rischi *Nacionalni register tveganj* nel quale sarebbero confluiti i fatti delittuosi, i rischi e i comportamenti anti-etici⁸⁸. In tale prospettiva, in un primo momento, è stata creata l'applicazione online *Supervisor* che forniva informazioni sulle operazioni commerciali di organi del settore pubblico, tra cui gli organi legislativi, giudiziari ed esecutivi, gli enti pubblici autonomi e indipendenti, le comunità locali e le relative agenzie con personalità giuridica, ma non prevedeva le operazioni delle imprese statali, controllate dallo Stato o in cui lo Stato detiene quote significative. L'applicazione indicava le parti contraenti, i maggiori beneficiari, le entità giuridiche correlate (per tutti i servizi, le forniture e i pagamenti superiori a 4.000 euro), le date, gli importi e gli scopi delle operazioni. Lo strumento aveva riscosso un enorme successo fin dal primo giorno, quando è stato utilizzato 1.200.000 volte, arrivando a 2.616.000 in appena 6 giorni.

Nel 2013, *Supervisor* aveva altresì ottenuto il premio delle Nazioni Unite per la pubblica amministrazione ed è stato considerato un esempio di sviluppo di applicazioni informative.

Tuttavia, l'utilizzo di *Supervisor* ha portato a degli abusi a seguito della diffusione sulla stampa dei nominativi delle persone, tra i quali membri del governo che si sono dimessi, che hanno beneficiato di contributi e finanziamenti pubblici (v. *infra*).

Inoltre, l'applicazione non poteva essere ulteriormente sviluppata e funzionare correttamente perché era sfornita della licenza di sviluppo. A seguito di un contenzioso con il licenziante è stata sostituita da una nuova applicazione che è l'applicazione informatica sull'utilizzo del danaro pubblico in Slovenia⁸⁹ denominata *Erar*.

L'applicazione *Erar* è definita servizio pubblico generale e fornisce al pubblico, ai *mass media*, alle professioni e alle autorità pubbliche una panoramica delle transazioni compiute dalle istituzioni pubbliche, dalle società pubbliche, dagli enti locali relative a beni e servizi, salari, prestazioni sociali, pensioni, sussidi, borse di studio, ecc. L'applicazione fornisce informazioni sulle operazioni di fatturazione elettronica, sui dati relativi alle incompatibilità e sui regali ricevuti, nonché sulla visualizzazione di conti bancari esteri di entità aziendali.

L'applicazione *Erar* recupera i dati da una serie di altre banche dati quali: l'Amministrazione dei pagamenti pubblici (UJP⁹⁰) che gestisce le transazioni e le fatture elettroniche, l'Agenzia della Repubblica di Slovenia per le evidenze pubbliche e servizi - AJPES⁹¹ che detiene il registro delle imprese, il registro dei conti bancari

⁸⁸ B. Cvelbar, *Register tveganj kot nadzorna plošča upravljanja informacijske varnosti*, in www.fvv.um.si/konferencaiv/zbornik/cvelbar.pdf.

⁸⁹ *Aplikacija za prikaz porabe javnega denarja v Republiki Sloveniji*.

⁹⁰ *Uprava Republike Slovenije za javna plačila*.

⁹¹ *Agencija Republike Slovenije za javnopravne evidenze in storitve* - AJPES gestisce il Registro Commerciale della Slovenia (PRS) che funge da principale banca dati di tutti i soggetti commerciali che svolgono un'attività lucrativa o senza scopo di lucro ed hanno la loro sede nel territorio della Repubblica di Slovenia. I compiti principali sono: gestione dei registri;

per le transazioni commerciali e la banca dati delle relazioni annuali, la Central Securities Clearing Corporation d.d. (KDD⁹²) che detiene le informazioni sulla proprietà delle società di capitali, la Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Slovenia e il suo Portale Acquisti (*ePayment*) che ha le informazioni sugli appalti pubblici, il Ministero delle finanze (MF) che tratta i dati contabili sulle transazioni, l'Amministrazione finanziaria della Repubblica di Slovenia (FURS⁹³) che detiene i dati sui debitori tributari, l'Ufficio della Repubblica di Slovenia per la prevenzione del riciclaggio di denaro (UPPD⁹⁴) che ha i dati sulle principali transazioni all'estero, la Banca di Slovenia che detiene elenco giornaliero dei tassi di cambio per la conversione di valuta e la Direzione degli appalti pubblici (MPA⁹⁵) che gestisce l'elenco dei fornitori con le referenze negative.

Un'altra applicazione in corso di sviluppo è *Gospodar* (trad. Proprietario) che è la banca dati del patrimonio immobiliare pubblico.

Per quanto riguarda l'uso delle banche dati la norma (art. 75) prevede che i dati possono essere trattati solo per l'attuazione di misure e metodi destinati a migliorare l'integrità; garantire la trasparenza del funzionamento del settore pubblico; prevenire la corruzione e gli interessi contrastanti; controllare le attività e la ricezione dei doni e utilità, nonché tenere un registro dei lobbisti.

La tipologia dei dati raccolti e detenuti per un periodo di dieci anni è elencato nel successivo art. 76 e riguarda: le denunce e le segnalazioni di violazione o sospetto di violazione della normativa anticorruzione; i nominativi dei funzionari con posizioni apicali e i responsabili dell'approvvigionamento; le informazioni connesse con la corruzione internazionale; i dati del denunciante; le denunce dei funzionari pubblici che hanno subito pressioni, avuto informazioni su pressioni; i trasferimenti applicati al denunciante; l'elenco dei doni e utilità; i dati sui soggetti che incorrono in incompatibilità e i soggetti con i quali l'incompatibilità si manifesta; i casi di conflitto di interessi; i soggetti tenuti alla dichiarazione di consistenza patrimoniale, le informazioni su aumenti sproporzionati dei patrimoni dei funzionari, i nominativi dei responsabili del Piano per l'integrità, i funzionari che si sono resi inadempienti nell'attuazione del piano anticorruzione; l'elenco dei lobbisti, l'elenco delle società interessate al lobbismo e l'elenco delle sanzioni avverso i lobbisti.

Sul punto sono state rilevate le storture applicative in cui è incorsa la KPK in merito all'utilizzo delle banche dati che hanno portato all'intervento della Corte suprema. Quest'ultima aveva evidenziato la carenza normativa sulla possibilità di divulgare i dati dei funzionari pubblici. Sul punto vi è stata una proposta modificativa della ZIntPK con l'introduzione dell'art. 75a volto a dare una base normativa per l'utilizzo dei dati e al contempo tutelare la riservatezza in conformità all'art. 38 Cost. La Corte si era espressa con la massima per cui la pubblicazione dei dati personali del funzionario interessato può trovare fondamento nel comma 8 dell'art. 13 ZIntPK⁹⁶, solo ove prima della pubblicazione la KPK completi la procedura di verifica sul

accettazione, elaborazione e pubblicazione dei rapporti annuali; ricerche statistiche e raccolta dei dati e realizzazione delle attività nel campo della solvibilità commerciale e di altre attività commerciali.

⁹² *Centralna Klirinško Depotna Družba d.d.*

⁹³ *Finančna uprava Republike Slovenije.*

⁹⁴ *Urad Republike Slovenije za preprečevanje pranja denarja.*

⁹⁵ *Direktorat za javna naročila.*

⁹⁶ Il quale come detto prevede la divulgazione all'opinione pubblica degli esiti finali degli accertamenti salvo il segreto istruttorio penale.

sospetto di corruzione⁹⁷. La Corte ha aggiunto che la pubblicazione dei dati personali dell'interessato sarebbe conforme con la Costituzione e con la legge sulla tutela dei dati personali solo se esistesse una base giuridica per questo tipo di trattamento dei dati diversa da quella prevista al citato art. 13 ZIntPK.

8. Le misure riguardanti i soggetti che agiscono nell'ambito dell'Amministrazione

8.1. La verifica della consistenza patrimoniale dei soggetti pubblici

La parte quinta della ZIntPK sulla verifica della consistenza patrimoniale dei soggetti pubblici nasce dall'esigenza di rispondere alle aspettative dell'opinione pubblica in merito ad una più completa trasparenza della situazione patrimoniale e reddituale dei titolari di cariche elettive e di governo, i quali sono chiamati ad esercitare il proprio mandato in uno spirito di indipendenza morale ed economica.

Obiettivo del sistema sulla consistenza patrimoniale è verificare l'ammontare dei patrimoni dei soggetti pubblici, prevenire situazioni di conflitto di interessi e contrastare l'illecito arricchimento.

Già nel 1994 la Slovenia ha previsto un modello di dichiarazione della situazione patrimoniale per i soggetti pubblici. Il sistema è stato rafforzato nel 2010 attraverso la ZIntPK. Un'ampia serie di funzionari pubblici, compresi quelli di alto livello, centrali e locali, di ruolo ed onorari, devono presentare alla KPK la dichiarazione della situazione patrimoniale entro un mese da quando assumono l'incarico come anche dopo aver cessato la funzione. Inoltre devono essere dichiarate anche eventuali modifiche della situazione patrimoniale che occorrono nel corso della durata in carica (art. 43).

L'obbligo di dichiarazione della situazione patrimoniale comprende un ampio ventaglio di informazioni e beni elencati nell'art. 42 tra i quali gli immobili, i conti correnti e il contante se superiore a diecimila euro, le azioni, le obbligazioni, i debiti contratti per importi superiori a diecimila euro e altri beni mobili di valore superiore a diecimila euro. La comunicazione avviene in forma elettronica. L'informatizzazione della comunicazione e della gestione dei dati consente alla KPK di verificare meglio la situazione patrimoniale ed effettuare i controlli incrociati dei dati. Allo scopo di verificare le dichiarazioni della situazione patrimoniale, la KPK può richiedere dati sui beni di parenti dei funzionari pubblici qualora si possa ragionevolmente concludere che i beni sono stati trasferiti a familiari per evitare i controlli previsti dalla legge.

Al fine di un più efficace controllo la KPK può verificare la veridicità delle dichiarazioni presso le banche dati e i registri contenenti le informazioni richieste. In caso di omessa comunicazione dei dati la KPK intima l'obbligato ad adempiere. La KPK può imporre un'ammenda relativamente ridotta nei casi di mancata dichiarazione della situazione patrimoniale oppure in caso di dati falsi o incompleti. È prevista la sanzione della decurtazione del 10% dello stipendio.

La KPK ha tuttavia richiesto nuove modifiche della legislazione corrente per attenuare i rischi legati alla corruzione, compresa l'agevolazione dell'accesso ai dati

⁹⁷ Osserva la Corte, I Up 310/2015, cit., che dalle informazioni contenute nel fascicolo non risulta che il convenuto (KPK) abbia condotto il procedimento nei confronti del ricorrente e avrebbe riscontrato violazioni ai sensi del presente (citato) articolo, sia prima che dopo la contestata pubblicazione dei dati personali del ricorrente.

relativi ai beni trasferiti a terzi. Inoltre, la KPK ha una capacità piuttosto limitata, che le impedisce di compiere un gran numero di controlli approfonditi⁹⁸. In aggiunta, essa non può controllare beni all'estero.

È prevista altresì la fattispecie sintomatica dell'incremento sproporzionato del patrimonio in occasione dell'esercizio delle funzioni pubbliche che si palesa nella differenza considerevole e ingiustificata tra il reddito del funzionario e il suo patrimonio effettivo (art. 45). Ove la KPK in corso di indagini o a seguito di specifiche notizie appuri che vi sia stato un incremento sproporzionato del patrimonio del funzionario, inizia un procedimento di formale contestazione e richiesta di chiarimenti giustificativi. In caso di mancanza di chiarimenti o irragionevoli giustificazioni la KPK notizia l'amministrazione di appartenenza e in casi di sospetto di infrazioni notizia altresì agli organi competenti. Ove ricorra il sospetto che il patrimonio sia di provenienza illecita e vi è il pericolo che possa essere distratto o nascosto, la KPK si adopera presso gli organi competenti affinché procedano a sequestro.

Taluni dati inclusi nelle dichiarazioni della situazione patrimoniale sono pubblicati sul sito della KPK nel rispetto della normativa sulla tutela dei dati personali e in conformità alla decisione della Corte costituzionale slovena⁹⁹. I dati possono essere resi pubblici solo se riguardano beni acquisiti durante il periodo di durata dell'incarico pubblico.

GRECO, nel suo ultimo rapporto riferito alla quinta fase¹⁰⁰, ha espresso raccomandazioni di riforma della disciplina poiché ha riscontrato che il sistema non funziona in modo efficace e non raggiunge i tre obiettivi prefissati (verificare la consistenza dei patrimoni dei soggetti pubblici, prevenire situazioni di conflitto di interessi e contrastare l'illecito arricchimento).

Con riferimento alla verifica della consistenza patrimoniale GRECO nota che le dichiarazioni non sono state rese pubbliche e che il 60% di esse conteneva dati non completi. Anche l'attività di prevenzione non è realizzata giacché i controlli sono solo formali e per lo più poco efficaci se si considera che il 20% degli organi di governo (politici e alti funzionari) ha omesso o ritardato la presentazione.

Infine, non risulta soddisfatto l'obiettivo della prevenzione dell'illecito

⁹⁸ Nel 2012, dalle indagini della KPK sulle dichiarazioni della situazione patrimoniale di alcuni titolari di cariche pubbliche e di capi di sette partiti politici rappresentati in Parlamento è emerso che l'allora primo ministro e il sindaco di Ljubljana, che era anche a capo del principale partito allora all'opposizione, avevano violato le norme sulla dichiarazione della situazione patrimoniale. In totale, l'allora primo ministro non avrebbe dichiarato beni per un importo di circa 210000 euro. La KPK ha anche rilevato che il sindaco di Ljubljana non aveva dichiarato 2,4 milioni di euro nei suoi sei anni in carica, nonché diverse operazioni su titoli. L'allora primo ministro e il sindaco hanno ammesso alcuni errori amministrativi, negando tuttavia le principali conclusioni della KPK e le accuse relative all'origine illegale dei beni non dichiarati. Il caso contro l'allora primo ministro ha avuto come conseguenza la caduta del governo. Il sindaco di Ljubljana si è dimesso da segretario del partito, ma non ha rassegnato le dimissioni dall'incarico pubblico. Durante uno sciopero generale del gennaio 2013, si sono verificate manifestazioni di protesta in 13 città in tutta la Slovenia. In seguito, 36 parlamentari hanno contestato la costituzionalità della legge sull'integrità e la prevenzione della corruzione, comprese le disposizioni relative alle procedure e ai poteri della KPK.

⁹⁹ Le informazioni sul reddito tassabile non sono disponibili. La pubblicazione completa delle dichiarazioni della situazione patrimoniale non è possibile in seguito a una decisione della Corte costituzionale del 2007 che ha ritenuto incostituzionali alcune disposizioni sulla pubblicità di tali dati per motivi di protezione dei dati (*Ustavno sodišče Republike Slovenije (2007) Odločba Ustavnega sodišča Republike slovenije*. Ljubljana: U-I-57/06-28, in [http://odlocitve.us-rs.si/usrs/usodl.nsf/0/5d317be6d9d8bb26c12572b30036f92b/\\$FILE/U-I-57-06.pdf](http://odlocitve.us-rs.si/usrs/usodl.nsf/0/5d317be6d9d8bb26c12572b30036f92b/$FILE/U-I-57-06.pdf), 16-20.

¹⁰⁰ GRECO, GrecoEval5Rep(2017)2, *op. cit.*, 30.

arricchimento, in quanto, ad opinione di GRECO, le informazioni patrimoniali dovrebbero riguardare anche i parenti e il coniuge e i conviventi¹⁰¹.

8.2. Whistleblowing e protezione degli informatori

La terza parte della ZIntPK prevede il meccanismo di segnalazione degli illeciti e di *follow-up* delle denunce nonché il sistema di protezione di coloro che denunciano violazioni.

Ai sensi dell'art. 23 chiunque può presentare denuncia alla KPK o agli organi competenti su fatti corruttivi di cui si ha sospetto siano avvenuti presso le amministrazioni statali e locali, titolari di funzioni pubbliche o altri soggetti pubblici o privati o che sono imputabili a persone fisiche. I documenti e le informazioni utilizzate per l'indagine sono sottratti all'accesso fino alla fine del procedimento di verifica. Ove si palesano fatti delittuosi si procede a notificare le autorità penali.

Il sistema di protezione di coloro che denunciano violazioni prevede che la loro identità non vada ricercata e comunque non può essere rivelata. Per le ipotesi delittuose più gravi può trovare applicazione il sistema di tutela dei collaboratori di giustizia e dei loro familiari. Solamente l'autorità giudiziaria in caso di tutela dell'interesse pubblico o di tutela di terzi può disporre la rivelazione dell'identità del denunciante. Inoltre, è prevista la tutela risarcitoria avverso le ritorsioni che il denunciante può subire dal suo datore di lavoro (art. 25).

La norma disciplina altresì l'ipotesi dell'abuso del denunciante ovvero l'ipotesi in cui la denuncia sia stata resa in mala fede. La KPK verifica se vi sia stata mala fede o errore di valutazione del denunciante tenendo conto della gravità della situazione denunciata, il comportamento del denunciante, il danno potenziale o effettivo e lo *status* o il ruolo del soggetto denunciato.

Il successivo art. 24 disciplina l'ipotesi della denuncia da parte del funzionario che ritiene o che effettivamente ha subito pressioni psicologiche o fisiche atte a fargli compiere comportamenti delittuosi o eticamente sconvenienti.

Tuttavia, si sono avuti casi di licenziamento di dipendenti di enti pubblici che hanno avuto eco nella piccola repubblica e scoraggiano questo tipo di iniziative¹⁰².

8.2. La criticità delle garanzie procedurali

Il procedimento di accertamento e contestazione in caso di sospetta corruzione, violazioni della legge, conflitto di interessi, situazioni di incompatibilità, casi di verifica della consistenza patrimoniale, vicende legate al lobbismo è disciplinato dall'art. 13 della ZIntPK. Esso si struttura in più fasi, consistenti nell'accertamento dei fatti, nell'invio degli esiti alla persona incolpata, nell'adozione dei risultati e nella loro presentazione al pubblico, insieme alla risposta della persona incolpata. Il procedimento può iniziare su impulso della KPK oppure su richiesta dell'Assemblea nazionale, del Governo, della Corte dei conti, della Banca centrale, del Difensore dei diritti umani, della Procura della Repubblica e dei tribunali. La richiesta può essere archiviata oppure accolta. In quest'ultimo caso si apre la procedura di istruttoria. A sua volta l'esito dell'istruttoria può essere di due tipi: di rigetto della richiesta oppure di accoglimento. Gli atti posti in essere dalla KPK consistono in pareri o in

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² È il caso della dipendente della società pubblica Infrastruktura Bled. Si v. K. Božič, *Ko žvižgači dobijo odpoved* (trad. quando i whistleblowers sono licenziati), in www.vecer.com/ko-zvizgaci-dobijo-odpoved-6399496.

constatazioni sul caso concreto o su un'azione imputabile alla persona incolpata. Tali atti non integrano gli estremi di una decisione amministrativa e in nessun caso si sostituiscono ai provvedimenti penali, risarcitori, sanzionatori e disciplinari.

Con il parere la KPK analizza il problema, individua le carenze sistemiche, le incongruenze e propone le proposte di implementazione.

Con la constatazione riferita al caso concreto, la KPK svolge una valutazione dei fatti dal punto di vista giuridico, del rispetto dell'integrità e del rischio corruttivo.

In caso di constatazione riferita ad un soggetto concreto nell'accertare le violazioni la KPK indica altresì il comportamento che l'incolpato avrebbe dovuto tenere. In quest'ultimo caso è previsto un contraddittorio con la persona incolpata mediante l'invio delle contestazioni e del diritto della stessa alla partecipazione mediante la presentazione di memorie difensive.

I pareri e le constatazioni sono resi pubblici assieme alle memorie difensive dell'interessato (art. 13). Ove le constatazioni riguardino i dipendenti, esse vanno inviate all'amministrazione datore di lavoro per gli adempimenti di conseguenza rapportati all'entità del danno e dell'immagine compromessa. In caso di situazioni gravi la KPK ha il potere di proporre il licenziamento del soggetto.

GRECO nella quinta fase valutativa del 2018 ha rilevato alcune criticità nella descritta procedura definendola *sui generis*¹⁰³ in particolare a seguito di una serie di sentenze della Corte suprema che a partire dal 2016 hanno annullato gli atti della KPK per mancanza di adeguata tutela nel contraddittorio con il soggetto incolpato. Nel dettaglio è stata criticata la mancata attuazione dell'art. 15 della ZIntPK il quale rinvia alla generale disciplina normativa sul procedimento amministrativo. Sul punto si era creato un contrasto giurisprudenziale all'interno della Corte suprema, in quanto secondo un primo filone storico¹⁰⁴ gli atti della KPK non hanno la natura giuridica di atti amministrativi come da legge sul procedimento - ZUP¹⁰⁵ e legge sul processo amministrativo - ZUS-1¹⁰⁶ e come tali non necessitano di particolare motivazione, laddove l'istruttoria e l'individuazione della violazione sono chiare.

La Corte suprema in una vicenda riguardante un capo di governo aveva sovvertito il consolidato orientamento ora indicato sostenendo che l'atto emesso dalla KPK è da classificarsi atto amministrativo e pertanto sottoposto alle tutele previste dalla normativa sul procedimento amministrativo che in realtà è richiamata dall'art. 15 della ZIntPK. In tal modo la giurisprudenza fa intendere che avanti alla KPK non vi è una disciplina procedimentale e provvedimentale speciale ma che anch'essa trova disciplina nella normativa generale sul procedimento.

In forza di tale contrasto giurisprudenziale e del conseguente rischio di contenzioso il numero degli atti della KPK è notevolmente diminuito. La questione è stata demandata su ricorso della KPK alla Corte costituzionale la cui decisione è attesa. GRECO, come notato, auspica invece un intervento legislativo di riforma.

9. Il lobbismo

In generale il lobbismo è legato a un doppio filo: se manca la regolamentazione

¹⁰³ GRECO, GrecoEval5Rep(2017)2, *Peti ocenjevalni krog, Preprečevanje korupcije in spodbujanje integritete v centralni vladi (najvišji nosilci izvršilne veje oblasti) in v organih preiskave, Poročilo o ocenjevanju*, 8.3.2018, in www.kpk-rs.si/kpk/wp-content/uploads/2018/04/GRECO-Skupina-dr%C5%BEav-proti-korupciji-Peti-ocenjevalni-krog-Poro%C4%8Dilo-o-ocenjevanju-Slovenija.pdf, 14.

¹⁰⁴ Corte suprema, n. I Up 476/2013, in www.sodisce.si/vsrs/odlocitve.

¹⁰⁵ *Zakon o splošnem upravnem postopku*, in *G.U. RS*, n. 24/06, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10 e 82/13.

¹⁰⁶ *Zakon o upravnem sporu*, in *G.U. RS*, n. 105/06, 107/09.

esso è svincolato da qualsiasi sistema di controlli e rendicontazione e genera inevitabilmente fenomeni corruttivi; al contrario, se è inserito all'interno di un contesto normativo che impone trasparenza, rendicontazione e partecipazione acquista piena legittimità e assume un ruolo importante nella vita democratica.

Il lobbismo è considerato parte integrante della democrazia in quanto costantemente i politici forniscono informazioni e competenze importanti su questioni complesse e i gruppi di interesse, che operano quotidianamente nei settori economici che il legislatore intende riformare, sono in grado di apportare contributi che possono migliorare sensibilmente la qualità delle leggi emanate e il loro impatto sui destinatari finali.

L'ottava parte della ZIntPK regolamenta il lobbismo. I lobbisti hanno l'obbligo di registrarsi e possono essere persone fisiche nazionali o straniere che hanno raggiunto la maggiore età; non possono essere funzionari pubblici, non devono essere interdetti e non devono aver subito condanne penali per reati commessi con dolo e con pena superiore ai sei mesi.

È prevista la c.d. norma *revolving doors* sui funzionari pubblici che cessano di ruolo (art. 5). È un ambito particolarmente problematico in quanto i funzionari a riposo normalmente prima del pensionamento s'infilano in una zona grigia ed entrano in contrasto o in conflitto di interessi con loro funzione pubblica che continua indisturbata dopo la loro cessazione dal ruolo. Il legislatore ha ritenuto opportuno introdurre un periodo di incompatibilità, prevedendo che il funzionario pubblico può esercitare l'attività di lobbista solo dopo due anni dalla cessazione della carica.

I lobbisti possono associarsi in gruppi la cui attività è regolamentata da un codice etico. Essi hanno istituito un'associazione che si è dotata di un proprio codice etico¹⁰⁷. Anche la Camera di commercio slovena ha una sezione dedicata ai lobbisti. L'attività di lobbismo non può essere esercitata da persone giuridiche le quali si avvalgono di persone fisiche iscritte nel registro.

La legge individua tre figure di lobbisti: i lobbisti di professione che hanno l'obbligo di iscrizione nel registro, i lobbisti onorari che svolgono tale attività per conto dell'organizzazione alla quale appartengono che non sono obbligati all'iscrizione (come ad es. il direttore generale dell'organizzazione), e i soggetti esclusi dalla disciplina sul lobbismo. Con riferimento a questa terza tipologia, la legge all'art. 56.a. prevede che non si considera attività di lobbismo il lavoro di individui, gruppi informali o organizzazioni volto ad influenzare il processo decisionale di enti statali e organismi di comunità locali autonome e titolari di autorità pubblica quando si tratta di adottare regolamenti e altri atti generali in un'area che riguarda direttamente questioni sistemiche di rafforzamento dello stato di diritto, della democrazia e della tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali. La KPK, incaricata di monitorare il lobbismo, ha istituito un registro per i lobbisti e il numero delle registrazioni è in aumento, sebbene risulti basso rispetto al numero di soggetti effettivamente operanti. La legge impone a tutti i funzionari pubblici di segnalare alla KPK i contatti con i lobbisti ed eventuali tentativi di lobbismo illegale. I funzionari pubblici entrare in contatto con un lobbista solo se quest'ultimo è registrato. La legge prevede anche l'applicazione di sanzioni, che variano dalle avvertenze ai divieti temporanei di svolgere attività di lobbismo, la cancellazione dal registro al pagamento di somme (v. infra).

Ci sono almeno due aspetti critici da considerare.

Il primo si basa su fondati motivi per ritenere che le disposizioni sul lobbismo

¹⁰⁷ Slovensko združenje lobistov.

della legge sull'integrità e la prevenzione della corruzione non siano state pienamente attuate. La KPK ha rilevato che i funzionari pubblici nella pratica raramente segnalano i contatti con i lobbisti e accettano di incontrare i lobbisti non registrati. Anche le segnalazioni da parte degli enti locali sono molto limitate. Si consideri che nell'aprile 2012, la KPK nel valutare le relazioni sulle attività di lobbismo presentate da lobbisti e funzionari pubblici ha riscontrato che nel 12% dei contatti con i lobbisti le relazioni non corrispondevano¹⁰⁸.

La KPK ha denunciato il rischio di corruzione, conflitti d'interessi e violazione della normativa in materia di lobbismo in diversi casi, compreso un progetto su vasta scala nel settore dell'energia denominato Keter. In sostanza la società Keter che operava nel campo del biogas, ed era per la maggioranza finanziata da banche e da fondi pubblici, aveva imbastito una massiccia campagna pubblicitaria occulta sotto forma di articoli scientifici volta ad influenzare l'opinione pubblica e, in particolare, gli organi politici e amministrativi sulla bontà dell'iniziativa dell'uso del biogas a tutela dell'ambiente. In tal modo ha indotto e influenzato massicciamente le amministrazioni a concedere i fondi e le banche (di cui anche a partecipazione pubblica) a concedere i finanziamenti. I giornalisti che invece avevano rilevato le criticità del piano, le concrete difficoltà nella produzione del biogas e tutta una serie di incongruenze gestionali e finanziarie avevano invece subito forti pressioni e minacce. Alla fine, la società è fallita lasciando ingenti debiti e finanziamenti non restituiti. L'attività relazionale sulla stampa e su altri media svolta dalla società ha rappresentato un'anomalia e un caso di abuso da parte dei lobbisti della stampa e dell'opinione pubblica¹⁰⁹.

Va detto che la legislazione in materia di lobbismo e denuncia dei fatti corruttivi risulta per lo più impotente nel rivelare pratiche illegali e immorali e dare protezione contro indebite influenze, pressioni e minacce che provengono da una zona grigia costituita da una parte sofisticata e per lo più nascosta di reti informali¹¹⁰. La KPK ha altresì avvertito di avere una limitata capacità di intervento in questo campo. Le carenze individuate comprendono il mancato uso del modulo standardizzato richiesto per segnalare i contatti con i lobbisti, che crea difficoltà nella procedura di verifica, e la mancanza di norme sul lobbismo all'estero e i lobbisti stranieri in Slovenia (che attualmente non sono registrati, sebbene da alcune verifiche siano emersi contatti con tali lobbisti). La KPK ha osservato che le sue risorse sono troppo limitate per effettuare una verifica sistematica approfondita di tutte le attività di lobbismo¹¹¹.

Il secondo aspetto invece è dato dal fatto che esiste un margine di miglioramento nell'attuazione della legislazione o addirittura secondo posizioni più radicali esiste la necessità di una apposita legge più completa.

I punti deboli della disciplina di recente rilevati da *Transparency International* e

¹⁰⁸ Secondo la KPK, sono state presentate 216 relazioni sul lobbismo nel 2012 e 171 nel 2011. La KPK ha emesso 19 decisioni amministrative finali sul lobbismo, sulle clausole anticorruzione e su altre prestazioni economiche e ha effettuato 60 procedure per controllare il lobbismo. Cfr. Commissione europea, *Allegato sulla Slovenia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles, cit., 22.

¹⁰⁹ B. Vezjak, B. Flajšman, D. Plut, L. Kajfež Bogataj, M. Hanžek, L. Omladic, *Bioplinarne so v Sloveniji za zdaj zlorabljen energetski projekt*, in <http://www.dnevnik.si/mnenja/pisnabralcev/1042431999>; T. Pihlar, *Bioplinarne naprave: energetska priložnost ali velika grožnja okolju in pridelavi hrane*, in: www.dnevnik.si/slovenija/1042400032.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Transparency International Slovenia – Društvo Integriteta, *Lobiranje v Sloveniji. Poziv k transparentnemu in eticnemu lobiranju*, Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana, 2014, 19 -21.

che richiederebbero un ripensamento s'individuano in una serie di aspetti cruciali tanto, come detto, da mettere in discussione la valenza della normativa stessa e l'opportunità di generare una legge apposita¹¹². I punti critici sono l'ambito applicativo della disciplina, l'identificazione dei destinatari dell'attività di lobbismo, la figura dei lobbisti onorari appartenenti all'organizzazione per la quale agiscono e la questione sul settore esentato.

Per quanto riguarda l'ambito applicativo della disciplina, la normativa parla del settore pubblico ma non considera le aziende e le società pubbliche le quali sono le più interessate dall'attività di lobbismo. Si consideri il settore ospedaliero, già oggetto di scandali, che è interessato dai gruppi farmaceutici. Inoltre, va anche considerato insufficiente il livello di trasparenza della DUTB¹¹³ che è la *bad bank* che ha acquistato i *non performing loans* di alcune banche a partecipazione pubblica.

Con riferimento all'identificazione dei destinatari del lobbismo si era posto il problema del coordinamento tra la ZIntPK e la legge sui dipendenti pubblici - ZJU attorno alla definizione e all'ambito della nozione di pubblico dipendente. L'art. 4, n. 16, nel fornire la definizione di soggetti destinatari dell'attività di lobbismo indica i funzionari e i pubblici dipendenti di organi statali e locali nonché portatori di pubbliche funzioni che decidono o partecipano al procedimento decisionale. Si nota però che l'ambito non è riferito a tutti i soggetti assunti presso la pubblica amministrazione e ne sarebbero ad es. esclusi anche i professionisti esterni che svolgono attività di consulenza¹¹⁴.

GRECO ha raccomandato di sottoporre a un riesame approfondito le norme sui contatti con i lobbisti da parte dei membri dell'Assemblea nazionale e del Consiglio nazionale¹¹⁵.

Sulla figura dei lobbisti onorari che rappresentano il gruppo di interesse presso il quale sono assunti, e che come tali sono esentati dall'iscrizione nel registro, la maggiore riserva e critica alla previsione normativa (artt. 56.a. e 58) risiede nella incontrollabilità di un settore molto vasto ma interessato dal lobbismo.

Infine, un altro punto debole è dato dall'esclusione dalla figura del lobbismo di quell'attività di pressione avente ad oggetto interessi pubblici e diritti umani. In quest'ambito si nota un potenziale rischio di devianza su interessi settoriali e commerciali e di convincimento indiretto dei pubblici funzionari su aspetti che esulano dai diritti umani o dal mero interesse pubblico non economico. I lobbisti stessi evidenziano una disparità di trattamento poiché accade che dietro tali attività di terzo settore in realtà si celi il lobbismo di tipo economico.

10. La trasparenza e l'accesso ai dati

¹¹² Ibidem.

¹¹³ *Družba za upravljanje terjatev bank.*

¹¹⁴ Transparency International Slovenia – Društvo Integriteta, *Lobiranje v Sloveniji. Poziv k transparentnemu in etičnemu lobiranju*, cit., 20.

¹¹⁵ GRECO recommended that the implementation of the rules on contacts with lobbyists by members of the National Assembly and of the National Council be subject to a thorough assessment, with a view to improving them where necessary; cfr. GRECO, Eval IV Rep (2012) 1E, 30 May 2013, *Fourth Evaluation Round - Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*, 5; Id., RC4(2018)3, 5 July 2018, *Fourth Evaluation Round - Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Second Compliance Report*, p. 3 in [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/GrecoEval4\(2012\)1_Slovenia_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/GrecoEval4(2012)1_Slovenia_EN.pdf)

In base all'art. 39, c. 2, della Cost. “ognuno ha il diritto di ricevere informazioni di carattere pubblico per le quali ha qualche interesse legale fondato sulla legge, salvo nei casi stabiliti dalla legge”. Il principale strumento di attuazione è la legge sull'accesso alle informazioni di interesse pubblico – ZDIJZ-E¹¹⁶. Essa trova attuazione per l'intero settore pubblico (artt.1, 3.a).

A tal fine è previsto un Registro dei soggetti obbligati a rendere informazioni pubbliche – RZIJZ (art. 3.b)¹¹⁷. Il registro è gestito dall'Agenzia della Repubblica di Slovenia per le evidenze pubbliche e servizi – AJPES.

La legge ha subito alcune modifiche, anche a seguito di sollecitazioni di GRECO. In particolare, a differenza di quanto non è ancora avvenuto nella ZIntPK, è stata ampliata la pletora dei soggetti passivi estendendo l'obbligo alle società e ad altri soggetti di diritto privato (banche incluse) che sono direttamente o indirettamente soggetti a prevalente influenza pubblica (artt. 4.a e 6.a).

L'obiettivo della legge è realizzare la trasparenza mediante la pubblicazione dei dati e informazioni, e garantire a chiunque il diritto di accesso. A tal scopo vige il principio del libero accesso alle informazioni di pubblico interesse ed è garantito l'uso delle informazioni e documenti ai quali si accede sui portali (art. 5).

La legge contiene l'elenco delle informazioni che devono essere pubblicate sui siti delle amministrazioni e prevede l'onere delle stesse di pubblicare l'elenco delle informazioni accessibili e provvedere al continuo aggiornamento (artt. 8, 10). Le informazioni accessibili sono le “informazioni di interesse pubblico” (artt. 4 e 4.a) per le quali i richiedenti non hanno necessità di dimostrare l'interesse salvo quelle tutelate dalla privacy, segretate e aventi ad oggetto procedimenti giudiziari (artt. 5.a, 6). In tema di dati segreti va considerata l'apposita legge sui dati segreti - ZTP¹¹⁸ che si riferisce alla tutela della sicurezza nazionale, della difesa, dei rapporti con altri paesi e della segretezza. Prevede il divieto di divulgazione di informazioni segrete che sono classificate in vari livelli (altamente segreto, segreto, confidenziale e ad uso interno).

La legge sull'accesso alle informazioni garantisce in ogni caso l'accesso alle informazioni riguardanti le risorse pubbliche, la tipologia delle funzioni amministrative, gli estremi dell'incarico del funzionario e i dati ambientali.

I dati sull'uso delle risorse pubbliche, i bilanci e i documenti contabili sono accessibili e continuamente aggiornati mediante la loro pubblicazione sul portale delle transazioni *Erar* (già *Supervisor*)¹¹⁹ e su *Statist* che gestisce gli appalti pubblici.

La procedura di accesso è dettagliatamente descritta dalla normativa (artt. 12-26) che prevede le modalità, le tipologie (formale e informale, art. 14), il contenuto essenziale (artt.16-17), il non obbligo di motivazione (art. 17), il soccorso istruttorio in caso di incompletezza della richiesta (art. 18), il rigetto (art. 19), la procedura e il soggetto competente (art. 21), la decisione (art. 22), il termine per il ricorso (art. 23) e le modalità di accesso (art. 25).

Il responsabile per l'esecuzione dei procedimenti di accesso evade le richieste nei termini di venti giorni, in difetto si intendono respinte (artt. 22-25). La decisione sull'accesso non assume alcuna forma provvedimentoale (e nemmeno scritta) ove la richiesta è accolta ma rimane una mera annotazione, mentre lo diventa in caso di espresso rigetto. In questo caso o in caso di silenzio è previsto il ricorso amministrativo al Responsabile per le informazioni, e successivamente è possibile

¹¹⁶ *Zakon o dostopu do informacij javnega značaja*.

¹¹⁷ *Register zavezancev za informacije javnega značaja*.

¹¹⁸ *Zakon o tajnih podatkih*, in *G.U. RS*, n. 50/06, 9/10 e 60/11.

¹¹⁹ Vedi *supra* in precedenti paragrafi.

esperire il ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo (artt. 27, 31). A garantire l'effettività della tutela è altresì prevista l'esecuzione delle decisioni sull'accesso in caso di mancato spontaneo adempimento. L'accesso non deve essere oneroso ed è vietata la discriminazione tariffaria tra le tipologie di informazioni (artt. 34-36.b).

È prevista una serie di sanzioni penali pecuniarie in caso di occultamento, distruzione, rilascio ingiustificato, omessa pubblicazione delle informazioni.

La norma prevede che parte del procedimento di accesso sia solo il richiedente (art. 26.a.). Significa che non vi sono altri interessi coinvolti perseguendo solo il diritto alla trasparenza. Tuttavia, questo principio non trova applicazione laddove vi sia un interesse pubblico superiore all'interesse all'accesso. In questo caso il responsabile pondera gli interessi contrapposti. Oltre a questa ipotesi vi è quella della comparazione degli interessi commerciali delle società pubbliche con l'obbligo di motivazione (art. 26.a). In entrambi i casi il diritto non è più pieno e incondizionato.

In base ai dati statistici l'88% delle richieste è stato accolto, di cui il 76% con piena soddisfazione.

11. Il sistema sanzionatorio e altri rimedi preventivi e repressivi

Sulla scia di quanto previsto nella decisione quadro 2003/568/GAI¹²⁰ la Slovenia si è in gran parte conformata alle sue previsioni incluse quelle relative alle sanzioni applicabili alle persone fisiche e giuridiche e alla responsabilità delle persone giuridiche.

L'impianto sanzionatorio della ZIntPK (artt. 77-80) è formato da sanzioni pecuniarie e il potere sanzionatorio è demandato alla KPK. Sono soggetti a sanzioni le persone fisiche, le persone giuridiche, le organizzazioni portatrici di interessi (di lobbying).

In base all'art. 77 c. 1 sono sanzionabili: l'omessa partecipazione all'udienza avanti alla KPK come da art.16, c. 7, la pubblicazione dei pareri della KPK senza previa autorizzazione della stessa in violazione dell'art. 16a; la rivelazione dell'identità del denunciante in violazione dell'art. 23; l'omessa comunicazione delle ipotesi di incompatibilità ai sensi dell'art. 26; la mancata ottemperanza al divieto di svolgere attività incompatibili ai sensi dell'art. 26; la violazione dell'art. 30 in materia di accettazione di regali; la violazione dell'art. 31 in materia di mancata comunicazione dei regali ricevuti; la mancata comunicazione dell'ipotesi di incompatibilità dell'art. 35; la violazione dell'art. 36 sul del divieto di svolgere le funzioni dopo la cessazione dall'incarico; la violazione della normativa sul conflitto di interessi di cui all'art. 38; la mancata comunicazione della situazione patrimoniale di cui all'art. 41; la carente o falsa dichiarazione della situazione patrimoniale in violazione degli artt. 42 e 43; l'esercizio dell'attività di lobbista senza previa iscrizione nel registro come richiesto dall'art. 58; la mancata comunicazione dei dati del lobbista da parte dei soggetti che entrano in contatto in violazione dell'art. 68; la violazione dell'art. 69 il quale prevede il divieto di avere contatti con i lobbisti non iscritti nell'elenco; la violazione dell'art. 71 in materia di omessa denuncia delle attività non conformi poste in essere dal lobbista. Per tutte queste ipotesi è prevista una sanzione pecuniaria da 400 a 1200 euro e si applica alle sole persone fisiche.

Invece, è prevista una sanzione pecuniaria da 1000 a 2000 euro e da 400 a

¹²⁰ Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, in G.U. 31 luglio /2003, n. L 192, 54 ss.

100.000 euro, rispettivamente per le persone fisiche e per le persone giuridiche nell'ipotesi di violazione: dell'art. 23 per diffusione dell'identità del denunciante il quale ha presentato denuncia in buona o in malafede; dell'art. 26 c. 5 quando il funzionario che si trova una situazione di incompatibilità non ha ottemperato al provvedimento della KPK di cessazione della situazione di incompatibilità; dell'art. 70 in materia di lobbismo quando sono fornite informazioni non veritiere, incomplete o tendenziose. La sanzione per le persone fisiche aumenta nel massimo a 4.000 euro e rimane invariata per le persone giuridiche quando è violato: l'art. 14 che si riferisce alla omessa previsione della clausola anticorruptiva, all'omessa attivazione della procedura di nullità del contratto per violazione della clausola stessa e alla mancata comunicazione di tutti i dati necessari al fine di verificare i presupposti della clausola; l'art. 16 in ipotesi di rifiuto di consegna della documentazione necessaria richiesta della KPK e nel caso di impedimento alla stessa di accedere alla documentazione; l'art. 23 quando si avvia un procedimento volto a verificare il nome del denunciante, dell'art. 25 per ritorsioni nei confronti del denunciante; l'art. 34 in materia di ricezione dei regali da parte degli organi di governo statale e locale; l'art. 32 per mancata comunicazione degli elenchi dei regali; l'art.36 per omessa denuncia da parte del pubblico dipendente che è a conoscenza delle incompatibilità di altri dipendenti; dell'art. 53 per mancata tenuta del Piano di azione.

Infine, va presa in considerazione la legge sul sequestro e confisca dei proventi illeciti - ZOPNI, che ha l'obiettivo di impedire la ricezione e l'uso dei proventi illecitamente conseguiti o conseguiti senza pagamento di un prezzo o per un prezzo anomalo, a tutela della funzione economica, sociale ed ecologica della proprietà.

Si presume la provenienza illecita del patrimonio quando è frutto di proventi illeciti o leciti ma non giustificati e sproporzionati rispetto al reddito personale (art. 5). Invece si presume la gratuità dei proventi qualora siano stati conferiti senza il pagamento di un prezzo o per un prezzo non congruo al reale valore.

316

La normativa prevede le misure cautelari del sequestro ed altresì la confisca. I presupposti sono dati dall'accertamento fiscale che può essere disposto in presenza di un procedimento di indagine penale o procedimento penale e vi è il sospetto che i beni siano di provenienza illecita. Lo scopo dell'accertamento fiscale è raccogliere i dati e le prove necessarie al sequestro o alla confisca.

Il procedimento è disposto dalla procura penale della repubblica su denuncia di uno dei seguenti soggetti: la polizia, l'agenzia fiscale, la KPK, l'ufficio antiriciclaggio e l'ufficio delle dogane. La sua durata massima è di un anno con possibilità di proroga di ulteriori sei mesi. Trascorso il termine la procedura cessa. Tuttavia, i dati raccolti possono essere utilizzati dall'agenzia fiscale per l'eventuale procedimento tributario (art. 18). A seguito di una novella alla ZOPNI è stato inserito l'art. 17.a. il quale garantisce la partecipazione dell'indagato al procedimento fiscale con diritto di prendere visione del fascicolo e presentare memorie. Gli esiti dell'accertamento fiscale costituiscono la base per l'avvio del procedimento di sequestro e di confisca. Entrambi sono procedimenti giudiziari, sebbene con riti sommari, e nei quali è garantito il contraddittorio. È altresì prevista espressamente la responsabilità dello Stato e il connesso obbligo di risarcimento e restituzione dei frutti prodotti dal patrimonio ingiustamente sequestrato o confiscato. L'azione si prescrive in tre mesi dalla restituzione dei beni.

Infine, è prevista la collaborazione internazionale che trova la sua base in accordi internazionali o della Ue e, in caso di loro assenza, nella legge stessa (la ZOPNI) con il limite della tutela dell'ordine pubblico, della sovranità, dell'interesse nazionale e del giusto processo (artt. 45-54).

11. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche

Nel contesto europeo il principio di responsabilità penale della *societas* era già una realtà in molti paesi, ed è da tale esperienza giuridica che è scaturita la Convenzione OCSE che ne costituisce la base del principio *societas puniri potest* in un'ottica di rafforzamento della repressione dei crimini dei cd. "colletti bianchi". Anche l'ordinamento sloveno è dotato di un sistema di responsabilità a carico delle persone giuridiche. Vi è la disciplina generale della legge sulla responsabilità delle persone giuridiche - ZOPOKD¹²¹ che ha introdotto nell'ordinamento sloveno una forma di responsabilità delle persone giuridiche per i reati commessi (da persona fisica) nell'interesse o a profitto dell'ente. Vi sono altresì le disposizioni speciali come l'art. 78 della ZIntPK per una serie di violazione della legge stessa e la pena pecuniaria da 400 a 100.000 euro (v. *supra*).

La ZOPOKD trova fondamento normativo nell'art. 33 del codice penale (KZ) il quale demanda ad apposita legge la disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche, e la tipologia di pene e sanzioni da applicare.

Secondo i modelli comparatistici presenti in Europa è da notare che ci sono almeno due macro modelli.

Un primo modello distingue nettamente tra reato presupposto e illecito dell'ente, ma in quest'ultimo non riscontra tutti i caratteri propri dell'illecito penale. In questo modello la responsabilità dell'ente ha natura amministrativa o di terzo genere che la considera amministrativa ma la attrae nell'area penale. Questi sono i modelli rispettivamente da un lato della Germania, Bulgaria e Grecia e dall'altro, il nostro, dell'Austria e della Polonia. Il secondo modello è quello che considera la responsabilità dell'ente come una responsabilità penale operando però una sorta di scissione tra responsabilità e punibilità penale (modello spagnolo agli inizi, sistema slovacco, lettone, ungherese e in parte sloveno).

La giurisprudenza slovena considera la responsabilità dell'ente una responsabilità per il fatto penale solo limitatamente accessoria. Significa che la persona giuridica risponde per la propria parte e che non rileva se l'attore sia penalmente responsabile. Infatti, l'art. 5 prevede che la persona giuridica è responsabile del reato anche se l'autore non è colpevole del reato commesso o se l'atto è stato commesso sotto l'influenza di una forza o minaccia di una persona giuridica. Il c. 2 prevede inoltre che la responsabilità della persona giuridica non esclude la responsabilità penale delle persone fisiche.

La ZOPOKD si compone in due parti e articola due fattispecie. La prima, parte generale, riguarda la responsabilità penale della persona giuridica per i fatti penalmente rilevanti posti in essere dalla persona fisica. A tal proposito l'art. 4 indica i presupposti in presenza dei quali la persona giuridica è responsabile per il fatto compiuto per conto o nell'interesse della stessa da una persona fisica. Le ipotesi sono quattro: 1. esecuzione di delibere, ordini o decisioni illegali degli organi di vertice o controllo; 2. quando gli amministratori o i controllori hanno indotto la persona a delinquere; 3. quando dal comportamento illecito l'ente trae un beneficio patrimoniale; 4. in caso di omesso controllo degli organi di vertice sull'operato degli addetti.

Per questi casi le sanzioni previste sono: pecuniaria, confisca del patrimonio, cessazione della persona giuridica e il divieto di disporre dei titoli di valore. Le misure accessorie possono consistere nella pubblicazione della condanna e nel divieto

¹²¹ *Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja.*

di svolgere attività commerciali in generale (artt. 18 e 19) o nello specifico alcune individuate (art. 20).

La seconda parte, la parte speciale rubricata fatti penalmente rilevanti delle persone giuridiche, prevede la responsabilità delle persone giuridiche per violazione di una serie di reati contenuti nella parte speciale del codice penale e, in particolare, i reati corruttivi di accettazione non autorizzata di regali, dazione non autorizzata di regali, corruzione attiva, traffico di influenze illecite e abuso di influenze. Le altre fattispecie sono in materia di terrorismo; finanziamento del terrorismo; tratta degli schiavi; interruzione di gravidanza; i reati contro i diritti e le libertà fondamentali (di natura razziale, religiosa, privazione della libertà, minacce, tortura, violazione del domicilio, intercettazioni, pubblicazioni di condanne allo scopo di offendere l'onorabilità, violenza sessuale); i reati contro il patrimonio (furto, rapina, contraffazione ecc.); reati contro l'economia (violazione della concorrenza, truffa a danno dei singoli, truffa a danno della Ue, ecc.); i reati contro la giustizia; i reati contro l'ordine pubblico; i reati contro l'ambiente, il paesaggio e i beni naturali; lo spionaggio; la pirateria, ecc.

Per questo tipo di reati è prevista una pena pecuniaria di cinquecentomila euro o di cento volte il danno arrecato o del beneficio del lucro ove la pena sia fino a tre anni di reclusione; in caso di pena superiore ai tre anni, l'aumento è di duecento volte e in caso di pene superiori a cinque anni è prevista la confisca.

12. L'aspetto etico

318

L'approccio della ZIntPK è concentrare buona parte dei suoi sforzi innovativi nelle disposizioni di prevenzione riguardanti i casi di *maladministration*, cercando di promuovere e favorire l'integrità comportamentale dei soggetti coinvolti come base essenziale per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi. La promozione dell'integrità del pubblico dipendente è stata, dunque, perseguita attraverso misure volte al rafforzamento del piano soggettivo dell'imparzialità, mirando a ridefinire, sotto il piano organizzativo e comportamentale, i processi decisionali all'interno delle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, l'integrità e la buona gestione non possono essere rette solamente e interamente da norme giuridiche. Queste, infatti, devono coesistere con un complesso corrispondente di norme morali, di stesso contenuto e medesima finalizzazione, che fanno capo ai soggetti preposti alla gestione.

L'etica costituisce la base del comportamento della pubblica amministrazione e, di conseguenza, di ogni amministratore e dipendente della pubblica amministrazione. L'idea di fondo è vedere nella figura del dipendente una persona che adotta un comportamento volto ad instaurare un leale rapporto di collaborazione dell'amministrazione con i cittadini, adeguare la sua condotta al servizio della nazione con disciplina e onore nel rispetto dei precetti di legalità, imparzialità, trasparenza, buon andamento.

Pertanto, si rende necessario costruire una struttura in grado da poter realizzare e preservare i principi della sana amministrazione sulle "quattro E" e passare così da un modo di amministrare basato non solo su delle regole, ma anche sui valori.

A livello dei Paesi dell'OCSE¹²² è stato elaborato il concetto della c.d.

¹²² Recommendation of the OECD Council, *Improving Ethical Conduct in the Public Service*, adottato il 23 aprile 1998, su www.oecd.org/htm, la quale parte dalla constatazione che:

“infrastruttura dell’etica”. Si tratta di un insieme di strumenti, meccanismi e condizioni volti ad incentivare la realizzazione di un adeguato livello di professionalità e qualità nella condotta degli operatori pubblici.

Gli elementi costitutivi essenzialmente sono: 1) un sostegno politico; 2) un impianto normativo; 3) la responsabilizzazione dell’azione amministrativa; 4) un codice etico di comportamento; 5) un’adeguata educazione; 6) la creazione di una serie di presupposti e condizioni che permettano di svolgere le funzioni assegnate; 7) la creazione di organismi di coordinamento, controllo e promozione dei principi etici; 8) una collettività attiva alla quale sia permessa una effettiva partecipazione e il diritto alla critica.

Nel 2001 su indicazione del Consiglio d’Europa il Governo sloveno ha emanato il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici¹²³ il quale non si limita solamente a introdurre una serie di precetti morali, ma costituisce la base per le contestazioni disciplinari (cfr. art. 28).

Inizialmente, vi era solo il menzionato codice di comportamento. Non esisteva alcun codice etico applicabile ai funzionari eletti a livello centrale o locale. GRECO, nel suo quarto ciclo di valutazione, aveva raccomandato di adottare dei codici di condotta o norme di comportamento per i membri dell’assemblea nazionale e il consiglio nazionale e di elaborare un corrispondente meccanismo credibile di vigilanza e applicazione di sanzioni.

In tal senso, si è provveduto, e oggi il pilastro etico si struttura in: Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, Codici etici dei dipendenti degli organi statali, di quelli locali, dei consiglieri degli enti locali¹²⁴, Codice etico della KPK, Codice etico dei magistrati, quello dei pubblici ministeri e Codice etico dei lobbisti¹²⁵. I menzionati codici dei dipendenti statali e locali hanno l’obiettivo di perseguire degli standard di condotta più elevati rispetto al codice di comportamento. A differenza del codice di comportamento che ha forza giuridica precettiva i codici ne sono sforniti e le regole sono di natura morale. Ad es. il Codice etico degli organi statali declina in prima persona dieci principi guida. E precisamente: 1. la legalità, trasparenza e responsabilizzazione; 2. il perseguimento del bene della Nazione; 3. la responsabilità verso l’ambiente e la collettività; 4. l’onestà, la tutela dell’immagine dell’amministrazione, onore e fiducia; 5. perseguire l’interesse esclusivo della Nazione con capacità, preparazione, secondo gli standard più elevati al fine di realizzare l’efficienza, l’efficacia e l’ottimizzazione dell’amministrazione; 6. rispettare i criteri della corretta gestione e dell’utilizzo delle risorse pubbliche per le finalità dedicate; 7.

“(…)OECD Member countries have introduced significant management reforms which have changed the way the public sector operates. However, it is important to ensure that the gains in efficiency and effectiveness are not achieved to the detriment of ethical conduct. New ways of carrying out the business of government are creating situations in which public servants need to be highly attuned to ethical issues, and where there may be few guidelines as to how they should act. Reforms involving decentralisation of power to organisations at sub-national level, devolution of responsibility and greater managerial discretion, increased commercialisation of the public sector and a changing public/private sector interface place public servants more frequently in situations involving conflicts of interest or objectives. At the same time, many countries are finding that the systems that have traditionally governed and guided the behaviour of public servants are insufficient for the new managerial roles public servants are expected to play, and are indeed often in conflict with the demands being made on managers and staff in the new public sector environment. These new situations create dilemmas that need to be resolved, and that require ethical analysis and moral reasoning”.

¹²³ *Kodeks ravnanja javnih uslužbencev*, in *G.U. RS*, n. 8/01.

¹²⁴ *Kodeksi ravnanja izvoljenih predstavnikov na lokalni ravni*, in <https://skupnostobcin.si/kodeks-etike/>.

¹²⁵ Cit. *supra*.

non accettare vantaggi che potrebbero pregiudicare le decisioni. Agire nel rispetto dell'imparzialità, professionalità e indipendenza; 8. avere cura del costante aggiornamento e professionalizzazione al fine di assicurare la qualità del lavoro; 9. instaurare con i cittadini un rapporto di collaborazione e fiducia all'insegna della correttezza e dignità; 10. promuovere l'esecuzione dei principi etici.

A tutt'oggi difettano il codice di comportamento per i membri dell'assemblea nazionale e il consiglio nazionale, in quanto non si riesce ancora a raggiungere la maggioranza per la sua adozione¹²⁶.

¹²⁶ Transparency International Slovenia – Društvo Integriteta, *Volja za kodeks etike DZ kot kaže le obstaja*, in www.transparency.si/8-novice/386-volja-za-kodeks-etike-morda-le-obstaja dal quale titolo emerge che la volontà di adottare un codice etico è solo teorica.

A mali estremi, estremi rimedi: maladministration e misure anti-corruzione in Albania

di Entela Cukani

Abstract: To extreme ills, extreme remedies: maladministration and anti-corruption measures in Albania - International organizations have outlined that in Albania there is an endemic type of corruption. The mechanisms (formal and informal) put in place by the politics during these 20 years of the country democratic transition, have played a role of corruption promotion in P.A and judiciary spreading a corruption culture throughout the society. In order to fulfil the obligations deriving from the EU conditionality, the Parliament has approved a new constitutional reform providing for unique anti-corruption measures. The article deals with these issues, taking into consideration the evolution of the criminal law on corruption, the novelties introduced by the P.A. reform and the controversial measures adopted in the last constitutional reform.

Keywords: Albania; Maladministration; Corruption; Constitutional reform; EU integration.

1. Introduzione

Nessuno Stato al mondo è immune dalla corruzione, anche se ovviamente il livello e le modalità del fenomeno variano da Paese a Paese.

Basti guardare, per avere un riscontro della diffusione di tale piaga, alle tante misure, più o meno efficaci, adottate ovunque: dalle legislazioni nazionali anti-corruzione alle varie Convenzioni internazionali e sovranazionali, stipulate specialmente a partire dagli anni '90 in poi e dirette a definire un minimo di standard comuni nella lotta alla corruzione. Pur in assenza di una definizione universalmente accolta del concetto di corruzione¹, appare ricorrente nelle fonti internazionali che si occupano di tale fenomeno² il riferimento all'abuso del potere pubblico per benefici privati da parte di soggetti che a vario titolo operano nel settore pubblico³.

¹ Sull'assenza di una definizione universalmente accolta del concetto di corruzione si veda il documento ufficiale del Consiglio d'Europa "*Basic Anti-Corruption Concepts. A training Manual*" 2015, p. 11 ss.

² Cfr. Convenzione delle Nazioni Unite Contro la Corruzione, nonché gli strumenti giuridici anticorruzione del Consiglio d'Europa, ivi compresa la Risoluzione (97)24 sui venti principi guida per la lotta contro la corruzione e le raccomandazioni n. R (2000) 10 sui codici di comportamento dei funzionari pubblici e n. R (2003)4 sulle norme comuni contro la corruzione nel finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali.

³ Nota è la definizione della Banca Mondiale che definisce la corruzione come "*The abuse of public power for private benefit*". Per un sunto delle definizioni più ricorrenti cfr. Consiglio d'Europa, *Basic Anti-Corruption Concepts. A training Manual*, 2015, p. 13 ss.

Nel contesto europeo, è noto che i Paesi ancora coinvolti in processi di transizione democratica come quelli dei Balcani occidentali si contraddistinguono per la presenza di un elevato livello di corruzione nel settore pubblico⁴. Tra questi ultimi, l'Albania è caratterizzata da dati particolarmente allarmanti. Nella classifica dell'indice annuale di percezione della corruzione di Transparency International (TI), nel 2017 l'Albania si è posizionata al 91° posto su 180 Paesi e, nel settore pubblico, il Paese ha raggiunto il 38° posto su 100 (in una scala in cui 0 corrisponde ad "altamente corrotto" e 100 a "pulito"). Secondo il Global Corruption Barometer, sempre per il 2017, il tasso di corruzione in Albania è del 72%, registrandosi una percezione della corruzione dei soggetti che a vario titolo lavorano nella P.A superiore al 40%⁵. Secondo il SELDI Corruption Monitoring System, invece, rispetto agli altri Stati del sud-est europeo (SEE), l'Albania occupa il primo posto per la massima pressione di corruzione sui cittadini⁶.

Quello della corruzione, dunque, costituisce uno dei problemi principali in Albania, rappresentando uno degli ostacoli maggiori alla piena adesione del Paese all'UE. Quest'ultima, se in un primo momento, con riguardo ai Paesi dell'Europa centro-orientale, aveva guardato prevalentemente alle capacità tecniche di gestione della cosa pubblica, trascurando i profili dell'imparzialità, dell'indipendenza delle istituzioni e, dunque, ignorando il problema delle pratiche corruttive, a fronte della sempre maggiore diffusione di queste ultime⁷, ha successivamente modificato le proprie politiche di condizionalità nei confronti dei Paesi candidati all'ingresso dell'Unione, cominciando a pretendere anche l'adozione di adeguate misure anti-corruzione⁸. Le 5 priorità chiave al cui soddisfacimento è subordinata l'adesione dell'Albania sono: la riforma della magistratura e della pubblica amministrazione, la lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata, la protezione dei diritti umani⁹. Con l'intento di adempiere agli standard richiesti, anche con il supporto di appositi programmi e di piattaforme regionali finanziati dall'UE¹⁰ e in linea con le

⁴ K. Daniel, P. Siegelbaum, *Privatization and corruption in transition economies*, Washington, 1996; V. Tanzi (1998), *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*, in *IMF Staff Papers* 45 (4):559-94. J.S. Hellman, G. Jones, D. Kaufmann (2000), *Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption, and Influence in Transition*, in *World Bank Policy Research Working Paper Series*: 2444, p. 1-50; Heinrich Böll Foundation, *Captured States in the Balkans*, in *Political Analyses and Commentary*, Issue 3, September 2017.

⁵ Global Corruption Barometer 2017 Global Results in <http://www.corruptionwatch.org.za/global-corruption-barometer-voice-worlds-citizens/>.

⁶ Cfr. *SELDI Corruption Monitoring System in SEE: 2016 Results* disponibile su <http://seldi.net/charticle/seldi-corruption-monitoring-system-in-see-2016-results/>.

⁷ M. Mendelski, (2015), *The EU's pathological power: the failure of external rule of law promotion in South Eastern Europe*, in *Southeastern Europe* 39(3): 318-346.

⁸ Per un dettagliato panorama delle nuove politiche anti corruzione nella condizionalità europea, P. Szarek – Mason, *The European Union's Fight Against Corruption. The evolving policy towards Member States and candidate countries*, New York, 2010.

⁹ Cfr. European Parliament, *Albania: 2016 developments on the EU path*, PE 599.263, Plenary – February II 2016.

¹⁰ Oltre al GRECO, l'Albania è parte della *Regional Anti Corruption Initiative* (RAI). Tra i programmi che hanno avuto maggior impatto per l'adozione delle riforme anti corruzione si

convenzioni internazionali e sovranazionali ratificate in materia¹¹, la più recente produzione legislativa del Paese ha introdotto misure significative e controverse¹² che, come specificato nella “Strategia intersettoriale per la lotta contro la corruzione 2015-2020”, sono dirette a prevenire, punire e combattere la corruzione in tutte le sue forme. Si tratta, tuttavia, di un modello di lotta alla corruzione del tutto peculiare, del quale s’illustreranno in questa sede luci e ombre, considerando il particolare contesto sul quale tale modello interviene.

2. Corruzione e concussione nella disciplina penalistica in Albania

Quello che colpisce nel caso dell’ordinamento albanese è il fatto che, ancora prima che si potesse parlare di un vero e proprio Stato, la corruzione era stata già qualificata come un crimine, incontrando specifiche previsioni sanzionatorie, nei codici dei vari Kanun, nei quali erano state introdotte misure punitive degli atti corruttivi posti in essere contro l’attività regolare della Chiesa (Kanun di Skaderbeg)¹³; successivamente, misure analoghe furono previste anche contro le pratiche corruttive dei funzionari dell’amministrazione dell’Impero ottomano (Kanun di Lek Dukagjini)¹⁴. Una più organica disciplina penalistica diretta a punire la corruzione nel settore pubblico venne adottata all’interno del codice penale del 1927, in vigore durante il regime di re Zog (artt. 192-199), con la previsione di un rigoroso

segnala *Council of Europe Project Against Corruption in Albania (PACA), Anti Corruption Framework Assessment project (ACFA)* e l’EURALIUS.

324

¹¹ La prevenzione e la punizione della corruzione è un obbligo derivante dall’adesione dell’Albania agli strumenti internazionali di lotta contro la corruzione come ad esempio la “Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione” (*Legge nr. 9492 del 13/03/2006 per la ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite “Contro la corruzione”*), la “Convenzione di diritto penale sulla corruzione” (*Legge nr. 8778 del 26/04/2001 per la ratifica della Convenzione penale “Sulla Corruzione”, modificato*) e la “Convenzione di diritto civile contro la corruzione” (*Legge nr. 8635 del 06/07/2000 per la ratifica della Convenzione civile “Sulla corruzione”*) del Consiglio d’Europa.

¹² In riferimento a tali particolari novità, v. *amplius* cfr. *infra* parr. 4, 5 e 6.

¹³ Accanto al più noto Kanun di Leke Dukagjin, il Kanun di Skaderbeg disciplina le consuetudini applicate nell’Albania centrosettentrionale (Dibra, Kruja, Kurbin, Benda e Martanesh). La prima raccolta in forma scritta di quest’ultimo, è stata curata dal religioso Don Frano Illia solo nel 1993. Il curatore suddivide il Kanun in sette parti (*la famiglia, la casa, i doveri, il governo, le pene, i danni e le colpe, la chiesa*), per un totale di 3534 paragrafi. La corruzione viene disciplinata nella settima parte riguardante *la chiesa* e nello specifico dai paragrafi 3461-3462 che vietano ai parrochiani l’utilizzo per scopi propri dei beni mobili e immobili della Chiesa. Per una ampia trattazione del Kanun di Skanderbeg cfr. D. Matrucci, G. Lefe, *Il Kanun di Skanderbeg (con traduzione integrale del Kanuni i Skanderbegut di Frano Illia)*, Cavallino, 2017.

¹⁴ Offre un panorama completo dello sviluppo storico delle varie disposizioni connesse al reato di corruzione I. Elezi, *Zhvillimi historik i ligjislacionit penal ne Shqiperi (Lo sviluppo storico della legislazione penale in Albania)*, Tirane, 1998, p. 75 ss., e ora anche K. Çoçka, I. Rusi, *The Role of Criminal Law As an Anti-corruption Tool in the Public Sector*, in *Academic Journal of Interdisciplinary Studies MCSER Publishing*, Rome-Italy, Vol. 5 No 1, March 2016, p. 99-110; e più in generale con riferimento alla storia del diritto penale albanese I. Elezi, E. Elezi, *Zhvillimi i mendimit teoriko-juridik shqiptar (Lo sviluppo del pensiero teorico- giuridico albanese)*, Tirane, 2010, p. 25 ss; Id., *Historia e se drejtes penale (Storia del diritto penale)*, Tirane, 2010, p. 10 ss.

sistema sanzionatorio per il reato di corruzione. La sanzione era prevista tanto per il caso di dazione quanto per quello di ricezione, prevedendo pene detentive e pecuniarie, oltre all'interdizione dai pubblici uffici¹⁵.

Con l'avvento del regime comunista, il nuovo codice penale adottato dal Partito Stato nel 1952¹⁶ dedicò un apposito Capitolo VIII ai "Reati nell'esercizio nel pubblico impiego", prevedendo la responsabilità penale tanto nelle ipotesi di concussione che di dazione (ryshfet)¹⁷. Nel codice penale del 1977¹⁸, le due ipotesi furono trattate all'interno di un unico articolo (art. 109), che disciplinava le ipotesi di "Reato contro il patrimonio socialista".

Dopo la caduta del regime comunista, gli artt. 259 e 260 del nuovo codice penale approvato nel 1995¹⁹ hanno previsto solo l'ipotesi di concussione (mitëmarrje) e, sulla base dell'assunto che chi paga la tangente non può denunciare sé stesso, è rimasta fuori dalla disciplina penalistica l'ipotesi di dazione (mitëdhënie)²⁰. A seguito della ratifica delle Convenzioni sovranazionali e internazionali in tema di corruzione, con le riforme legislative del 2004²¹, del 2012²² e del 2017²³, sono state revisionate anche le disposizioni del codice penale, è stata modificata la terminologia e sono state previste ben 22 ipotesi di reato di corruzione attiva e passiva²⁴, suddivise in base alla tipologia del soggetto responsabile²⁵. Il reato di corruzione è

¹⁵ Codice penale Regio entrato in vigore nel 1927 con nota nr. 83-1 del 28/05/1927 della Presidenza del Senato.

¹⁶ Codice Penale della Repubblica dell'Albania approvato con la legge nr. 470 del 23/05/1952.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 205 C.P del 1952 tale tipologia di reato veniva caratterizzato dal soggetto che lo compie, appunto il funzionario pubblico. Tuttavia, posta la responsabilità penale sia del corrotto che del corruttore, l'art. 204 c.p. albanese del 1952, nei casi nei quali la dazione (ryshfet) si realizzasse dietro costrizione del funzionario pubblico riconosceva la responsabilità penale solo in capo a quest'ultimo.

¹⁸ Approvato con l. nr. 5591 del 15.06.1977.

¹⁹ Approvato con l. nr. 7895 del 27/01/1995.

²⁰ Posto che la realizzazione del reato di corruzione necessita dell'esistenza di ambedue le figure, corrotto e corruttore, La dottrina penale albanese ha puntualmente sottolineato le falle di tali previsioni. Per una sintesi di tale problematiche cfr. V. Hysi, *Politica penale shqiptare ne fushen e veprave penale te korrupsionit (La politica penale albanese nell'ambito dei reati di corruzione)*, in *Studime Juridike*, 1/2007, Tirana, p. 31-62.

²¹ L. nr. 9275 del 2004.

²² L. nr. 23 del 2012.

²³ L. nr. 89/2017 del 22.05.2017. Il testo completo del codice penale Albanese, così come da ultimo modificato, è disponibile in lingua inglese in <http://www.eurallius.eu/index.php/en/library/albanian-legislation/send/10-criminal-code/11-criminal-code-en>.

²⁴ Per un'analisi delle modifiche del codice penale albanese con la finalità di adeguarsi alle varie Convenzioni ratificate cfr. E. Mujaj, *Changes in the Penal Code of the Republic of Albania Concerning Corruption*, in *European Scientific Journal*, June 2013 vol.9, No.17, p. 31-41.

²⁵ Allo stato attuale il codice penale disciplina le ipotesi di corruzione attiva e passiva di: soggetti che esercitano una funzione pubblica (artt. 244 e 259), alti funzionari dello Stato ed eletti locali (art. 245-260), di magistrati, P.M e funzionari della giustizia e le ipotesi di corruzione per i dipendenti pubblici stranieri (art. 319 punto a) e b)). Sul punto si veda anche "Apposita

punito ora soltanto con pene detentive, essendo venuta meno la sanzione pecuniaria. Ai sensi dell'art. 244 c. p. albanese, la corruzione attiva di chi esercita una funzione pubblica è condannata con la pena detentiva da 6 mesi a 3 anni. Partendo, invece, dal presupposto che, nel caso della corruzione passiva, è chi esercita una funzione pubblica che chiede e/o riceve un vantaggio illegittimo per compiere od omettere un'azione connessa al proprio ufficio o funzione, tale forma di corruzione è stata considerata più pericolosa nei confronti dell'amministrazione statale, prevedendosi, pertanto, per tale crimine una pena detentiva da 2 a 8 anni²⁶.

Prima della riforma costituzionale approvata nel 2016, in base a quanto prevede il Codice di procedura penale, le competenze *ratione materiae* erano così suddivise: i tribunali di giurisdizione ordinaria avevano competenza per 18 tipologie di reati di corruzione, tra i quali anche la corruzione attiva e passiva dei soggetti che svolgevano una funzione pubblica (art. 74 c.p.p.); al Tribunale per i crimini gravi (prima istanza e Appello) spettava la competenza per i reati di corruzione attiva e passiva di alti funzionari dello Stato, eletti locali, pubblici ministeri, magistrati e altri funzionari della giustizia, ed alla Corte suprema, invece, spettava la competenza a giudicare per i casi nei quali il reato di corruzione fosse imputato al Presidente dello Stato, al Presidente del Consiglio, ai ministri, ai parlamentari, ai membri della Corte costituzionale e a quelli della stessa Corte suprema²⁷.

Dalle statistiche risulta che nell'arco temporale 2011-2014 il numero delle condanne penali per corruzione è stato estremamente basso e, tra esse, le condanne per corruzione attiva nel settore pubblico sono oscillate da 0 a 2 e, per quella passiva, da 5 a 22, avendo optato i tribunali per procedure di giudizio abbreviato e per sanzioni alternative alla pena detentiva²⁸.

Il quadro istituzionale generale anti-corruzione del Paese, invece, è contraddistinto da un policentrismo decisionale. Il Coordinatore nazionale anti-corruzione, con sede presso l'Ufficio del Primo Ministro, è il soggetto responsabile per il coordinamento ed il monitoraggio delle politiche contro la corruzione; per le verifiche di audit e casi di reclami su presunta corruzione o abuso relativi a pratiche arbitrarie dell'amministrazione è stata istituita un'apposita Unità del Consiglio dei Ministri; l'Alto ispettorato della dichiarazione e dell'audit delle risorse e del conflitto di interessi verifica le dichiarazioni patrimoniali di funzionari pubblici, svolge indagini amministrative ed indagini su dichiarazioni patrimoniali e casi di conflitto di interessi; in tema di finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali, l'autorità principale è la Commissione elettorale centrale; esiste una Direzione generale per la prevenzione del riciclaggio di denaro; in seno alla Procura generale

Commissione Parlamentare per la Riforma nel sistema della giustizia. Gruppo di esperti di alto livello, *Analisi del sistema della giustizia in Albania*, Giugno 2015, p. 276 ss.

²⁶ Su tali aspetti per come argomentati dalla dottrina penale albanese cfr. M. Delo, *E drejta penale e posacme: komentari i perditesuar me ndrshimet deri ne 2017 (Diritto penale: commentario aggiornato con le modifiche del 2017)*, Vlore, 2017, p. 533-534 e all'interno dello stesso, per gli elementi costitutivi del reato di corruzione attiva e passiva, p. 579 ss.

²⁷ Art. 141 Cost. e art. 75/b c.p.p.

²⁸ Cfr. CEPEJ Study No. 19: "Length of Court Proceedings in the Members States of the Council of Europe based on the Case Law of the European Court of Human Rights".

funziona un'apposita Unità di investigazione con il compito di supervisionare e coordinare le indagini sui casi di corruzione²⁹.

In tale quadro istituzionale e normativo, l'inserimento della lotta alla corruzione tra le 5 priorità chiave per l'adesione all'UE e la continua adozione di strategie e di piani nazionali appaiono in contrasto con l'esiguo numero di condanne per corruzione effettivamente comminate. Si potrebbe pensare che l'insignificante numero di condanne per tale reato sia dovuto all'efficacia deterrente delle misure adottate, ma tale ipotesi sembra smentita dai dati relativi alla percezione della corruzione forniti da TI, ai quali si è sopra fatto riferimento. Appaiono indicative, piuttosto, le conclusioni del Parlamento europeo, che sottolineano che "le istituzioni chiave anti-corruzione continuano ad essere soggette all'interferenza politica"³⁰; tali dichiarazioni forniscono, infatti, un'interessante chiave di lettura per comprendere le effettive dinamiche di funzionamento del sistema istituzionale anti-corruzione in Albania.

3. Etica pubblica e maladministration in Albania

La ricostruzione della storia del Paese (500 anni di Impero ottomano e 50 anni di dittatura comunista) rileva come l'Albania non abbia ereditato una solida tradizione nel campo della pubblica amministrazione. Innumerevoli sono, poi, gli studi che hanno messo in evidenza che da tale background storico derivano indici di corruzione molto più alti rispetto ad ordinamenti con un diverso sviluppo storico; a ciò deve aggiungersi, inoltre, l'incidenza che ha avuto e che continua ad avere sul fenomeno il basso livello di sviluppo economico³¹.

Passando al piano più strettamente normativo, può notarsi, innanzitutto, come il quadro costituzionale albanese presenti già alcune carenze se si guarda all'esigenza di assicurare che l'attività dei pubblici dipendenti sia coerente con principi dell'etica pubblica, facendo dunque riferimento al bisogno di garantire che l'attività di ogni pubblico agente nell'esercizio delle funzioni che gli sono affidate sia svolta "con disciplina ed onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso un'azione

²⁹ Per maggiori approfondimenti sulle singole istituzioni anti corruzione in Albania cfr. Cfr. <http://rai-see.org/preventive-albania-anti-corruption-institutional-framework/>.

³⁰ Cfr. *European Parliament, Resolution of 15 February 2017 on the 2016 Commission Report on Albania 2016*, 2312(INI).

³¹ Su tali aspetti, da ultimo, *ex multis*: J. Moller, S. Skaaning, *From Each according to his Need, to Each according to his Ability: A Comparative Analysis of Post-Communist Corruption*, in *Acta Pol.*, 45 (3), 2010, p. 320-45; P. Grosjean, *The Institutional Legacy of the Ottoman Empire: Islamic Rule and Financial Development in South Eastern Europe*, in *J. Comp. Econ.*, 39/2011, p. 1-16; A. Libman, A. Obydenkova, *Communism or Communists? Soviet Legacies and Corruption in Transition Economies*, in *Econ. Let.*, 19 (1), 2013, p. 3-101; S. Becker, K. Boeckh, C. Hainz, L. Woessmann, *The Empire is Dead, Long Live the Empire! Long-Run Persistence of Trust and Corruption in the Bureaucracy*, in *Econ. L.J.*, 2014, p. 40-74; L.J. Uberti, *Corruption in Transition Economies: Socialist, Ottoman or Structural?*, in *Economics*, 2018, (forthcoming), disponibile in <https://www.hnb.hr/documents/20182/2101839/13-yes-uberti.pdf/f8a556e0-6558-49e1-8522-779803373c30>.

che nel suo complesso si pone a servizio esclusivo della Nazione, cioè della collettività medesima”³².

Pur mancando una sezione appositamente dedicata all’amministrazione pubblica (come si ha invece, ad esempio, nella Costituzione italiana), la Costituzione albanese enuncia alcuni principi in ordine all’esercizio delle funzioni pubbliche, ma non i principi di legalità, imparzialità, efficienza e trasparenza della P.A. che sono previsti in maniera esplicita solo in fonti normative secondarie, come ad esempio il Codice di procedura amministrativa³³ ed altre leggi specifiche³⁴.

L’art. 7 Cost. sancisce la ripartizione e l’equilibrio dei poteri sui quali si fonda il sistema di Governo: legislativo, esecutivo e giudiziario. Il principio dello Stato di diritto, invece, obbliga tutte le istituzioni del potere pubblico ad esercitare le proprie competenze entro e secondo le disposizioni della Costituzione³⁵ e gli organi dell’amministrazione statale hanno l’obbligo di rispettare i diritti e le libertà principali (art. 15.2. Cost.). Un obbligo della P.A. di esercitare le proprie funzioni in maniera regolare e conforme alla Costituzione e alla legge, invece, si potrebbe evincere in maniera indiretta dalle funzioni assegnate all’Avvocato del Popolo che, ai sensi dell’art. 601.1 Cost., “tutela i diritti, le libertà e gli interessi legittimi dell’individuo dalle azioni od omissioni illegali o irregolari degli organi della pubblica amministrazione”. L’art. 107.1 Cost., infine, stabilisce che “1. Gli impiegati pubblici applicano la legge e sono al servizio del Popolo. 2. Gli impiegati nella pubblica amministrazione sono nominati mediante concorso, salvo i casi previsti dalla legge. 3. Le garanzie della permanenza nella funzione e lo statuto giuridico degli impiegati pubblici sono disciplinate dalla legge”.

328

Nel dibattito dei Costituenti, l’inserimento degli ultimi due commi dell’art. 107 Cost. è stato giustificato proprio con la finalità di scongiurare il rischio del clientelismo politico dei dipendenti pubblici e, dunque, dell’asservimento della pubblica amministrazione alla politica³⁶.

Se la pubblica amministrazione, per sua natura, dovrebbe essere imparziale, servendo gli interessi della collettività in maniera oggettiva, nell’arco degli ultimi vent’anni, in Albania, l’amministrazione è stata percepita “non più [...] come un

³² Così, V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, disponibile su <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Ceru/Cerulli.pdf>, p.1-20, cit. p. 2; sul tema si v. anche R. Cavallo Perin, *L’etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, p. 147-161.

³³ Nello specifico nella II sezione dello stesso. L. nr. 44/2015 “Code of Administrative Procedures of the Republic of Albania”.

³⁴ Come ad esempio nell’art. 3 della l. nr. 11/1999 “Sui dipendenti pubblici” ora art. 1 l. 152/2013 (*Civil servants*) così come da ultimo modificato con l. nr. 174/2014, dove si prevede che la scelta dei dipendenti pubblici deve essere apolitica e basta sulla meritocrazia.

³⁵ Così come sottolineato dalla Corte costituzionale albanese nella decisione nr.29/2005, Gazz. Uff. nr. 91 del 1.12.2005, p. 29525.

³⁶ Cfr. A. Imami, in OSCE Presence in Albania ‘*Debati Kushtetues*’ (*Dibattito Costituente*), Tirana 2006; per delle osservazioni teoriche generali sul difficile rapporto tra politica e pubblica amministrazione, invece, cfr. F. Tigano, *Rapporto politica – amministrazione*, in A.A.V.v (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 59-90.

potere impersonale e neutrale, bensì come strumento di parte”³⁷, configurandosi una chiara ipotesi di maladministration³⁸. Tramite uno spoil system “integrale” che, pur se in maniera informale, è diventato la regola generale, riguardando ormai qualsiasi soggetto che, a vario titolo, lavori nell’amministrazione pubblica³⁹, il potere politico ha posto quest’ultima sotto la propria totale influenza⁴⁰. La “politica dell’etica pubblica”⁴¹ attuata, invece, ha incentivato modalità e comportamenti dei pubblici agenti difformi rispetto a quelli dell’etica pubblica. In effetti, nonostante l’adozione di codici etici⁴², i ripetuti interventi normativi in materia, ispirati anche da indirizzi difformi, hanno contribuito a rendere meno trasparente l’operato della pubblica amministrazione. A ciò si aggiunga che il persistente clientelismo politico ha annullato quasi del tutto la competitività: i bassi livelli salariali, la consapevolezza di essere licenziati al successivo cambio di Governo e la prassi consolidata dei dipendenti pubblici di iscriversi ai partiti politici non hanno favorito un comportamento dei funzionari orientato ai principi all’etica pubblica. Si è così dato esito a quello che è stato definito “il paradosso albanese”: a dispetto dell’approvazione di numerose previsioni normative anti-corrruzione e di codici etici, non sono seguiti risultati concreti per la mancanza di un’effettiva volontà politica di eliminare il fenomeno⁴³.

Pur rimando alta la percezione della corruzione da parte dei cittadini, come si evince dalle statistiche del TI, a causa dei fattori sopra indicati, si è così promosso un processo di ridefinizione della stessa percezione del disvalore del fenomeno corruttivo, che ha finito con l’essere accettato come un male necessario, se non

³⁷ S. Cassese, «*Maladministration*» e rimedi, in *Foro It.*, 1992, p. 243.

³⁸ Secondo la definizione di Sabino Cassese, “«Desgobierno», «administrative malpractice», «maladministration»: questi i termini con i quali viene indicato quel complesso di disfunzioni che va dalle resistenze al cambiamento al formalismo, all’indifferenza all’efficienza, all’ostilità verso la tecnologia, all’«overstaffing», al nepotismo, alla corruzione”, in «*Maladministration*» e rimedi, *op.cit.*, p. 244.

³⁹ La Commissione europea, in effetti, ne ha sottolineato i caratteri di “turn over del personale politicamente motivato” rimanendo il servizio pubblico “eccessivamente politicizzato”. European Commission, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-15*, p. 20. Sulla diffusione di tale prassi in Albania si veda anche D. Imami, E. Lami, L.J. Uberti (2018) *Election cycles in mining licensing: theory and evidence from Albania*, in *Post-Communist Economies*, Vol. 30, Issue, 1, 2018, p. 99-116.

⁴⁰ Cfr. A. Elbasani, *EU Administrative Conditionality and Domestic Downloading: The Limits of Europeanization in Challenging Contexts*, in *Berlin: KFG Working Paper Series*, no. 2, 2009, p. 1-22.

⁴¹ Intesa come l’insieme “delle misure e degli interventi [...] intesi a ottenere da parte dei pubblici agenti modalità di azione e comportamenti conformi ai principi dell’etica pubblica”, così V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, cit., p. 3.

⁴² Il primo codice sull’etica in Albania è stato proprio quello riguardante la P.A. “*Per rregullat e etikes ne administraten publike*” (*Per le regole dell’etica nell’amministrazione pubblica*), approvato con l. nr.9131, del 8.9.2003. Dal 2006 è in vigore un apposito codice etico per i magistrati (National Judicial Conference, *Code of Judicial Ethics*, 08.12.2006, e, dopo un grande dibattito, dal 2018 anche uno per i parlamentari. A partire dal 2014, sono molteplici i codici etici adottate dalle varie istituzioni nonché dagli ordini professionali.

⁴³ Cfr. B. Kajsiu, *A Discourse Analysis of Corruption. Instituting Neoliberalism Against Corruption in Albania, 1998-2005*, Ashgate, Burlington, 2014.

addirittura come una normale consuetudine. Una cultura contro-valoriale, dunque, quella che si è formata in Albania, capace di erodere quasi del tutto la percezione della distinzione tra legalità e illegalità.

Com'è stato osservato, alla legalità intesa in senso oggettivo, ovvero così come risultante dal corpo normativo complessivamente inteso, si dovrebbe affiancare un rispetto dell'ordinamento esistente (legalità dal punto di vista dei soggetti), definendo le variabili dell'"equazione legalità – giustizia". A ciò si deve aggiungere il problema della separazione della magistratura dalla politica, considerato che alla prima spetterebbe il compito di tutelare la legalità al riparo dall'influenza della politica stessa⁴⁴.

Nel caso albanese, è questo un problema di non poco conto, considerato che, in questi 20 anni di transizione democratica, la magistratura ha finito con l'essere sostanzialmente sottoposta alla politica. Si tratta, in effetti, di una delle piaghe principali del sistema albanese post-dittatura, che ha visto la mancata formazione di una classe di magistrati qualificati e idonei a ricoprire il loro ruolo. All'indomani del passaggio dal sistema socialista a quello pluralista, in assenza di magistrati, si è provveduto a formarne di nuovi con corsi della durata di soli 3 o 6 mesi poi nominati presso i tribunali dai politici di turno per salvaguardarne gli interessi⁴⁵. In aggiunta, la partecipazione diretta di figure politiche nelle istituzioni cardine della magistratura, così come disciplinata nel testo della Costituzione del 1998, di fatto ha lasciato poco spazio per la formazione di una magistratura effettivamente indipendente ed imparziale⁴⁶.

Clientelismo partitico, instabilità e corruzione della pubblica amministrazione sono andate di pari passo, dando esito ad una corruzione ambientale, che interessa il sistema nel suo complesso. La mancata punizione del reato di corruzione da parte dei tribunali, infine, ha minato la fiducia dei cittadini nelle istituzioni dello Stato mettendo in pericolo la stessa sopravvivenza del sistema della giustizia nel Paese. In tale contesto, pertanto, il recupero della legalità in Albania incontra ostacoli sia nella carenza del senso di giustizia (*dikaioisyne*) sia nel più ampio deficit di etica pubblica nell'amministrazione statale.

⁴⁴ Così F.S. Borrelli, *Legalità tra etica, diritto e politica*, in www.ristretti.it.

⁴⁵ Cfr. sul punto si veda la dettagliata analisi di A. Elbasani, *Judiciary as a mechanism of State capture: external actors, party patronage and informality*, in *Captured States in the Balkans*, Issue 3, September 2017, p. 26-31.

⁴⁶ Basta d'altro canto sottolineare che i membri della Corte Suprema (simile alla Corte di Cassazione in Italia), unico organo competente a giudicare sui reati commessi da parlamentari, ministri e alti funzionari dello Stato, venivano eletti a maggioranza semplice dallo stesso Parlamento previa approvazione dal Presidente della Repubblica (art. 136 Cost.); parimenti, il Procuratore generale veniva eletto dal Parlamento e dal Presidente (art. 148 Cost. alba. 1998); il Presidente della Repubblica, al contempo, era membro "attivo" del CSM. Il tutto, di fatto, segnava una forte politicizzazione della magistratura sfociando in una impunità della corruzione, specialmente di quella dei politici. Su aspetti cfr. E. Bozheku, *Le problematiche del sistema penalistico albanese: un panoramico sguardo d'insieme*, in *Archivio penale (web)*, n. 1, 2014, www.archiviopenale.it; più in generale per le peculiarità dell'ordinamento albanese post approvazione della Costituzione del 1998 cfr. M. Ganino, *La Costituzione albanese del 1998: alla ricerca dell'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/1999, pp. 22-41.

4. Le misure di prevenzione della corruzione degli impiegati pubblici nella riforma della P.A.

Una disciplina riguardante specificamente i dipendenti della pubblica amministrazione è stata introdotta solo in tempi relativamente recenti nell'ordinamento albanese⁴⁷, ma la stessa definizione della categoria dei destinatari di tali misure è controversa⁴⁸. La Costituzione approvata nel 1998 impiega, infatti, al riguardo, un linguaggio poco chiaro, non fornendo una definizione e riferendosi a coloro che lavorano nella pubblica amministrazione prima con la locuzione di “impiegati pubblici” (art. 107 Cost.) e poi stabilendo all'art. 81. c. Cost. che le leggi riguardanti lo status dei “funzionari pubblici” sono soggette all'approvazione dei 3/5 dei membri dell'Assemblea parlamentare⁴⁹. La legge n. 11 del 1999, specificamente destinata ai dipendenti pubblici, includeva in tale categoria tutti coloro che lavorassero nella P.A., ad eccezione soltanto degli eletti (nelle istituzioni statali centrali e locali), dei membri del Consiglio dei Ministri e dei magistrati.

I progress Report della Commissione europea hanno puntualmente sottolineato le carenze della legislazione in vigore, sottolineando il legame tra la mancata indipendenza della P.A. e l'incremento delle occasioni di corruzione⁵⁰. In conformità con gli obblighi sanciti nell'art. 111 dell'Accordo di Associazione e Stabilizzazione firmato tra l'UE e i suoi Stati membri da una parte e l'Albania dall'altra⁵¹, dotato di effetto diretto nell'ordinamento interno (art. 122 Cost.)⁵², il Governo albanese ha adottato l'apposita “Strategia intersettoriale per la riforma della pubblica

⁴⁷ Solo nel 1996 venne approvato la prima legge appositamente indirizzata agli impiegati nella pubblica amministrazione (centrale e locale) ivi compresi le forze di polizia e i titolari di cariche politiche. L. nr. 8095, del 21.03.1996, “*On the Civil Service in the Republic of Albania.*”

⁴⁸ Sul punto si veda anche E. Dobjani, *E drejta administrative (Diritto amministrativo)*, Tirane, 2007, p. 284-328.

⁴⁹ Proprio su tale base la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di determinate decisioni adottate dal Consiglio dei Ministri che si inserivano a pieno titolo nelle misure di prevenzione della corruzione, ossia la decisione nr. 43 del 27.01.2006 (Misure di contrasto al nepotismo e all'influenza del potere nel reclutamento e nella carriera del personale dell'amministrazione fiscale) e la decisione nr. 44 del 27.01.2006 (Misure di contrasto del nepotismo nella pubblica amministrazione).

⁵⁰ Si veda ad esempio il *Progress report* del 2009 laddove si sottolinea che “*Frequent replacements of civil servants are undermining the independence of the civil service and increase the opportunities for bribery of public officials. Overall, the public administration continues to stabilise, but the lack of transparency and accountability in appointments is endangering its independence.*”. Commissione europea, *State Progress Report Albania*, 2009, p. 9.

⁵¹ *Accordo di Stabilizzazione e di Associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Albania, dall'altra*, l. 107/166, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 28.4.2009. L'ASA, firmato nel 2006, è in vigore dall'2009.

⁵² Sugli effetti diretti dell'ASA e della sua superiorità gerarchica nell'ordinamento albanese cfr. Xh. Zaganjori, A. Anastasi, E. Methasani Cani, *Shteti i se drejtes ne Kushtetuten e Republikes se Shqiperise (Lo stato di diritto nella Costituzione della Repubblica dell'Albania)*, Tirana, 2011, p. 66-70; A. Anastasi, *Issues of the Albanian Constitution in the Framework of the European Integration*, in G. Ammaco, B. Sitek A. Uricchio, *Integrazione e politiche di vicinato: Nuovi diritti e nuove economie*, Bari, 2012, p. 395-409.

amministrazione 2009-2013”⁵³ e, nel quadro delle azioni previste all’interno della stessa, è stata approvata una nuova legge sui “Dipendenti pubblici”⁵⁴. Allo stato attuale, pertanto, la definizione di “pubblico dipendente” nell’ordinamento albanese è quella contenuta nella legge n. 152/2013, il cui ambito di applicazione comprende “tutti coloro che esercitano una funzione pubblica in un’istituzione dell’amministrazione statale, in un’istituzione indipendente o in unità di autogoverno locale, ivi compresi i funzionari di polizia e i funzionari dei servizi stranieri”⁵⁵, con l’esclusione soltanto delle categorie specificate dall’art. 2 della legge⁵⁶. Obiettivo della nuova legge, così come più in generale quello della riforma della pubblica amministrazione, è quello di introdurre il principio di semplificazione amministrativa, la previsione di parametri di qualità per i dipendenti pubblici, nonché di promuovere lo sviluppo del governo locale ed infine l’e-government. Il tutto, se da una parte dovrebbe portare ad una maggiore qualificazione professionale dei dipendenti pubblici, dall’altra, dovrebbe eliminare il tradizionale clientelismo politico che, a partire dagli anni ’90, ha caratterizzato l’impiego nella pubblica amministrazione in Albania. In ripetute disposizioni la nuova legge ribadisce i principi di legalità, efficienza, imparzialità (compresa quella dalla politica) e continuità del rapporto lavorativo, quali criteri che guidano l’operato dei funzionari pubblici⁵⁷. Sono affidate al Dipartimento della funzione pubblica le funzioni di promozione e di coordinamento delle attività di valutazione delle performance delle amministrazioni pubbliche⁵⁸ ed è previsto che la Scuola superiore della pubblica amministrazione predisponga percorsi di formazione dei dipendenti delle amministrazioni statali⁵⁹. Distinguendo i ruoli ricoperti dai funzionari pubblici per categorie (alto, medio e basso livello) (art. 19), si prevedono modalità di accesso ad ognuna di esse previa una fase di formazione presso la Scuola superiore della pubblica amministrazione. Solo

⁵³ In maniera periodica i succeduti governi albanesi si sono attivati per l’approvazione di apposite strategie anticorruzione in attuazione degli obblighi derivanti dall’ASA. Si vedano a tal proposito: Consiglio dei Ministri, *Il Piano Nazionale per l’attuazione dell’Accordo di Stabilizzazione Associazione: la lotta alla corruzione*, Tirana, giugno del 2006; Delibera nr. 1561 del 03.10.2008 “*Sull’approvazione della strategia intersettoriale per la prevenzione e la lotta della corruzione e per una trasparente governance, 2008 – 2013*” e da ultimo la “*Strategia inter settoriale anti corruzione 2015-2020*”.

⁵⁴ L. nr. 152/2013 del 30.05.2013 così come modificato dalla l. nr. 178/2014.

⁵⁵ Art. 3 della l. 152/2013.

⁵⁶ Nello specifico: a) elected officials, b) ministers and deputy ministers; c) officials appointed by the Assembly, the President or Council of Ministers; ç) judges and prosecutors; d) civil judicial administration; dh) militaries of the armed forces; e) personnel of the State intelligence service; 2 è) personnel of the direct service delivery units; f) members and chairmen of the steering committee of the collegial bodies or institutions under the Prime Minister or Minister; g) administrative employees; gj) cabinet officials. Per una disamina della legge del 2013 anche in una vision comparativa diacronica con la disciplina del 1999 si rinvia a E. Alimehmeti, I. Petrela, *A comparative analysis of the new civil service law in Albania in view of the commitments under of the Stabilisation-Association Agreement with the European union*, in *Global Journal of Politics and Law Research*, vol.3, no.2, 2015, p. 57-68.

⁵⁷ Come ad esempio previsto negli artt. 5, 42 e 44 della l. 152/2013.

⁵⁸ Art. 7 della l. 152/2013.

⁵⁹ Art. 8 della l. 152/2013.

coloro che superano il punteggio prestabilito possono accedere al concorso pubblico. Stesse modalità vengono previste anche per i ruoli dirigenziali (alta categoria)⁶⁰, evitando così, almeno a livello formale, una diretta nomina politica dei direttori delle varie istituzioni. Terminato il periodo di prova, sulle possibilità d'assunzione non decide più solo il direttore ma una Commissione appositamente creata⁶¹. Sempre allo scopo di salvaguardare l'indipendenza della P.A. dalla politica, inoltre, per i semplici funzionari pubblici vige il divieto di esprimere pubblicamente le proprie preferenze politiche e pur permettendo l'iscrizione nelle liste dei partiti si fa divieto di ricoprire ruoli negli organi di questi ultimi. Per i dirigenti e altri funzionari ricompresi nell'"alta categoria", invece, vige il divieto di essere anche solo membro di un partito politico.

Accanto a tali previsioni appositamente adottate per spoliticizzare le istituzioni della P.A., non poche sono le misure disciplinari dirette anche a prevenire e a punire la corruzione dei funzionari pubblici⁶².

Ai sensi del secondo comma, lett. d), dell'art. 57 della legge n. 152/2013, l'accettazione, in maniera diretta o indiretta, di regali⁶³, promesse e trattamenti preferenziali connessi allo svolgimento del proprio operato rientrano nelle "violazioni gravi" per le quali si prevedono misure disciplinari più severe fino ad arrivare al licenziamento. In tali ipotesi, la competenza a decidere sulle stesse non spetta più al dirigente, ma alla Commissione disciplinare che procede secondo l'iter prestabilito nel Codice di procedura amministrativa⁶⁴. La Commissione europea ha evidenziato gli effetti positivi dell'adozione di tale legge e, più in generale, della riforma della pubblica amministrazione⁶⁵, la cui portata innovatrice sta proprio nell'approccio che

⁶⁰ Art. 32 della l. 152/2013.

⁶¹ Le procedure sulla composizione e il funzionamento delle Commissioni e le regole sulla cui base deve essere effettuata l'approvazione dei ruoli dirigenziali, però, continuano a rimanere una prerogativa del Consiglio dei Ministri (Art. 31. (3) l. 152/2013).

⁶² Ulteriori misure dirette a combattere la corruzione vengono previste anche in altre leggi specifiche quali ad esempio: l. nr. 9367, del 7.4.2005, "*On the preventi on of the Conflict of Interest in the exercise of the public functions*"; l. nr. 8510, del 15.7.1999 "*On the extracontractual responsibility of the state administration*" in base al quale quando il dipendente pubblico abbia colpevolmente causato un danno agli interessi legali e ai diritti di parti terze, sia tenuto esso stesso a pagare tali danni e da ultimo l. nr. 32/2017 "*On the protection of witnesses and justice collaborators*".

⁶³ La categoria "regali" viene specificata in una apposta decisione del Consiglio dei Ministri (VKM. 714 del 22.10.2004) "*Per veprimtarine e jashtme dhe dhenien e dhuratava gjate veprimtarise se nenpunesit te administrates publike*". Anche la legge sull'etica contiene apposite previsioni che vietano la ricezione di regali e favoritismi *ivi* disciplinando le procedure di consegna di regali i cui valore è superiore a 1000 lek (all'incirca a 70 euro). Per un'analisi della legge sull'etica dei funzionari pubblici in Albania, cfr., E. Methasani Cani, *Etika ne administraten publike: analize e ligjit vendas per etiken (L'etica nella pubblica amministrazione: analisi della legge sull'etica)*, in *Studime Juridike*, No.2/2011, Università di Tirana.

⁶⁴ Artt. 58-61 della l. 152/2013.

⁶⁵ Commissione europea, *State Progress Report Albania*, 2016 alla p. 10 evidenzia che "*Some progress was made on public administration reform, especially with more transparent recruitment procedures for civil servants*". In tutti i *Progress Report* successivi, le novità introdotte dalla nuova legge sugli impiegati pubblici viene menzionata positivamente tanto nei paragrafi dedicati alle riforme nella P.A quanto nel capitolo riguardante la lotta alla corruzione.

privilegia la prevenzione e non più esclusivamente la punizione del fenomeno corruttivo.

Tuttavia, a parere di chi scrive, visto il breve lasso di tempo dall'approvazione della nuova legge sui dipendenti pubblici, l'efficacia delle misure dirette a rafforzare l'indipendenza dell'impiego nella P.A. rispetto alla politica, condizione necessaria per prevenire la maladministration e la corruzione nella P.A., rimane ancora tutta da verificare.

5. Chi punisce la corruzione: corti speciali, vetting e paralisi del sistema

Se la riforma della P.A è stata valutata positivamente, avendo essa costituito un passo importante nella prevenzione della corruzione, così non è stato con riferimento alla punizione dei reati rilevanti in materia. Posta l'alta percezione sociale della corruzione dei magistrati, tanto che lo stesso potere giudiziario è generalmente visto come una delle strutture istituzionali che maggiormente favoriscono la corruzione, e l'identificazione, da parte della Commissione europea, della magistratura albanese quale "settore affetto da un alto tasso di corruzione e di forte politicizzazione"⁶⁶, è proprio all'interno della riforma del sistema giudiziario che sono state previste le misure più drastiche.

Sotto forte condizionamento dell'UE e degli USA, il 22 luglio del 2016 il Parlamento albanese, all'unanimità (140 voti su 140), ha adottato la legge costituzionale n. 76. Una riforma costituzionale che, con l'intento di recuperare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni dello Stato, modifica l'assetto strutturale dei poteri e prevede l'adozione di misure straordinarie anti-corruzione⁶⁷. La riforma costituzionale, in effetti, mira a ridurre l'influenza della politica sulla magistratura⁶⁸ e prevede la formazione di istituzioni quali il Consiglio Superiore della Procura, l'Alto Ispettore della Giustizia e il Consiglio per le nomine nella giustizia.

Si prevede, inoltre, l'istituzione di tribunali speciali: la Corte di prima istanza contro la corruzione ed il crimine organizzato e la sezione d'Appello della stessa, con competenza a giudicare per i reati di corruzione commessi dai soggetti elencati nell'art. 135.2 Cost.⁶⁹. Accanto a tali tribunali speciali, vengono formati due nuovi

⁶⁶ Commissione europea, *State progress Report: Albania*, 2014, p. 53 ss.

⁶⁷ Per dirla con le parole della Commissione di Venezia "With regard to the extraordinary measures [...], the Venice Commission remains of the opinion that such measures are not only justified but are necessary for Albania to protect itself from the scourge of corruption which, if not addressed, could completely destroy its judicial system". Cfr., European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Final opinion on the revised draft constitutional amendments on the judiciary*, Opinion no. 824/2015, Strasbourg, 14 March, 2016, par. 52.

⁶⁸ In effetti si ridisegna la struttura della Corte Costituzionale, della Corte Suprema e del CSM, modificando, tra l'altro le modalità di partecipazione del Presidente della Repubblica in tali istituzioni.

⁶⁹ In base al comma 2 del nuovo art. 135 Cost. "Specialized courts shall be competent to adjudicate corruption and organized crime, as well as criminal charges against the President of the Republic, Speaker of the Assembly, Prime minister, the member of the Council of Ministers, the judge of the Constitutional Court and High Court, the Prosecutor General, High Justice Inspector, the Mayor, Deputy of the Assembly, deputy minister, the member of the High Judicial Council and High Prosecutorial Council, and heads of

organi costituzionali che danno vita ad una “Struttura speciale contro la corruzione e il crimine organizzato” (SPAK)⁷⁰. Lo SPAK è composto da un apposito Ufficio della Procura Speciale⁷¹ (che esercita l'accusa penale e rappresenta l'accusa dinanzi ai tribunali specializzati) e dell'Ufficio Nazionale delle Investigazione (BKH) (ufficio speciale della polizia giudiziaria), ambedue indipendenti rispetto al Procuratore Generale. Compito della Procura speciale è quello di perseguire ed investigare i reati di corruzione e accuse penali contro alti funzionari statali; del BKH, invece, quello di effettuare investigazioni sotto l'autorità del primo⁷². Per assicurare l'imparzialità del funzionamento delle strutture dello SPAK, l'operato dei componenti delle stesse è soggetto solo a iniziative effettuate da parte del procuratore gerarchicamente superiore, operante sempre all'interno della stessa istituzione⁷³. I funzionari che, a vario titolo, opereranno all'interno delle strutture dello SPAK, così come i loro parenti stretti, vengono sottoposti a dei controlli serrati (tanto sulla situazione patrimoniale che nelle telecomunicazioni)⁷⁴ che trovano applicazione già in fase di preselezione⁷⁵.

Tuttavia, è tra le disposizioni costituzionali transitorie e nelle previsioni della legge n. 84/2016⁷⁶ che possiamo trovare misure anti-corruzione definite dalla stessa Commissione di Venezia come inusuali⁷⁷. Invero, secondo quanto previsto nel testo della Costituzione così come da ultimo modificato, tutti i magistrati in Albania devono essere sottoposti ad una peculiare forma di controllo (procedimento di vetting) che riguarda la loro situazione patrimoniale, la loro preparazione e il loro operato. In più, il vetting, che dovrebbe avere una durata di 9 anni, viene condotto da parte di istituzioni provvisorie (Commissione di rivalutazione di prima istanza e di

central or independent institutions as defined by the Constitution or by law, as well as charges against former officials as mentioned above”.

⁷⁰ L. 95/2016 “*On the organization and functioning of institutions for combating corruption and organized crime*” del 06.10.2016. Per un'analisi dettagliata della legge SPAK cfr. M.P. Bogdani, *Fighting corruption and Organized Crime in Albania through SPAK authorities – novelties on Constitutional and legal approach in reflection of best international standards and practices*, in E. Bozheku, P. Spangher, A. Hoxha (a cura di), *La riforma costituzionale “strutturale” del sistema della giustizia nella Repubblica d'Albania. Riflessioni a confronto con il sistema italiano*, Roma, 2017, p. 79-89.

⁷¹ Composto da 10 pubblici ministeri nominato dall'Alto consiglio della Procura con un mandato di 9 anni non più rinnovabile. Art. 148, DH, secondo comma Cost.

⁷² Art. 5 della l. 95/2016.

⁷³ Art. 13 della l. 95/2016.

⁷⁴ Art. 6 l. della l. 95/2016.

⁷⁵ A tal proposito si prevede la formazione di un apposita “Commissioni ad hoc per la verifica dei beni e il *background* dei candidati” composta da 5 membri che operano all'interno delle strutture dello SPAK. La scelta dei componenti della commissione viene supervisionata anche dall'Ombudsman. Art. 6 della l. 95/2016.

⁷⁶ Law no.84/2016 “*The transitional re-evaluation of judges and prosecutors in the Republic of Albania*”.

⁷⁷ Cfr. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Final opinion on the revised draft constitutional amendments on the judiciary*, Opinion no. 824/2015, Strasbourg, 14 March, 2016, par. 52.

appello) il cui operato è affiancato e supervisionato da un Ufficio internazionale di monitoraggio (IMO)⁷⁸.

L'art. 3 della l. n. 84/2016 prevede un controllo sulla situazione patrimoniale dei magistrati (e dei loro parenti) volta a verificare la provenienza lecita dei loro beni, nonché sulla loro figura⁷⁹ e sul corretto svolgimento dei processi e delle indagini. Il controllo sulla provenienza lecita dei beni dei magistrati deve essere effettuato, su obbligatoria autodichiarazione dei beni (art.31 l.86/2016), da parte dell'Alto Ispettorato per il Controllo sui Patrimoni (AICP) che entro 180 giorni deve consegnare la propria relazione alla Commissione indipendente (art. 34 l. 84/2016). In base alle previsioni costituzionali e alla legge sul vetting, qualora il patrimonio (proprio e dei familiari) del magistrato risulti il doppio rispetto a quello dichiarato, oppure qualora la sua autodichiarazione appaia insufficiente ad effettuare lo screening, o quando risulti che egli abbia avuto contatti inappropriati con la criminalità organizzata, il magistrato è destituito⁸⁰. Le prove raccolte nell'ambito del procedimento di rivalutazione non possono essere utilizzate per avviare processi penali nei confronti degli stessi⁸¹ e l'art. G delle disposizioni transitorie della Costituzione e l'art. 56 della l. n. 84/2016 prevedono la possibilità per i magistrati di dimettersi spontaneamente, evitando così di sottoporsi al vetting.

Misure estreme, dunque, adottate per porre rimedio alla corruzione endemica del Paese e per cercare di recuperare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni dello Stato. Tuttavia, non pochi sono gli effetti paralizzanti sul funzionamento del sistema di giustizia prodotti dal vetting dei magistrati (attualmente concluso per la Corte costituzionale e ancora in corso per la Corte suprema).

336

Come dichiarato dal rappresentante dell'AICP, dall'analisi sulla situazione patrimoniale per l'anno 2017, risulta che più del 50% del numero totale dei magistrati in Albania abbia problemi tali da non superare il processo di vetting⁸². A tale situazione si aggiunge la carenza di membri tanto della Corte costituzionale quanto della Corte Suprema. In effetti, con riferimento alla prima, dei 9 membri previsti 3 hanno dato le dimissioni volontariamente, evitando così di sottoporsi allo screening del vetting, mentre 4 non hanno superato il vetting. Allo stato attuale, dunque,

⁷⁸ Più nel dettaglio *sul modus* operandi delle istituzioni del *vetting* cfr. E. Bozheku, *La riforma costituzionale ("strutturale") del sistema della giustizia nella Repubblica d'Albania*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 ottobre 2016, p. 1- 41

⁷⁹ Nello specifico si indaga su eventuali frequentazioni con esponenti della criminalità organizzata. Tale indagine viene effettuata da un'apposita struttura composta dalla Direzione per la Sicurezza delle Informazioni Classificate, i Servizi segreti e il Servizio per il Controllo delle Questioni Interne e dei Reclami (art. 35 e 37 della l. 86/2016). Sulla base delle dichiarazioni rese da parte dei magistrati e delle informazioni raccolte, tali pool invia una relazione alla Commissione indipendente di rivalutazione di prima istanza.

⁸⁰ Art. D Cost. e Art. 56 (b) l. 84/2016.

⁸¹ Art C (5) delle disposizioni transitorie della Costituzione.

⁸² Cfr. Trascrizione della dichiarazione disponibile in lingua albanese cfr: *Alarmi/ ILDKPI: 50% e njerëzve të drejtësisë ikin nga pasuria. Në 2019 do mbetemi pa Gjykatë Apeli* disponibile in <https://www.balkanweb.com/alarmi-ildkpi-50-e-njerëzve-te-drejtësisë-ikin-nga-pasuria-ne-2019-do-mbetemi-pa-gjykatë-apeli/>, del 12 luglio 2018.

rimangono in carica solo 2 membri⁸³. La Costituzione, così come riformata, prevede che 3 membri della Corte costituzionale vengano scelti dal Parlamento, 3 dal Presidente della Repubblica e 3 dalla Corte suprema, su una rosa di nomi preventivamente approvata dal Consiglio delle nomine nella Giustizia⁸⁴. Organo quest'ultimo, che a causa del non superamento del vetting dei suoi componenti, allo stato attuale non è operativo⁸⁵. Per le medesime ragioni, anche la Corte suprema, che dovrebbe avere 17 membri, attualmente ne conta 6, di cui soltanto 3 hanno avuto una valutazione positiva da parte delle istituzioni del vetting. Tra questi ultimi, uno, avendo già ricoperto il ruolo di membro della Corte costituzionale, non è più rieleggibile per tale ultimo ruolo.

Allo stato attuale, dunque, a causa delle “bocciature da vetting”, non solo la Corte costituzionale non ha i numeri sufficienti per la propria formazione, ma la stessa situazione si ripete anche all'interno delle istituzioni che devono designare nuovi componenti della Corte costituzionale. Oltre all'indubbia empasse istituzionale, il tutto ha prodotto anche uno stallo del Parlamento. In assenza di un giudice in grado di esprimersi sulla costituzionalità delle leggi, l'opposizione (che denuncia il fatto che il governo in carica vuole soppiantare i membri della magistratura con propri fedelissimi) sta boicottando l'approvazione di nuove leggi necessarie per attuare quanto previsto nella Costituzione e nella strategia inter-settoriale per la lotta alla corruzione.

6. Conclusioni

La principale priorità per l'adesione dell'Albania all'UE, ossia la riforma della P.A., rimane strettamente condizionata all'approvazione e all'effettiva implementazione della legge sui pubblici dipendenti. Il tutto, portando ad un funzionamento dell'impiego nella pubblica amministrazione professionale e basata sul merito, dovrebbe rompere la tradizione del clientelismo politico della P.A. incidendo in maniera drastica anche sulla corruzione.

Il raggiungimento di tali risultati non è affatto scontato, ma, negli ultimi report del GRECO, l'adozione delle nuove misure anti-corruzione viene valutata positivamente e viene messa in stretta corrispondenza con le misure adottate con la riforma della giustizia⁸⁶. Tra tali riforme ricorre un legame indissolubile. In effetti, anche negli ultimi report della Commissione europea, i risultati del processo di vetting vengono considerati come passi avanti nella lotta alla corruzione,

⁸³ Sul punto cfr. Gj. Erbara, *Si u rrezua Gjykata Kushtetuese (La caduta della Corte costituzionale)*, in <https://www.balkanweb.com/si-u-rrezua-gjykata-kushtetuese/>, del 26 luglio 2018.

⁸⁴ Nuova formulazione post riforma dell'art. 125 Cost.

⁸⁵ Così come evidenziato anche nel paragrafo 45 del report di GRECO: *Fourth evaluation round corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Second compliance report Albania*, 22 giugno 2018.

⁸⁶ Come specifica il quarto round di valutazione del GRECO “*recommendations i, iv v and x have been implemented satisfactorily and recommendations ii-iii and vi-ix have been partly implemented*”. Cfr. GRECO: *Fourth evaluation round corruption prevention...*, cit. par. 83.

sottolineando anche un esponenziale aumento del numero di denunce e di condanne per i crimini di corruzione⁸⁷.

Le misure anti-corruzione adottate dall'Albania, tuttavia, devono essere contestualizzate. La Commissione di Venezia ha specificato, infatti, che la previsione già nel testo costituzionale di un'istituzione come l'IMO e la previsione di procedure simili a quella del vetting sono inusuali; e, tuttavia, prendendo atto dell'approvazione all'unanimità dal Parlamento, le ha ritenute accettabili⁸⁸. Il processo di vetting, d'altro canto, è stato ritenuto appropriato solo in relazione al peculiare contesto albanese, escludendosi l'adattabilità di tale modello ad altri ordinamenti nei quali "il problema della corruzione della magistratura non raggiunge tale portata"⁸⁹.

Indubbiamente, il particolare sistema anticorruzione adottato per ora pare aver raggiunto un primissimo obiettivo: quello di recuperare, anche se solo parzialmente, la fiducia dei cittadini nelle istituzioni dello Stato. Un ruolo decisivo in tal senso ha rivestito anche il marketing anticorruzione e, in particolare, l'iniziativa di mettere a disposizione apposite piattaforme digitali (stopkorrupsionit.al; grisifytyrenkorrupsionit.al) per denunciare gli atti di corruzione e sollecitare l'intervento delle autorità competenti, nonché l'approvazione di una nuova legge sulla protezione del whistleblowing⁹⁰. Quanto ora affermato trova riscontro anche in dati statistici che evidenziano come per l'anno 2017 tra giugno e luglio sono stati avviati 182 cause di corruzione e il 99% delle stesse è stato concluso con una condanna penale. Fino ad agosto del 2017, nel portale on line "stopkorrupsionit.al", invece, sono state presentate ben 17.752 denunce di corruzione⁹¹.

Non si sa se l'ambiziosa e controversa "Strategia intersettoriale contro la corruzione 2015-2020" troverà un'effettiva e piena attuazione; d'altro canto, le strutture anti-corruzione non sono ancora pienamente funzionanti e la legge n. 152/2013 è stata approvata durante la legislatura in corso, dopo il consueto "cambio di guardia" degli impiegati della pubblica amministrazione.

Tuttavia, accanto agli interventi legislativi e la riforma strutturale sopra illustrati, i dati statistici da ultimi richiamati segnalano i primi passi di un reale cambiamento di rotta: forse per la prima volta, sembra che echeggi un'etica pubblica anche in Albania.

⁸⁷ Come sottolineato nel progress report del 2018 che sottolinea 6 condanne di 1° e 2 di 2° per corruzione passiva dei magistrati e 5 condanne totale per corruzione attiva dei magistrati. *Ivi*. p. 22.

⁸⁸ Cfr. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Interim opinion on the draft constitutional amendments on the judiciary of Albania*, Opinion No. 824/2015, Strasbourg, 21 December, 2015, par. 129-130;

⁸⁹ *Ivi*, par. 100.

⁹⁰ L. n. 32/2017 "On the protection of witnesses and justice collaborators".

⁹¹ Dipartimento di Stato USA - Bureau per la democrazia, diritti umani e lavoro, *Relazione relativa alle pratiche dei diritti umani per l'anno 2017: Albania*, 2017, p. 12.

Corruption and Bribes in the German Public Sector. A long lasting Challenge and the Efforts to win it

di Andrea De Petris

Abstract: Corruption and Bribes in the German Public Sector. A long lasting Challenge and the Efforts to win it – The contributions aims at describing the current German provisions against corruption in the public sector. Besides, it summarizes recent relevant cases of bribery involving public economic companies, as well as holders of representative mandates in German parliamentary assemblies. In its last part, the article describes current actions and initiatives enacted by German institutions in order to implement a more effective opposition to corruption phenomena, and recalls suggestions from non governmental organizations aimed at underlining the weak points of the current regulation and to overcome them in the next future.

Keywords: Germany; Political corruption; Bribery; Legislation; Transparency international.

1. Introduction

Within the European Union, the Federal Republic of Germany belongs to the nations with the most successful institutional arrangements against Corruption¹. Transparency International also describes the capabilities of the German integrity systems as “good to very good” as a whole². Nonetheless, in the annual “Transparency International Corruption Perception Index” Germany usually gains only a place in the upper midfield of the EU Member States. Other studies also confirm that there is still room for improvement in this field³. If the Federal Republic of Germany does not want to put at risk its social and democratic achievements, it should not reduce its efforts to combat corruption. Moreover, in recent years it has become clear that corruption is an essential cause of the economic-institutional crisis in many Member States⁴. The consequences of this crisis are the Federal Republic of Germany feels and she will continue to feel it. Should corruption within the politically, economically and socially integrated EU, is coherent action in all Member States⁵.

¹ Annex Germany to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Bruxelles, 3.2.2014, COM (2014) 38final, Annex 9.

² Transparency International Deutschland, *Nationaler Integritätsbericht Deutschland*, 5.

³ Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik, Bundesrepublik Deutschland, Jahrbuch 2013, 301; Ernst/Young, Fraud Survey 2014 – Ergebnisse für Deutschland. S. also B. Bannenberg, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Ed. 2014, 708 f.

⁴ European Commission, Com (2014) 38 final, 8. S. also G. Kaiser, *Brennpunkte der Wirtschaftskriminologie*, in: Festschrift Klaus Tiedemann, Carl Heymanns Verlag 2008, 1583-1598 (1583, 1587).

⁵ M. Kubiciel (Hrsg.), *Kölner Papiere Zur Kriminalpolitik* (KPKp) 4/2014, 3.

Corruption occurs to a not inconsiderable extent in the German administration⁶. According to the Federal Bureau of Corruption of the Federal Criminal Police Office, corruption in recent years has mostly focused on general public administration, although it should not be forgotten that the willingness to advertise in public administration is greater than in the economy.

In the German legal system, the fight against corruption and bribery is essentially conducted through provisions of criminal law. The German Criminal Code (*Strafgesetzbuch* – StGB) contains several specific norms, ruling corruption crimes in four different segments: public sector, commercial practice, healthcare sector and political field. In all these spheres of intervention, the regulation forbids practices of active and passive bribery⁷.

Since Germany did not establish specific offices against corruption⁸, general legal authorities like the public prosecutor and the net of police departments are in charge for the execution of regulation of corruption and bribery crimes. In most of the *Länder* (federal member States) created a central prosecutor office especially focused on investigations against corruption⁹. Besides, some States established additional special offices committed to this field in the regional security forces¹⁰.

On November 26th, 2015, the German Bundestag passed the Act on Combatting Corruption (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*¹¹), which introduced a deep reform of the anti-corruption regulation. The reform expanded the Criminal Code legislation against corruption including the crime of bribes in commercial activities (§ 299 Strafgesetzbuch – StGB¹²), and extending the crime of bribing public officials (§ 331 ff. StGB) as well as the possibility of enacting such provisions also on extraterritorial basis. Besides, on June 4th, 2016 a specific “Act Combatting Bribery in the Healthcare Sector” (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen*¹³) introduced detailed provisions about active and passive bribery of academic healthcare experts (like dentists, pharmacists, physicians, veterinarians and therapists). The present contribution aims at summarizing the most recent provisions adopted in the German legal system in the field of fight against corruption, with specific attention for bribes and crimes affecting the public sector. The second part illustrates relevant cases of corruption involving public companies or representatives of public political assemblies. The third part describes which problems still exist in the field of political corruption and which improvements are to be taken by the German institutions in

⁶ H. Leyendecker, *Korruption: Spiegel der politischen Kultur*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* (ApuZ) 3-4/2009, 3-6.

⁷ P. Graeff/J. Grieger (Hrsg.), *Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung*, Nomos, Baden-Baden 2012.

⁸ A typical example for such a body is the Serious Fraud Office (SFO), created in the United Kingdom, which is a non-ministerial government department of the Government of the United Kingdom department, entitled for investigations and prosecutions of serious or complex fraud and corruption in England, Wales and Northern Ireland.

⁹ I. Sorgatz, *Korruptionsprävention in öffentlichen Institutionen: Vorbeugemaßnahmen und “Erste Hilfe” für Personalverantwortliche*, Rehm, Hamburg 2012.

¹⁰ S. Wolf, *Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung. Einführung und europapolitische Bezüge*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2013, 99 ff.

¹¹ BGBl. I 2025, 20.11.2015.

¹² “Corruptibility and bribery in business dealings”.

¹³ BGBl. I 1254, 30 May 2016.

order to make the commitment more effective and successful in the next future, with a special attention to the suggestion made by the independent organisation Transparency International to the German public authorities in the same branch.

2. The new legislation provides new regulation in different sectors of the bribery crimes

2.1. Bribery in the public sector

The German criminal code rules the bribery of public officials in paragraphs 331 to 334 StGB. Before examining these provisions in details, it is necessary to describe how the German legislation defines the category of public officials. According to § 11 II StGB, this category includes a) civil servants, b) judges, c) any other subject who exercises any kind of public official functions, d) persons been selected to operate together with a public authority or office, or e) who have been appointed to operate public administrative services. It does not play any role which kind of selection procedure has been adopted in order to assign the public service function. According to this wide definition, personnel of companies owned or controlled by public authorities can be considered as public official, as long as these companies work as an annex of the state. In other words, the offense of acceptance of benefits (*Vorteilsannahme*) in accordance with § 331 of the German Criminal Code presupposes a lawful service by a public official. The term “public official” defined in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB includes in particular public officials belonging to the high levels of public administration (*Beamte*). In addition, persons who have been appointed to perform duties of public administration at an authority or elsewhere, or on their behalf, irrespective of the form of organization chosen to perform the task. Other bodies are authority-like institutions. Private companies are required to have the same status as a public authority. The order which assigns the task can be redacted freely, without a specific official form. The tasks of the public administration include not only the intervention or fiscal administration, but also services of general interest.

Due to this enlargement of the pursued purposes, the new German law aimed at fighting bribery in the public sector finds a wider environment of application. In fact, the new regulation does not regard only domestic public official, but – according to § 335a StGB – it includes also officials operating for the European institutions as well as subjects appointed by foreign and international public offices. The definition of “European public official” as been consequently broadened, since it now regards not only members of the European institutions (like the European Parliament, the European Commission or the European Central Bank), as well as every public officer employed in these bodies, but also all single persons operating as holder of a task or a job assigned by offices of the European Union¹⁴.

A further enlargement for the enacting area of the new regulation comes from the new version of § 335a StGB, which contains a new section ruling the cases of criminal accountability for domestic public officials operating abroad, including EU

¹⁴ K. Völkel/C. Stark/R. Chwoyka, *Korruption im öffentlichen Dienst: Delikte - Prävention - Strafverfolgung*, Books on Demands, 2. Ed. 2011, 30 ff.

and non-EU countries. This provision receives not only a very wide interpretation and implementation, but also provided German public officials a sort of universal jurisdiction against bribery, since §§ 331 to 337 StGB find now application a.o. if the offender responsible for bribery is a German citizen at the time when the crime was committed.

According to the new version of § 331 StGB, if a public office or a holder of a public function claims, consents to be guaranteed, or accepts a benefit for himself or for other persons for enacting a task which is part of his official duty without being authorised by his direct superior, receives a punishment of up to five years detention or a fine for bribery crimes in the public sector. The same treatment is foreseen for the person who offers, promises or grants the advantage (§ 333 StGB).

§§ 334 and 332 StGB rule the more specific crime of granting and accepting bribes, and involve an expressed or implied form of illegal deal (*Unrechtsvereinbarung*). An exercise of service generally takes place when the exercise is part of the official duties of the public official and is carried out by him only on the basis of his official powers. The offences ruled in §§ 334 and 332 StGB occur when the benefit provided or taken is considered as an advantage for acts performed by a public official in violation of his own public duties. In these cases, the new legislation foresees a punishment of detention for three months to five years for both the holder of the public function and the “giver” involved in the bribe. § 335 rules very hard cases of bribes, providing imprisonment from 1 year to 10 years, when the level of corruption and the violation of legality are particularly serious. Besides, offences ruled in §§ 332 and 334 StGB aggregated to § 335a StGB can be considered as indicator for the crime of money laundering¹⁵.

1.2. Bribery in the commercial sector

Differently from the regulation of bribery in the public sector, the legislation against bribery in the commercial field rules only the case of benefits received for performances to be enacted in the future. Therefore, the German legislation usually admits the acknowledgment of benefits for services or accomplishments already provided in the past. On the other hand, the same benefits are not allowed if they are considered as a motivation for advantages to be provided in the future. In the same way, the legislation forbids retroactive benefits decided in advance to the realisation of the effective performance, since in this case there is a direct connection between the action enacted and the benefit meant to remunerate it.

§ 229 StGB regulates the case of employees who request, consent to be promised to them or receive advantages for themselves or for third persons in commercial relations at national or international level, conceding unfair or unjustified preference to a commercial partner purchasing goods or commercial services, with consequent economic or strategic damage for other competitors. The unfairness of the

¹⁵ § 261 StGB sanctions, as a penal provision, the following acts concerning money or other items arising from a listed offence as a predicate offence: concealing; disguising the origin; procurement for oneself or third parties; keeping or using for oneself or others; thwarting or endangering the determination of the origin, the finding, forfeiture, collection, seizure of money or items from a predicate offence.

acknowledged preference is proved if it due to the accordance of the provided or granted benefit, instead of a rational and understandable choice made by the subject who decide to prefer a specific commercial actor instead of others¹⁶. Such illegal behaviours are sanctioned with imprisonment up to three years or a payment. According to § 229 II 1, the same punishment is provided for those who offer, grant or assure the same kind of advantages to employees or commercial agents in the business sector. In very harsh cases § 300 StGB allows imprisonment from three months to up to five years, when a) the act refers to a big advantage or b) the perpetrator acts commercially or as a member of a gang that has committed to the continued commission of such acts¹⁷.

§ 299 StGB has been recently amended with the addition of two further clauses, which punish who works for a company and, without the consent of the company, claims or promises to receive benefits for himself or a third party, assuming or neglecting to take action in the purchase of goods or services, thereby violating its obligations to the company (§ 299 I 2 StGB) or without the consent of the company, provides, promises or grants, an advantage to the company itself or to any third party in return for making or disallowing an act in the purchase of goods or services, thereby violating his obligations to the company (§ 299 II 2 StGB). The aim of the new regulation is to protect companies when employees get involved in bribery crimes without the consent of the employer they are working for, violating their duties with regard to their employer, the commercial activities they lead, or the interests of the employer in the business field. According to the new legislation, it is not required that an effective alteration of the competitive commercial activities takes place. The amended version of § 299 StGB aims at avoiding the case of the employees who accepts advantages from a dealer for ignoring offers from other competitors in the business field, instead of collecting and comparing different offers for the same performance, even if it is finally proved that the offer accepted without comparison was the best available in the considered market sector. § 261 StGB has also enlarged the application field for provisions against money laundering¹⁸. Therefore, active or passive bribery in the commercial sector can also be considered an act hiding initiatives of money laundering, when it is enacted by members of criminal organizations.

1.3. Bribery in the health care sector

In 2012 the German Federal Court (*Bundesgerichtshof*) stated in a main decision¹⁹ that physicians working in private healthcare structures cannot be considered public

¹⁶ C. Wirtz, *Aktuelle Aspekte der Korruptionsbekämpfung*, in: Strafverfolgung der Korruption 2016. Vermögensabschöpfung. Unternehmensstrafrecht, Dokumentation einer Tagung von Transparency International Deutschland e.V. und der Friedrich-Ebert-Stiftung am 8. November 2016 in Berlin. Transparency International Deutschland e.V., Berlin 2017, 13-19.

¹⁷ C. Heuking/S. von Coelln, *Die Neuregelung des § 299 StGB - Das Geschäftsherrenmodell als Mittel zur Bekämpfung der Korruption?*, in: Betriebs-Berater, 6/2016, 8.2.2016, 323-332.

¹⁸ The new version of the § 261 StGB is based on the Second Act amending financial market regulations based on European legal acts (Second Financial Market Amendment Act) of June 23rd, 2017 (BGBl. I S. 1693), which came into force on January 3rd, 2018.

¹⁹ BGH GSSt 2/11 of March 29th, 2012.

officials or agents operating for the public health insurance system²⁰. According to the decision, Doctors who accept benefits from a pharmaceutical company in exchange for the prescription of medicinal products of this company, are not liable to punishment for corruption according to § 332 StGB. Criminal liability for business conduct in accordance with § 299 Abs. 1 StGB is also excluded. Correspondingly, employees of pharmaceutical companies who offer such benefits to doctors are not liable to prosecution for bribery (§ 334 StGB) or bribery in commercial transactions (§ 299 (2) StGB). The resident, licensed for the medical care contractor is namely in the exercise of the tasks assigned to him under § 73 para 2 SGB V, especially in the regulation of medicines, neither as an official within the meaning of § 11 para. 1 no. 2 StGB yet as a representative of the statutory health insurance in the sense of § 299 StGB. The decision, stated by the Grand Senate for Criminal Matters of the Federal Court of Justice, was based on a main proceeding regarding a pharmaceutical sales representative who handed over checks for a total amount of approximately € 18,000 to doctors had been fined for commercial smuggling. The handing over of the check was based on a premium system of the pharmaceutical company called “Prescription Management”. This provided that physicians should receive 5% of the manufacturer's purchase price as a premium for the prescription of medicinal products of the company concerned.

The prohibition to apply the usual provisions in case of bribery for doctors and physicians led the Bundestag to approve a specific regulation of the matter in 2016. The new Law for Fighting Corruption in the Healthcare Sector (*Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen*)²¹ introduced several relevant innovations in the general previous regulation. Article 1 of the Act added sections 299a and 299b to the Criminal Code and amended sections 300 and 302 of the Criminal Code²².

The new § 299a StGB punishes corruption in the health service. This is to ensure that health professional prescription, dispensing and supply decisions are made free of undue influence. The provision foresees a punishment imprisonment of up to three years or fine. § 299a StGB rules a so-called special offense: perpetrator can only be a person who exercises a medical profession that requires “state-regulated training for the professional practice or the holding of the professional title”. This includes both members of the academic health professions, in particular doctors and pharmacists, as well as persons who exercise so-called health technical professions, such as nurses, ergotherapists, speech therapists and physiotherapists²³. After the enforcement of the new law, the National Regulatory Control Council assumed that in the future about 300 suspects would be determined annually on suspicion of corruption in health care²⁴.

²⁰ For comments on the BGH decision s. S. R. Ihwas/M. Lorenz, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 5/2012, 712-719.

²¹ BGBl. I p. 1254 of May 30th, 2016.

²² G. Dannecker/T. Schröder, *Zu den neuen §§ 299a, 299b StGB – auch zu ihren Risiken und Nebenwirkungen*, in: Michael Kubiciel/Elisa Hoven (Hrsg.) *Korruption im Gesundheitswesen*, Nomos, Baden-Baden 2016, 43-68.

²³ M. Kubiciel, *Legitimation und Interpretation der §§ 299a, 299b StGB*, in: Michael Kubiciel/Elisa Hoven (Hrsg.) *Korruption im Gesundheitswesen*, cit., 69-88.

²⁴ Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen. In: Bundestag-Drucksache 18/6446, October 21.st, 2015, 26-30.

Just like § 299a StGB, the new § 299b StGB states that bribery in the health service - meaning the bribery of a subject holding a health care profession -, can be punished with imprisonment of up to three years or a fine. Also § 300 StGB was changed by the new law. According to this provision, particularly serious cases of bribery and bribery in the healthcare sector can be punished with imprisonment of three months to five years. Previously, the provision only applied to serious cases of bribery in business dealings. According to the also amended § 302 StGB, the State can have extended access on objects that a perpetrator has obtained by a particularly serious corruption offenses, in particular on bribes²⁵.

1.4. Bribery in the political sector

Germany paid special attention to the crimes of bribery involving politicians or subjects active in the political sphere. The Bundestag renovated § 108e StGB in 2014 (*Mandatsträgerbestechung*), in order to give a proper implementation to the Criminal Law Convention on Corruption, adopted by the Council of Europe²⁶, and the United Nations Convention against Corruption²⁷.

According to the current legislation, members of national, European or international representative assemblies who request, consent to be promised or accept to receive a benefit for themselves or third persons as a reward for the implementation of an act or for omissions in the exercise of their mandate (§ 108e I StGB), as well as the giver of the illegal advantage (§ 108e II StGB), can be punished with imprisonment of up to five years or a financial sanction.

The most innovative part of the new provisions regards the fact that now the cases of corruption include not only the act of buying and/or selling votes, but also the effective or attempted influence of positive or negative actions by holders of political representative mandates, including possible illicit influences of lobbies and interest groups on members of Parliaments²⁸.

3. Recent cases of corruption and bribery

3.1. Cases involving big public companies

Germany registered severe cases of corruption involving big economic concerns like Siemens, Ferrostaal and MAN in the previous years. The steady application of the provisions on corruption led to several important prosecutions on of bribery and

²⁵ For comments of the new legal provision s. H. Brettel/E. Mand, *Die neuen Straftatbestände gegen Korruption im Gesundheitswesen*, in: *Arzneimittel und Recht*, 3/2016, 99 ff.; M. Kubiciel, *Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv?*, in: *Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung*, 1/2016, 1–11; R. Frank/S. T. Vogel, *Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen – symbolisch und (un)gut*, in: *Anwaltsblatt*, 2/2016, 94–100.

²⁶ ETS No.173 of January 27th, 1999.

²⁷ Adopted by General Assembly Resolution 58/4 of October 31st, 2003.

²⁸ For an analysis and a comment on the new version of § 108e StGB s. E. Hoven, *Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung. Wege und Ziele einer Reform des § 108e StGB*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 1/2013, 33–44.

corruption actions on both national and international level, as German justice seems to pay a much wider attention to suspect acts of corruption and bribery involving members of the public sector or holders of public representative functions. The details of some relevant cases registered in recent years seem to confirm this different attitude.

3.1.1. MTU

The engine manufacturer *Motoren Turbinen Union* (MTU) Friedrichshafen has been condemned to pay a fine of twelve million euros for bribery. In connection with arms deals in South Korea, the subsidiary company of Rolls-Royce Power Systems (RRPS) has used unclean methods, according to a spokesman for the prosecutor. According to the investigation, in 2008 and 2009, travels for South Korean military officials had been declared as training. Instead, they were pleasure tours including perks and brothel visits aimed at corrupting the military officials. Company's report declares that the company itself had become aware of possible corruption at its subsidiary MTU Asia due to external information and had informed the public prosecutor's office in mid-October 2011. At the end of 2011, the authorities had started the investigation. A former board member of the company was also reached by a penalty order. According to the prosecutor, the manager responsible for the Asia business was sentenced to ten months probation and a fine of 30,000 euros, while investigations involved other MTU former employees²⁹.

346

3.1.2. Schenker

They called it “administration fees”, but in the case of DB Schenker, the transport subsidiary of the Deutsche Bahn (DB), this apparently innocent title hid a case of corruption. Schenker bribed Russian customs officers in the port of Saint Petersburg and had therefore to pay two million euros fine. According to the decision issued by the Cologne Court in 2016, Schenker had bought with the bribe the “accommodating” of the customs officers, which accelerated the handling of transports. For years, Schenker had been transporting vehicle parts to a plant of the car company near St. Petersburg for Ford. The auto company could also be implicated in the corruption case and must therefore expect a fine. The contract between DB Schenker and Ford has meanwhile expired. The Cologne prosecutors have been investigating for years. The procedure was directed first against managers and employees of Schenker and then also against employees of Ford. The bosses of Schenker international and Schenker Germany had to leave the railway company in the course of the procedure. Ford had commissioned Schenker with the delivery of the work in Saint Petersburg. Schenker, in turn, switched to a Russian company for a million dollars a year, which was intended to facilitate rapid handling of shipments in the port. The money, which was declared an “administrative fee”, was transferred by Schenker to accounts in Switzerland and Cyprus belonging to a financial holding company of the Russian company based in the Caribbean, establishing a classic bribe case. According to information from SZ and

²⁹ D. Hawranek/J. Schmitt, *Null Toleranz*, in: Der Spiegel, 44/2011.

WDR, from 2010 to mid-2012, Schenker paid a total amount of 2.25 million dollars. The German Railway Company (*Deutsche Bahn-DB*) had reported the case itself, issued eleven million euros for their own investigations and cooperated fully with the prosecutor. This is the reason why DB Schenker suffered a mild sanction in the end. Without the commitment of the Bahn in discovering the bribes, the fine would have been much higher. According to findings of the investigators, DB Schenker has taken precautions so that bribes will not occur again. According to the Cologne prosecutor, these measures should reduce the guilty for the companies involved. For most of the former five managers of DB Schenker, the proceedings are legally quite lenient. All they had to do is to pay a little more than 100,000 euros, as a cash, not as a punishment. In order to be able to proceed harder against the accused, the Cologne prosecutor's office would have to prove their involvement in individual bribes in Saint Petersburg, with a request for mutual legal assistance in Russia. However, experience has shown that the local authorities are very cautious in such cases, since Bribery appears to be quite widespread in Russia. During the investigation, a logistics engineer from Ford had witnessed the prosecutor's office that in Russia things would be regulated differently than in other countries, through a frequent use of bribery in order to obtain permissions and authorisations³⁰.

3.1.3. Atlas Elektronik

In connection with corruption and bribery in weapons trades, the Bremen-based defence company Atlas Elektronik (a joint venture of ThyssenKrupp and Airbus) was convicted to pay around 48 million euros to the state budget of the Hanseatic city. According to the agency, the amount of the payment decided by the Public Prosecutor's Office siphoned off the profits made by the company as a beneficiary of specific projects. In return, the investigation against the company on suspicion of bribery and corruption have been set, and no fine was imposed to the company in the end. The State Prosecutor investigated since 2013 against Atlas Elektronik for suspicion of commission payments to foreign officials for weapons deals. For example, sales of sonar systems for submarines were suspected to have brought unlawful benefits to Greek authorities. According to the Prosecutor, also in connection with the sale of torpedoes to the Peruvian Navy, there have been illegal donations from an intermediary of Atlas Electronics³¹.

3.1.4. Berlin-Brandenburg Airport

In the corruption process about the construction of the German capital city airport Berlin-Brandenburg (BER) the Cottbus district court imposed a prison sentence against a former divisional director of the airport company, condemning him to three and a half years imprisonment for corruption. The prosecutors had accused the man to have accepted end of 2012 bribes in the amount of 150,000 euros from a contractor. In return, he made possible that within the airport company supplementary claims of

³⁰ K. Ott, *Sie nannten es "Gebühr"*, in: Sueddeutsche.de, 7.10.2016.

³¹ *Atlas Elektronik muss Millionenstrafe zahlen*, in: Handelsblatt.de, 1.6.2017.

the construction equipment company in millions were transferred unchecked. The prosecution had demanded for the accused ex-authorized officer a prison sentence of three years and eight months for bribery in a particularly severe case, and an additional fine of 150,000 euros. The prosecutors assumed that the airport employee actively demanded the bribe, so he should have been the driver of the deal. In addition to the ex-divisional head, two other men were involved in the prosecution: The ex-chairman of the management of Imtech Germany received a suspended sentence of one year and eleven months for bribery. Another ex-employee, who should have handed over the bribe, was sentenced to one year and three months, suspended for aiding and abetting³².

One of the problems related to the fight against corruption in the German legal system regards the fact that there are no specific provisions about presents or offers of hospitality, which are able to distinguish when friendly accommodation ends into particular forms of bribe. Generally speaking, the German legal system considers bribery and corruption any form of advantage conceded to a beneficiary not entitled to receive it. Besides, it is difficult to define which kind of benefit can be considered an illegal donation, which results to assume the form of an undue performance in exchange for unjustified advantages, enhancing the personal, financial or legal conditions of the recipient. Because of the vagueness of the term, a benefit can therefore regard presents, meals or covering of travel expenses and be considered forms of bribes, depending of the specific situation of the subjects involved in the single case. In order to achieve an adequate knowledge of the acts subjects to prosecutions, rather than determining in advance fixed financial amounts for donations or other gifts, German authorities decide to evaluate every single suspect form of corruption examining its specific context. According to this legal approach, in fact, a large series of factors plays a role in determining if a performance is aimed at altering the decision of a single person: the nature of the benefit, its material or immaterial value, the conditions of the beneficiary, the link between the donor and the recipient, the way the performance was handled between them, are all features which can deeply condition the single case, determining if and in which amount we are in presence of bribery.

The most important issue related to corruption and bribes in the German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung* – StPO) is related to the “principle of legality”, as ruled in § 152 II StPO. It affirms that the public prosecutor's office is called to bring the public suit and, unless otherwise provided by law, it shall be obliged to intervene in respect of all perceptible offenses, provided that sufficient factual indications exist. According to this provision, therefore, German prosecutor are bound to start investigations when the mentioned conditions occur.

1.5. Bribes involving German MPs

Section 108e is so narrowly construed against bribery that since its adoption in 1994 only four Members have actually been convicted. Due to the narrow limitation of the law to special cases, in many potentially problematic cases it is not possible to run investigations, or the investigations are quickly set back. Therefore, reliable

³² *Ehemaliger BER-Manager muss ins Gefängnis*, in: Sueddeutsche.de, 12.10.2016.

statements about how many cases there would be with a better anti-corruption law cannot be made.

1.5.1. Reinhard Sommerfeld

Reinhard Sommerfeld, chairman of the CDU parliamentary group in the city council of Neuruppin (Brandenburg) was offered a personal loan of 100,000 euros by an investment company. The city should in return agree to a bond of several millions Euro. Sommerfeld went into the deal and voted in the city council in favor of the proposal. The court considered the vote to be purchased. Sommerfeld was sentenced in spring 2007 to a suspended sentence³³.

1.5.2. Jürgen Specht and Uwe Clees

In the so-called Wuppertal corruption scandal, the city councilor Specht (SPD) and the contractor Clees were sentenced after a long series of court cases in 2009 to probation and fines of € 20,000 and € 200,000, respectively. Clees had granted Specht, among other things, free construction services. Specht campaigned in return for building permits³⁴. In a first ruling on the case in 2006, the Federal Court of Justice made clear its criticism of the existing bill on bribery: “In all other areas of public and private life, the changed public understanding of a particular social injustice of corruption has significantly increased the criminal liability of this development has gone beyond the bribery of parliamentarians so far [...] However, particular cases such as the present show that the definition of facts is not sufficient to cover all punishable corrupt practices, especially at the local level.”³⁵

1.5.3. Klaus Heugel and Norbert Rüter

The two Cologne SPD local politicians were sentenced in 2008 by the Cologne district court to one year and nine months and one year and six months on probation. The case was connected with the procedure for the Cologne donation of the so-called *Müllaffäre*, which had more politicians and entrepreneurs involved and regarded the construction of a waste incineration plant in Cologne-Niehl. The case was based on a donation of DM 150,000 from 1999, which the waste management contractor Trienekens - in retrospect, sentenced several times himself - sent to the then *Oberstadtdirektor* and candidate for the office of Mayor Klaus Heugel. The court considered it proven that the donation should secure the support of a partial privatization of the Cologne waste management companies. It was further assumed that Norbert Rüter was commissioned as former chairman of the SPD Council Group Heugel to raise funds specifically³⁶.

³³ P. Bornhöft/W. Reuter, *Beeinflusst, nicht bestochen*, in: Spiegel.de, 21.5.2007.

³⁴ A. Spiegelhauer, *Abgeordneten-Bestechung: Urteile bestätigt*, in: Westdeutscherzeitung.de, 11.8.2010.

³⁵ BGH, 5 StR 453/05 of 9. May 2006, Sec. 52.

³⁶ *Kommunalpolitiker erhalten Bewährungsstrafe*, in: Rheinische Post online, 7.8. 2008.

1.5.4. Christian Köckert

The former Minister of the Interior of the Free State of Thuringia was sentenced to one year and three months probation for abusive bribery in January 2014. The district court Meiningen took the opinion that Köckert as an honorary alderman and city council of the city Eisenach received money from investors, in order to influence other delegates in the interests of the investors. Specifically, it is 80,000 euros, which he has received in the context of consultancy contracts. The real achievement, however, was the exploitation of his offices and his general influence to facilitate the construction of wind turbines and an electric market³⁷.

4. Measures of prevention against corruption: examples from regional authorities

According to recent data, in the German public administration corruptions case seemed to increase, probably because the persecution pressure is increasing. The State Criminal Police Office (*Landeskriminalamt – LKA*) of the Land Nordrhein-Westfalen (NRW) recorded 402 corruption cases in the past year (they were 440 in 2014). Although the number of total procedures has declined further compared to the previous year, at the same time the proportion of public administration procedures has risen. With 256 cases (2014: 232), this area is affected much more frequently than the "private economy" area with 106 (2014: 187) procedures. In previous years, the proportion had risen steadily in relation to cases in the private sector, according to the LKA in its management report. This is probably due to compliance programs in public administration. These included anti-corruption and ombudsman offices or hotlines. Law enforcement agencies also worked harder, increasing the likelihood of being discovered.

The perpetrators are differentiated between donors (eg directors or owners, officers, owners of craft enterprises) and takers. The so-called takers in the public administration belonged to different functional areas. These included, for example:

- Members of regulatory and building authorities;
- district governments;
- procurement offices;
- building yards;
- construction supervision;
- building management;
- depots;
- Administrations of retirement homes and hospitals
- Federal German Army
- Correctional facilities
- ARGEn (Jobcenter)
- German Railways.

In many cases, the bribes served either to win public contracts or to obtain permits, authorisations and administrative acts such as concessions, business

³⁷ *Ex-Innenminister Köckert erhält Bewährungsstrafe*, in: Thüringer Allgemeine online, 8.1.2014.

registrations and wish license plates. Even non-competitive agreements were concerned.

Among other benefits, in addition to cash or a money transfer the takers received:

- craftsman and construction services;
- construction materials;
- renovations;
- garden Design;
- pavement and tar work;
- gift certificates;
- consumer electronics;
- computer equipment;
- invitations to travel and sporting events;
- Theater or restaurant visits.

The LKA NRW estimates the total value of the financial benefits achieved in 2015 at around 60 million euros. In 341 proceedings, donors and takers found an agreement. Takers, who according to LKA NRW were all public officials, rejected the advantages offered and reimbursed them 60 times. In one case, the potential donor also filed a complaint after being asked by a taker to pay bribes for a particular benefit. Overall, the number of so-called accompanying crimes increased by 111 percent to 1,769 (2014: 839)³⁸.

In Berlin the number of corruption cases is increasing: in 2016 the Berlin Public Prosecutor's Office received a total of 110 corruption cases, involving 185 defendants. The year before, there were 100 cases involving 170 defendants. In many cases the public service is affected. However, only a small portion of the evidence and ads leads to charges and convictions. In 17 cases suspects have been prosecuted, 80 cases were closed due to lack of sufficient evidence in many allegations. This is the data emerged from the activity report of the Berlin office for corruption fight with the public prosecutor's office for 2016.

5. Planned measures for further actions against corruption in the political branch

The Federal Ministry of Interiors publishes every year a specific report, which collects all specific measures enacted in order to prevent corruption in the Federal administration. According to the most recent available report, issued in 2017 and related to the situation in 2016, the state of implementation of the EU Anti-corruption Directive in the highest federal authorities and their business units, in the departments and elsewhere is very high. The surveys for the BMI report regularly ask which situations in the respective departments can have a potential development for corruption prevention and which concrete measures have been implemented in the

³⁸ J. Gesemann, *Landeskriminalamt NRW: Korruption in öffentlicher Verwaltung nimmt zu*, in: Neue Westfälische.de, 19.12.2016.

previous years. The most common measures are new implementation guidelines, organizational as well as work and job related measures³⁹.

A number of examples from individual authorities explain which specific measures were implemented or are to be introduced during the year under review:

Federal Foreign Office (*Auswärtiges Amt*): The Federal Foreign Office has intensified the awareness-raising measures towards executives and local employees of German Foreign agencies extended in some particularly corruption-prone countries. On the occasion of the World Anti-Corruption Day, a round note was given to all foreign representations circulated in Germany in which German Officers were asked to refuse benefits and gifts.

The Federal Government Commissioner for Culture and the Media (*Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien - BKM*): A position in the BKM division sensitizes all employees in the pre-Christmas period through circular mails and provides information on corruption prevention and the acceptance of rewards and gifts. Another BKM division department, which regularly trains its employees in particularly vulnerable areas of work, has expanded its business Training on corruption prevention for all employees. Besides, every year employees discuss different topics related to corruption prevention.

Federal Ministry of Labor and Social Affairs (*Bundesministerium für Arbeit und Soziales - BMAS*): by resolution of the Executive Board, the German pension insurance miners' association Knappschaft-Bahn-See in the business area of the Federal Ministry of Labor and Social Affairs has put compliance guidelines into force and appointed a Compliance Officer. Another divisional authority completed a home-based survey in the year under review to record the areas of risk of corruption.

Federal Ministry of Finance (*Bundesministerium der Finanzen - BMF*): The BMF has specified the in-house regulations and the licensing practice for subordinate activities. The aim of this provision is to prove to the public confidence the independence of the administration. A business area authority will organize their structures differently in the next future. This should create an "open space" office architecture, which should provide more communication between the employees on the one hand, and allow mutual control on the other hand.

Federal Ministry of Finance (*Bundesministerium der Finanzen - Customs*): The General Customs Directorate is planning a compulsory e-learning module on corruption prevention in the context of executive training of the customs administration.

Federal Ministry of Health (*Bundesministerium für Gesundheit - BMG*): A division authority of the BMG announced that it always provides information on the prevention of corruption at its three-months introductory events for new employees and sensitizes new employees.

Federal Ministry of the Interior (*Bundesministerium des Innern - BMI*): The BMI has taken various measures to further develop the prevention of corruption. It has for example charged a law firm in Berlin with branches in Cologne and Frankfurt a.M. with the function of an ombudsperson for corruption suspected cases. In addition, the

³⁹ Bundesministerium des Innern, Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung, Jahresbericht 2016, published on 22.6.2017, 52-55.

e-learning program used to train all employees to prevent corruption will be technically updated. In 2016 the BMI has issued several advices to beneficiaries on the topic of corruption prevention. In 2016 the procurement office of the Federal Ministry of the Interior has organized one Lecture by the Compliance Officer of a major international corporation for its executives. The expert spoke about the handling and the processing of Corruption cases within their group. Through the vivid representation and many questions in the subsequent conversation, the participants could gain new knowledges about the mentioned topics. Due to the positive response, a series of events will be organized also in the future. Besides, a large number of BMI employees were trained on measures for prevention of corruption.

Federal Agency for Technical Relief (*Bundesanstalt Technisches Hilfswerk* - THW) has included a so-called anti-corruption clause in the sample service description for the award of workshop framework contracts for the local THW associations. Signing such a contract, each contractor declares that 1) it, its staff and possible subcontractors to the relatives of Principal did not offer, grant or tried to gain directly nor indirectly advantages in the sense of § 331 ff. StGB and 2) it was not involved in any restrictive agreements with the THW within the meaning of § 298 StGB. If the contractor violates this obligation, he is obliged to inform the client. The client has the right to order the termination of all existing contracts between him and the contractor. Besides, the THW holds the right to exclude the contractor from future contracts or assignments for a certain time.

Federal Ministry of Justice and Consumer Protection (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* - BMJV): In 2016 the Federal Finance Court has realised a complete investigation regarding the particular areas at risk of corruption, including the management and judiciary area. It also organized a major awareness event, mandatory for all employees active in working areas particularly vulnerable to corruption.

Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* - BMWi): A division authority of the BMWi gave a lecture on “Corruption prevention” in 2016 in front of 25 employees (including a manager) of the procurement office.

Another measure aimed at enforcing corruption prevention is the introduction of a nationwide competition register. In 2016, the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy prepared a bill in order to introduce a competition register. The current public procurement law allows companies to be excluded from the awarding of public contracts and concessions if they have been involved in economic crimes or other serious crimes, in particular corruption offenses. The register will enable clients to check nationwide, through a single electronic query, whether a company has committed relevant infringements and must be eliminated from the award procedure⁴⁰. The register is to be established at the Federal Cartel Office (*Bundeskartellamt*).

The expansion of the bundling of procurement by strengthening the central procurement offices of the federal government is also supposed to be used as a tool for

⁴⁰ S. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Themenseite: Öffentliche Aufträge und Vergabe, „Wettbewerbsregister“, available at: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/wettbewerbsregister.html> (25.4.2018)

preventing corruption. It has a positive effect on the observance of the separation requirement in procurement, foreseen in § 10 of the Corruption Prevention Directive. This also applies, for example, to the procurement of IT infrastructure. The Federal Ministry of the Interior Procurement Office is currently setting up a new department that will procure the IT infrastructure for the entire federal administration. In a first step, it takes over the tendering of the framework agreements for the direct federal administration. In a second step, it will also take over individual purchases above department-specific value limits.

Another step in the direction of transparent government action taken in 2016 was the start of the participation of the German Federal Government in the international initiative Open Government Partnership (OGP). Under the auspices of the Federal Ministry of the Interior, a first national action plan will include measures from various policy areas on topics of the future such as open data. In a dialogue with civil society, these action plans are developed and monitored every two years in order to trigger learning processes, build trust and make reform projects visible⁴¹.

Germany is working also at international level in order to ensure that prevention is and remains an essential tool in the fight against corruption. The Federal Government has made the issue of “anti-corruption” one of the priorities of its G20 presidency, and the G20 working group on anti-corruption has brought “High Level Principles” in the internal measures against corruption (“Organizing against Corruption”). They show how organizational structures and processes can be organized in order to make public administration more resistant to corruption. They are also designed to help minimize corruption risks in public administration and help detect corruption incidents.

6. Cooperation with other authorities

Since corruption phenomenon puts the investigating authorities in front of special challenges related to the disclosure and identification of facts, and because of the absence of the typical perpetrator-victim constellation, all parties involved usually try to cover up the deeds and thus prevent announcements of the cases⁴². Here, together with the actual corruption acts, so-called accompanying crimes or others offenses often also occur.

In many cases, the facts in addition to the criminal law also have a tax or criminal tax relevance. This is especially the case if the attempt is made to cover up bribes by missing or incorrect information in the tax return. That is the reason why a close cooperation between police and the tax authorities is considered to have great importance in this field. However, this is legally not completely unproblematic, as data are protected by the tax secret and the *Nemo Tenetur* principle. Beside the notification

⁴¹ Bundesministerium des Innern, Pressemitteilung vom 7.12.2016, "Demokratie heißt Zuhören und die Hand reichen, available at:

<http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/12/bekanntgabe-der-teilnahmean-open-government-partnership.html>. (25.4.2018)

⁴² C. Stark/C. Lahusen (Hrsg.), *Korruption und neue Staatlichkeit: Perspektiven sozialwissenschaftlicher Korruptionsforschung*, Books on demand, Nordstedt 2010, 7-22.

obligations, the regulations allow different occasions for the disclosure of tax secrecy. This creates a space for joint action, investigation teams or other types of cooperation.

Despite the positive experiences occurred so far, the current level of cooperation in practice is still in a development stage. An improved network of supervisory authorities could positively influence procedural economics and law enforcement practice. A step in this direction was the establishment of a liaison officer of the Stuttgart tax investigation in the LKA at the inspection 740. Here, questions or first measures can be clarified directly. In addition, the close contact of the relevant clerk of meaning, as inquiries are often made through personal contact. In addition to the tax office, which cooperates in all cases of corruption, there are also other cooperations, depending on the case scenario, for example in the financial investigations with the Federal Financial Supervisory Authority (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) (BAFIN) or in the case of illegal employment with the financial control undeclared work of the customs. However, due to the diversity of issues, cooperation should not be limited to this. Rather, cooperation opportunities should be with created and used by all authorities to optimize police anti-corruption measures⁴³.

7. Corruption Perception index and proposals of improvement

If the German Federal Ministries and Agencies prepared several actions aimed at improving the fight against corruption in the country on the one hand⁴⁴, it is also a matter of fact that Germany has been stagnating in the Corruption Perceptions Index for some years now, and in 2017 is even down two places by international standards on the other hand⁴⁵.

In 2017 Transparency Germany presented a report with several measures intended to improve the perception of corruption in the country⁴⁶.

Firstly, it has been suggested to create a mandatory lobby register and to expanded disclosure requirements for conflicts of interest⁴⁷. The register is supposed to apply equally to the Bundestag and the Federal Government and be publicly available. It will cover all lobbyists, associations, corporate lobby offices, public affairs agencies and law firms responsible for advocacy, as well as non-governmental organizations, trade unions and churches. In addition to the address and the management, information should be provided in particular about the client, project and objective of the influence as well as the financial expenses. Rights such as the

⁴³ Landeskriminalamt Baden-Württemberg, *KorruptionsKriminalität, Jahresbericht 2016*, 25, available at: <https://lka.polizei-bw.de/wp-content/uploads/sites/14/2017/06/Korruptionskriminalitaet.pdf> (25.4.2018)

⁴⁴ A. Giannakopoulos/D. Tänzler, *Deutsche Ansichten zur Korruption*, in: APuZ 3-4/2009, 13-19.

⁴⁵ *Korruptionswahrnehmungsindex 2017: Deutschland rutscht durch Nichtstun auf Platz 12*, in: transparency.de, 21.2.2018, available at: <https://www.transparency.de/aktuelles/detail/article/korruptionswahrnehmungsindex-2017-deutschland-rutscht-durch-nichtstun-auf-platz-12/> (25.4.2018)

⁴⁶ Transparency International Deutschland e.V., *18 Forderungen an die deutsche Politik*, July 2017, 3-4, available at: https://www.transparency.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/2017/18_Forderungen_an_die_deutsche_Politik_17-07-24.pdf (25.4.2018)

⁴⁷ S. also K. Maras, *Lobbyismus in Deutschland*, in: APuZ 3-4/2009, 33-38.

submission of statements on bills, the invitation to hearings and the receipt of a Bundestag house card should be linked to the entry in the lobby register. With the entry a code of conduct is to be kept.

A second suggestion regards the introduction of a “Legislative Footprint”, aimed at granting wider transparency in the influence played by lobbies and interest groups on the drafting procedure. The contributions of external consultants and stakeholders in drafting bills should be documented in the bills themselves. This should concern both draft laws on the part of the ministries and as well as from the middle of the Bundestag. Important in this matter is not only the mention of the stakeholders, but also the content of their contributions. The first reading should also debate whether different interests have been taken into account in a balanced way.

A third proposal concerns the disclosure of existing or possible conflicts of interests in the executive and legislative branch. Members of Bundestag should communicate conflicts of interest in concrete cases before committee meetings and, if necessary, be excluded from the deliberations and the vote on the specific facts. In lawyer and consultant activities, at least the branches of clients or clients should be disclosed. Income from secondary activities of deputies must be disclosed in absolute terms. The establishment of advisory bodies should establish a commitment to publish staffing levels and to introduce compulsory declarations of interest from their members.

A fourth recommendation affects the attempt to restrict the relevance of party financing. Transparency Germany calls for lowering the publication threshold for party donations to 2,000 euros. Sponsorships must be made transparent following the same rules as donations. Grants to parties should be limited at a maximum of 50,000 euros for each donor or sponsor, year and party. State and municipal companies should be fully exempted from sponsorship to the parties.

Finally, Transparency Germany suggests to nominate an independent subject representative of interest chosen by the Bundestag. This person should be entitled to supervise the compliance with the requirements from the aforementioned points, similar to the data protection officer. He should check the correctness of the information in the lobby register and be able to impose effective penalties if he fails to comply with the legal requirements. He should also regularly report to the Bundestag and the public on the lobbying activities and inform the Bundestag in case of violations of the rules of the lobby register, the “Legislative Footprint”, the disclosure of interests and the financing of political parties. He should also assume the duties of the President of the Bundestag to record and punish violations of the rules of conduct and in the context of party financing. In order to fulfil these tasks, the commissioner should receive his own investigative powers.

Further suggestions came from Council of Europe’s organisation GRECO (Groupe d’États Contre la Corruption) with regard to the corruption of MPs of Bundestag, with the intent to increase moreover independent controls within the German Federal Lower House⁴⁸.

⁴⁸ GRECO, Evaluation Report Germany. Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors, 10.10.2014, available at: [https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c639b\(25.42018\)](https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c639b(25.42018))

8. A brief remark to conclude

The fight against corruption in the public sector, as well as in other areas of the German socio-economic reality, shows complexities very difficult to overcome. Moreover, the articulation of the political-administrative structure on a regional basis makes it harder to identify suitable measures for an effective fight against corruption.

The federal legislator has recently amended the current legislation, in an attempt to adapt it to structural changes in the sector and to provide judicial authorities with the tools to fight and possibly win such a delicate challenge. The analysis of the legal measures and the consequent implemented policies give the impression that the political and institutional sphere have reached an adequate awareness of the problem, but that the regulatory measures put in place must still prove their effectiveness.

The composition of a new Federal Government in early 2018 could allow the federal institutions to devote adequate attention to the problem of corruption in politics and public administration, thanks to the large number of votes that the new government majority enjoys in the Bundestag. For this reason, it is reasonable to expect that in the coming years the Legislator will intervene again with new laws aimed at making the action to combat corruption even more effective and focused than it did so far.

Il Contrasto della Corruzione in Italia: l'Obiettivo dell'Integrità nel Sistema Valoriale di Riferimento

di Gianfranco Sidone

Abstract: The Fight to Corruption in Italy: the Objective of Integrity in the Relevant System of Values – The paper provides the reader with a comprehensive analysis of the Italian legislation against corruption in the public administration.

Keywords: Italy; Transparency; Corruption; Public administration.

1. Corruzione ed inefficienza nella pubblica amministrazione: due patologie distinte e diversamente osservabili

Il termine *corruzione* è spesso associato alle sole specifiche fattispecie di reato. Tuttavia, il concetto di corruzione è più vasto delle fattispecie disciplinate dal diritto penale, è multilivello e oscilla fra dimensione giuridica, etica ed economica¹.

Tale più ampia nozione di corruzione ha riguardo a varie forme di malcostume politico e amministrativo, più propriamente da ricondurre al diritto amministrativo. Secondo l'ANAC (Autorità Nazionale AntiCorruzione) e il Dipartimento della Funzione Pubblica, il termine “*corruzione*” deve essere inteso come comprensivo: (i) dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Libro II, Titolo II, Capo I, del Codice penale; (ii) delle “*situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite*”². Dunque, tale formula censura anche l'utilizzo privato di funzioni pubbliche. In tal senso, può essere utile richiamare quella prospettiva proposta dalle scienze sociali che guarda alla corruzione come “*the abuse of entrusted power for private gain*” (“*l'abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale*”) ³. In virtù di tale definizione, sarebbero quattro gli elementi che

¹ Tra gli studi sulla corruzione: A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; F. Palazzo (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*. Bologna, 2007; F. Merloni, L. Vandelli (a cura di) *La corruzione amministrativa*, Firenze 2010; D. Della Porta, A. Vannucci, *Un paese anormale*, Roma-Bari, 1999; D. Della Porta-A. Vannucci, *Mani impunte*, Roma-Bari, 2007.

² Piano Nazionale Anticorruzione, anno 2013, p. 13 consultabile sul sito dell'ANAC (www.anticorruzione.it).

³ J. Pope, “*Confronting corruption: The elements of a national integrity System*”, Transparency International Source Book, 2000.

caratterizzano la corruzione ovvero: il potere affidato, il soggetto titolare del potere, l'abuso collegato ad un distorto esercizio del potere, il vantaggio privato conseguito⁴.

La corruzione costituisce una patologia dell'attività amministrativa che deve essere tenuta concettualmente distinta dall'inefficienza, dal momento che può aversi inefficienza anche senza corruzione (cioè nel caso di funzionari perfettamente integri). Diversamente, è più difficile affermare che possa esservi corruzione che non generi inefficienza.

Se la corruzione corrisponde all'abuso del potere del funzionario pubblico in cambio di un corrispettivo illecitamente pagato, l'inefficienza si traduce nel cattivo utilizzo delle risorse pubbliche, nel mancato raggiungimento di risultati, nei ritardi dell'attività amministrativa. Se l'interesse pubblico è quello di un'amministrazione che raggiunga risultati e che fornisca servizi ai cittadini senza spreco di danaro pubblico, l'inefficienza si colloca esattamente nel polo opposto rispetto alla sua realizzazione.

Può esserci inefficienza senza corruzione, ovvero anche in presenza di funzionari onestissimi (tanto in fase di aggiudicazione che di esecuzione del contratto). Tale inefficienza può essere causata dalla cattiva regolazione (compresa la c.d. inflazione normativa) o dalla cattiva amministrazione (dovuta a cattiva organizzazione, ad incapacità dei funzionari pubblici, ecc). I due casi di cattiva regolazione e cattiva amministrazione, ovviamente, si sommano (moltiplicandone gli effetti) quando il Legislatore dota le amministrazioni di strumenti non idonei a migliorare il loro bagaglio informativo e impone loro di applicare istituti di per sé inefficienti.

Inefficienza e corruzione sono molto diverse anche in relazione alla loro osservazione e misurazione.

⁴ Secondo la teoria economica, la corruzione nasce da un *rapporto di agenzia* sussistente tra amministratori - *agent* (ad esempio, i politici, il sindaco, ecc.) e amministrati - *principle* (destinatari dell'attività amministrativa, che, ad esempio usufruiranno dell'opera pubblica o del servizio). Infatti, gli amministratori e i politici sono soggetti che dovrebbero realizzare l'interesse della collettività amministrata e da questa sono direttamente scelti (nel caso dei politici con le elezioni) ovvero indirettamente (nel caso in cui gli amministratori pubblici siano assunti da altri amministratori che dovrebbero sempre curare l'interesse della collettività amministrata e, in questo caso, si avrebbe un ulteriore problema di agenzia). In tale rapporto di agenzia si ha un'asimmetria informativa a danno del *principle* - collettività amministrata, che riguarda l'operato degli amministratori - *agent*. Conseguentemente, non è detto che gli amministratori pubblici tutelino l'interesse degli amministrati (ad esempio, nelle procedure volte all'aggiudicazione di un contratto, nella sua esecuzione o nelle rinegoziazioni). Potrebbe succedere, infatti, che profittando dello svantaggio informativo della collettività amministrata l'amministratore (che dovrebbe rappresentarla e curarne l'interesse) favorisca il proprio vantaggio personale in danno all'interesse pubblico. In tale contesto, dunque, si possono inserire fenomeni corruttivi, dal momento che, in assenza di controlli adeguati e di informazione dei cittadini rappresentati, il funzionario potrebbe trovare conveniente farsi corrompere e realizzare il proprio interesse (coincidente con quello del privato) e non con quello della collettività amministrata. Sul punto, si confrontino Napolitano G., *Analisi Economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, pp. 203 e ss.; Napolitano G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, pp. 28 e ss..

La decisione di corrompere o farsi corrompere è vista come il frutto di un calcolo razionale, che dipende dalle aspettative individuali relative ai profitti e ai costi di tale scelta, confrontati con le alternative disponibili. Detto in altre parole, il patto corruttivo si viene a realizzare quando l'impiego di risorse in questa attività illegale è l'alternativa più vantaggiosa per i suoi protagonisti. Si confrontino: Becker G.S., *Crime and Punishment. An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, 76, pp. 169-217; Klitgaard F. *Controlling Corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988.

L'inefficienza è un fenomeno palese e riscontrabile, anche se talvolta di non facile misurazione. Essa è sotto gli occhi di tutti e può essere individuata nei dati disponibili, negli indicatori di *performance*, nel confronto tra i costi sostenuti e dei tempi impiegati dalle diverse amministrazioni in relazione ad attività similari. Ad esempio, può essere osservato che l'alta velocità in Italia è costata 47, 3 milioni di euro al chilometro per il tratto Roma-Milano, 74 milioni a chilometro per il tratto tratta Torino - Novara, 79, 5 milioni a chilometro per il tratto Novara-Milano e 96, 4 milioni a chilometro per il tratto Bologna - Firenze. Tali dati sono allarmanti, considerando che analoga opera è costata appena 10 milioni a chilometro per la tratta Parigi - Lione, 9, 8 milioni a chilometro per il tratto Madrid - Siviglia e 9, 3 milioni per il tratto della Tokyo - Osaka⁵. Sempre rimanendo all'esempio delle opere pubbliche, le opere rimaste incompiute, l'esplosione dei costi in fase di esecuzione rispetto ai costi preventivati, i tempi di stasi delle procedure di affidamento sono tutti chiari fattori di inefficienza. Anche se non è facile misurare quale sia il grado di intensità del fenomeno rispetto al risultato cui sarebbe pervenuta un'amministrazione efficiente, poiché tali differenze possono dipendere da molti diversi fattori, in tali ipotesi è evidente un certo grado di inefficienza.

Diversamente, la corruzione è un fenomeno nascosto, che tende a rimanere segreto tra le parti del patto corruttivo, ed è difficilmente misurabile⁶. Essa potrebbe nascondersi dietro i dati di inefficienza (poiché le inefficienze possono essere conseguenti a eventuale corruzione, dato che è ragionevole pensare che la corruzione generi inefficienza⁷) ma, tuttavia, di ciò non può aversi certezza, se non quando le indagini, per lo più di natura penale, non la facciano emergere.

2. I dati sulla corruzione in Italia: grande percezione della corruzione e insufficienza della repressione giudiziale

E' comune percezione che la corruzione in Italia sia particolarmente diffusa e che assai gravi siano le sue conseguenze. Secondo il Procuratore generale della Corte dei Conti, "Il fenomeno della corruzione all'interno della P.A. è talmente rilevante e gravido di conseguenze in tempi di crisi come quelli attuali da far più che ragionevolmente temere che il suo impatto sociale possa incidere sullo sviluppo economico del Paese anche oltre

⁵ La fonte è: CICCONI I., *Il libro nero della TAV*, 10.09.2011, su www.ilfattoquotidiano.it. Gli stessi dati sono citati anche dal documento della Commissione Europea COM(2014) 38 final Bruxelles, 3.2.2014 - ANNEX 12 - Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione.

⁶ Sul punto: SAET – Servizio anticorruzione e trasparenza –, *Relazione al Parlamento, anno 2010*, Roma, in <http://www.anticorruzione.it/Portals/altocommissario/Documents/Altro/Anticorruzione.pdf>, 2011, p. 30; Della Porta D., *Lo scambio occulto*, Bologna.

⁷ Ad esempio, *Cantone R. - Di Feo G., Il male italiano - liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Rizzoli, 2016. Il fatto che la corruzione genera inefficienza è dimostrato anche dai fatti: negli anni '90, successivamente ai noti fatti di Tangentopoli, si verificò un drastico abbattimento dei costi rilevato per la realizzazione dei lavori pubblici, probabilmente anche per effetto della nota inchiesta giudiziaria di "Mani pulite". Ad esempio, è stato osservato che se la realizzazione del passante ferroviario a Milano nel periodo precedente a tali fatti (anni precedenti al 1992) era costata quasi 100 miliardi di lire a chilometro, per effetto dell'inchiesta, il prezzo sostenuto per i medesimi lavori si ridusse drasticamente anche in misura del 45-50% (fonte: dossier "Corruzione. La tassa occulta che impoverisce e inquina il Paese", curato da Associazione Libera e Legambiente).

le stime effettuate dal servizio Anticorruzione e Trasparenza del ministero della Funzione pubblica, nella misura prossima a 50/60 miliardi di euro all'anno costituenti una vera e propria tassa immorale ed occulta pagata con i soldi prelevate dalle tasche dei cittadini”⁸. Si tratterebbe, dunque, di un enorme peso che graverebbe sull'intera realtà nazionale, tale da destare un significativo allarme sociale anche a livello internazionale. Secondo il *Global Competitiveness Report 2013-2014*⁹, la distrazione di fondi pubblici dovuta alla corruzione e alla criminalità organizzata, il favoritismo dei pubblici ufficiali e la progressiva perdita di credibilità etica della classe politica agli occhi dei cittadini sono le note più dolenti della *governance* in Italia, tali da influenzare negativamente la fiducia degli investitori.

La Commissione Europea ha cercato di fotografare lo stato di fatto della corruzione in Italia nell'ambito dello Speciale Eurobarometro del 2013¹⁰, fondato su un sondaggio sulla percezione del fenomeno da parte degli italiani e, dunque, non su stime reali. Secondo tale studio, circa il 97% dei soggetti intervistati ha risposto che il fenomeno della corruzione rappresenta una realtà dilagante nel Paese, contro una media UE del 76%. Inoltre, a fronte di una media Europea del 26%, il 42% degli intervistati in Italia dichiara di essere d'accordo sul fatto di essere personalmente colpito dalla corruzione nella vita quotidiana. In relazione alle ai vari settori delle attività produttive, tangenti e abusi di potere per ottenere vantaggi sarebbero diffusi nei partiti politici (68%, a fronte del 59% della media europea), nella politica a livello nazionale regionale o locale (63% contro il 56 della media UE), nell'aggiudicazione delle gare d'appalto pubbliche (56% contro il 45 della media UE), nel rilascio di permessi edilizi (54% contro il 43 della media UE), ecc. Si noti che il dato italiano è superiore a quello della media Europea di almeno dieci punti in relazione alle gare d'appalto, al rilascio di permessi edilizi, al rilascio di licenze commerciali, al sistema sanitario, alle autorità fiscali, alle autorità competenti per la previdenza e assistenza sociale. Inoltre, la corruzione coinvolgerebbe in modo rilevante il settore imprenditoriale, facendo parte della cultura di tale settore (per il 90% degli intervistati nel sondaggio Eurobarometro 2013, a fronte del 67% della media europea). Ancora, l'88% degli intervistati ritiene che in Italia la corruzione ostacoli la libera concorrenza, a fronte del 67% della media europea; l'88% ritiene che la corruzione sia generata da legami troppo stretti tra imprenditoria e politica (contro una media UE del 81%); per il 75% le conoscenze politiche sono l'unico modo per riuscire nel lavoro (contro una media UE del 56%). Un dato in controtendenza è quello per il quale la percentuale di intervistati italiani che confermano di aver patito negli ultimi dodici mesi direttamente casi di corruzione è inferiore a quella UE, pari all'8%.

I dati dell' Eurobarometro sembrano confermare la natura sistemica della corruzione italiana, profondamente radicata nelle diverse sfere della vita pubblica.

Tale risultato viene confermato dal *Corruption Perception Index (CPI) EU and Western Europe*, elaborato a livello internazionale dal *Transparency International*, del

⁸ Corte dei Conti, *Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2008*, memoria del Procuratore generale (udienza del 25.06. 2009), 2009, Roma.

⁹ World economic forum - www.weforum.org.

¹⁰ *European Commission, Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU anti-corruption report*, Brussels, 3.2.2014.

2013 (www.Transparency.org)¹¹. Con un punteggio pari a 43, l'Italia si colloca nel 2013 al 69° posto nel ranking dei 177 Paesi analizzati. Si noti che tale risultato è ben peggiore del 55° posto assegnato all'Italia nel 2008 e al 35° che aveva nel 2003. Tale continuo peggioramento, sempre stimato con indicatori di percezione, riflette all'estero l'immagine di un Paese incapace di essere integro e trasparente. Ciò potrebbe, peraltro, disincentivare gli investitori virtuosi ad operare nel Paese.

I preoccupanti dati sino ad ora riportati sono confermati da una recente indagine dell'ISTAT fondata non sulla percezione della corruzione ma sulle esperienze concrete degli intervistati, ai quali è stato chiesto se loro stessi o un familiare convivente sia stato coinvolto in episodi di corruzione¹². L'indagine ha stimato che il 7, 9% delle famiglie italiane ha affermato di avere ricevuto richieste di denaro, favori o regali in cambio di servizi o agevolazioni nel corso della vita, il 2, 7% le avrebbe ricevute negli ultimi 3 anni e l'1, 2% negli ultimi 12 mesi¹³. A prescindere dall'ambito della corruzione, il 35, 3% delle famiglie ha dichiarato di avere avuto, nel corso della vita, da due a cinque richieste di pagamento e il 6% più di cinque¹⁴. Nei 12 mesi precedenti

¹¹ Gli indicatori più utilizzati per misurare la corruzione percepita sono il *Corruption Perception Index* (CPI), il *Bribe Payers Index* (BPI) e il *Global Corruption Barometer* (GCB), elaborati da *Transparency International*; il *World Business Environment Survey* (WBES), il *Business Environment and Enterprise Survey* (BEEPS) e i *Worldwide Governance Indicators* (WGI) sviluppati dalla Banca Mondiale. Il *Corruption Perception Index* (CPI) è un indice aggregato costruito sulla base di una serie di interviste che vari istituti di ricerca indipendenti e accreditati, tra cui il *World Economic Forum*, *PriceWaterhouseCoopers*, *Freedom House* e *Gallup International*, sottopongono a un campione di esperti, manager, analisti politici e finanziari. Le interviste sono relative all'abuso di potere per fini privati posto in essere dai funzionari pubblici attraverso, ad esempio, la riscossione di tangenti per appalti pubblici, l'appropriazione indebita di fondi pubblici, ecc. L'indice determina la percezione della corruzione nel settore pubblico in 180 paesi circa, attribuendo a ciascuno un punteggio che varia da 0 (massima corruzione) a 100 (assenza di corruzione).

¹² ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 12 ottobre 2017, sul sito www.istat.it. Tale indagine è stata condotta nell'ambito di quella più ampia sulla sicurezza dei cittadini 2015-2016. Si tratta di un approfondimento che per la prima volta vuole offrire una stima del numero di famiglie coinvolte nel corso della propria vita in dinamiche corruttive. L'indagine si inserisce nel quadro del Protocollo d'intesa tra l'ISTAT e l'ANAC siglato il 22 marzo 2016.

¹³ La quota di famiglie che ha ricevuto tali richieste nel corso della vita è del 3, 2% nel settore lavorativo (0, 8% nei 3 anni precedenti l'intervista), del 2, 4% in ambito sanitario (1, 2% negli ultimi 3 anni) per quanto concerne visite mediche specialistiche o accertamenti diagnostici, ricoveri o interventi. Sempre sul fronte sanità, il 9, 7% delle famiglie (5, 5% negli ultimi 3 anni) ha ricevuto la richiesta di fare, per un suo componente, una visita a pagamento nello studio privato del medico prima di accedere al servizio pubblico per essere curati (ad esempio prima di un intervento chirurgico, un parto, o per esami specialistici). Per il settore giustizia, sono il 2, 9% le famiglie che hanno avuto una richiesta di denaro, regali o favori da parte di un giudice, un pubblico ministero, un cancelliere, un avvocato, un testimone o altri (per il 2, 1% delle famiglie la richiesta si è esplicitata nell'ambito delle cause civili). La richiesta di denaro o scambi ha coinvolto il 2, 7% delle famiglie che nel corso della vita hanno fatto domanda di benefici assistenziali come contributi, sussidi, alloggi sociali o popolari, pensioni di invalidità e il 2, 1% delle famiglie che si sono rivolte agli uffici pubblici. Tra le famiglie che hanno accettato lo scambio, l'85, 2% ritiene che aver pagato sia stato utile per ottenere quanto desiderato: in particolare nell'ambito dei singoli settori, il rendimento è totale per le public utilities (99, 1%) e particolarmente elevato per ottenere un lavoro (92, 3%) o una prestazione sanitaria (82, 8%).

¹⁴ L'indagine ha anche mostrato che l'oggetto di scambio più frequente nella dinamica corruttiva sarebbe il denaro (60, 3%), soprattutto per ciò che attiene i settori dell'assistenza (65, 7%), dei contratti con le compagnie di elettricità, gas, acqua e telefoni (63, 6%) e della sanità (61, 2%); seguono il commercio di favori, nomine, trattamenti privilegiati (16, 1%), che caratterizzano di più

l'intervista, tra le famiglie che hanno dichiarato di avere avuto richieste, il 67% ne avrebbe avuta una, il 21, 2% da due a cinque, il 3, 3% più di cinque. Inoltre, il 13, 1% degli intervistati ha dichiarato di conoscere persone vittime di corruzione¹⁵.

Dunque, i dati fino a qui forniti, tanto quelli fondati sulla *corruzione percepita* che quelli fondati sulla dichiarazione da parte degli intervistati di essere stati coinvolti in episodi di corruzione, appaiono preoccupanti¹⁶.

Molto diversi appaiono, invece, i dati reali sui fatti di corruzione intercettati nelle aule dei Tribunali forniti dall'ANAC¹⁷. Nel periodo 2006-2011 un numero totale di 3939 (media per anno 656, 5) denunce per reato di concussione, delle quali 1505 (media

il comparto uffici pubblici (22, 9%), e i regali (9, 2%). In misura minore il contenuto dello scambio è una prestazione sessuale (4, 6%) o altri favori (7, 6%).

¹⁵ Si stimano in oltre 6 milioni (13, 1% della popolazione fra i 18 e gli 80 anni) i cittadini che dichiarano di conoscere personalmente qualcuno - parenti, amici, colleghi o vicini - a cui è stato richiesto denaro, favori o regali per ottenere facilitazioni in diversi ambiti e settori. La prevalenza varia a seconda del settore coinvolto: dal 7, 1% per il settore del lavoro (con richieste di denaro o altri beni per essere assunti in un posto di lavoro o per avviare un'attività lavorativa) al 5, 9% nel settore della sanità (per essere facilitati in occasione di ricoveri, interventi chirurgici o altre cure) al 4, 0% per le facilitazioni di tipo assistenziale come pensioni, alloggi e altri contributi. La stessa indagine ha anche mostrato l'enorme diffusione del sistema delle raccomandazioni: quasi 12 milioni di italiani (25, 4% della popolazione fra i 18 e gli 80 anni) conosce personalmente qualcuno che è stato raccomandato: per ottenere un posto di lavoro (21, 5%), una licenza, un permesso o una concessione (7, 5%), per farsi cancellare multe o sanzioni (7, 5%), per benefici assistenziali (6, 8%), per l'ammissione o la promozione a scuole e università (4, 9%) o per essere favorito in cause giudiziarie (1, 9%).

¹⁶ E' stato osservato che nel nostro Paese vi sarebbe un basso *costo morale* della corruzione, inteso come disagio associato alla violazione della legge e al tradimento del mandato fiduciario ricevuto, all'esistenza di bassi *standard* etici, all'assenza di barriere morali alla diffusione degli scambi occulti. La scarsa sensibilità dei cittadini agli scandali verrebbe a determinare la conseguente inefficacia delle sanzioni politiche per i partiti e gli esponenti coinvolti nella corruzione. Ciò, inoltre, determinerebbe la scarsa fiducia dei cittadini nei politici e nei funzionari pubblici, oltreché nell'imparzialità delle istituzioni pubbliche. Sul costo morale della corruzione: Banfield E.C., *The Moral Basis of Backward Society*, Free Press, New York, 1958; Putnam R.D., *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Mondadori, Milano, 1997; Della Porta D. - Vannucci A., *The Moral (and Immoral) Costs of Corruption*, in *Dimensionen politischer Korruption*, a cura di U. von Alemann, VS Verlag fuer Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005, pp. 109-134.

Nel nostro Paese sarebbero, inoltre, presenti e consolidate informali "*strutture di governo*" che, determinano norme non scritte che disciplinano i rapporti tra corrotti e corruttori, rappresentando un fattore cruciale di regolarità e stabilità negli scambi occulti, alimentando la fiducia tra le controparti e la stabilità nei patti illeciti (Vannucci A., *Atlante della corruzione*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012). Tali strutture di governo (si pensi, ad esempio, alle organizzazioni criminali e mafiose ma anche alle *lobbies*, ai potentati, ai gruppi di potere) costituiscono un'eredità del passato che tende a riproporsi nell'evoluzione della società e si fondano sulla fiducia reciproca di chi ne fa parte. Essi assumono il ruolo di *regolatori nell'accesso* alla corruzione e di *garanti* del buon esito del accordo corruttivo, azzerando il rischio di denuncia.

¹⁷ I dati sono analizzati ed elaborati nello studio del 2013 dell'ANAC "*Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e prime evidenze empiriche*", su www.anac.it. Si tratta di un'analisi delle denunce e delle condanne penali su base nazionale e regionale a partire dalle statistiche giudiziarie per i reati di concussione (317 c.p.), corruzione per un atto d'ufficio (318 c.p.), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (319 ter c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (320 c.p.) e istigazione alla corruzione (322 c.p.). Sono dunque esclusi dall'analisi altri reati come il peculato, le malversazioni a danno dello Stato, l'abuso d'ufficio, l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. Le elaborazioni utilizzano i dati delle denunce delle 165 Procure (Rilevazioni RE.GE.) e i dati sui condannati per gli stessi reati a seguito di sentenze passate in giudicato del Casellario Giudiziale Centrale forniti dall'ISTAT.

per anno 250, 8) archiviate e 2434 (media per anno 405, 6) che hanno dato avvio ad azione penale; nello stesso periodo un numero totale di 9276 (media per anno 1546) denunce per reato di corruzione, delle quali 3479 (media per anno 579, 8) archiviate e 5797 (media per anno 966, 1) che hanno dato avvio ad azione penale. Nella distribuzione geografica per Regione, sempre in relazione all'avvio dell'azione penale con riferimento al reato di concussione e di corruzione, gli stessi evidenziano una sostanziale differenza nella distribuzione del fenomeno tra le regioni italiane, fenomeno che risulta più grave nel Centro-Sud.

Vi sono poi i dati sulle sentenze di condanna passate in giudicato per concussione e corruzione, con riferimento all'anno di iscrizione nel Casellario Giudiziale Centrale. Nel periodo 2007 - 2011 si sono avuti un numero complessivo di 1128 (media per anno 225, 6) condannati per il reato di concussione e un numero di 2843 (media per anno 568, 6) condannati per il reato di corruzione.

Tali dati (pur non essendo riferibili ai medesimi procedimenti perché ovviamente quelli conclusi nel periodo 2007-2011 sono stati avviati molti anni prima¹⁸) può osservarsi che se la media annua dei procedimenti avviati per anno è di 1546 per la corruzione e 656, 5 per la concussione, le sentenze di condanna passate in giudicato sono 568, 6 per la corruzione (a fronte di una media annua di 966, 1 per le quali è stato avviato il processo penale) e 225, 5 per la concussione (a fronte di una media annua di 405, 6 per le quali è stato avviato il processo penale). Da segnalare anche che il numero dei condannati per corruzione diminuisce notevolmente dal 2007 al 2011 (si passa da 749 a 458) mentre il numero dei condannati per concussione si triplica, passando da 134 a 344¹⁹.

Nello stesso studio l'ANAC ha anche esaminato la totalità delle sentenze pronunciate dalla Corte dei Conti nel periodo 2001-2012 per gli stessi reati di concussione e corruzione, qualora ricorrano i presupposti della responsabilità contabile²⁰. Ebbene, nel periodo considerato, le sentenze di condanna al risarcimento del danno sono state 300 (di cui 239 si riferiscono al primo grado di giudizio e 61 al secondo grado), per una media di 25 per anno, su un totale di 341 sentenze emesse

¹⁸ Una considerazione ulteriore riguarda la durata del processo penale misurata con il numero di anni che intercorre tra l'anno in cui il reato è stato commesso e l'anno di passaggio in giudicato della sentenza. Questo dato risulta in media più elevato per i reati di concussione che per quelli di corruzione ma per entrambi è diminuito considerevolmente tra il 2007 e il 2011 di circa 3 anni passando da 7, 80 a 4, 42 per la concussione, e di circa un anno (da 4, 87 a 3, 72) per la corruzione.

¹⁹ La distribuzione del tasso di condanne può contribuire a dare la dimensione degli esiti della lotta alla corruzione condotta nelle singole Regioni. Le inchieste giudiziarie che hanno portato a una significativa emersione della criminalità corruttiva nel 2011 hanno interessato soprattutto, in ordine decrescente, la Liguria, la Puglia e l'Abruzzo, per la concussione, e il Lazio, la Campania, la Calabria e la Lombardia, per la corruzione. Il numero dei condannati per concussione raddoppia dal 2007 al 2011 nelle regioni del Nord registra un andamento oscillante nel Centro e aumenta considerevolmente nel Sud e nelle Isole. La corruzione diminuisce nelle regioni settentrionali e negli stessi anni nel Centro e nelle regioni meridionali e nelle Isole. L'andamento dei reati di corruzione è ciclico nel Nord e nel Centro mentre si presenta stabilmente decrescente nel Sud del paese.

²⁰ Tali condotte possono integrare i presupposti del danno erariale, con Giurisdizione della Corte dei Conti. Come noto, l'accertamento della responsabilità da danno erariale cagionato dal funzionario pubblico nello svolgimento della propria attività costituisce una responsabilità personale limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

(con, dunque, 41 sentenze di rigetto degli atti di citazione, assoluzioni, accoglimenti delle domande di appello proposte dalle parti condannate in primo grado, etc.)²¹. Può aggiungersi che i dati dell'ANAC mostrano anche che l'ammontare del risarcimento del danno richiesto all'atto di citazione viene ridotto significativamente in termini di risarcimento comminato nelle sentenze di condanna²².

Rispetto a tutti i dati forniti può concludersi che vi è enorme divergenza tra la forte percezione del fenomeno corruttivo e i dati giudiziari sia penali che contabili. Se i primi sono probabilmente influenzati in eccesso da fattori esterni, quali il grado di povertà e insoddisfazione delle persone, la crisi economica o i mezzi di comunicazione di massa, i secondi mostrano una evidente insufficienza del sistema giudiziario nel perseguire e reprimere il fenomeno corruttivo, pur tenendo conto della portata più limitata delle fattispecie di rilevanza penale rispetto a quelle che possono essere ricondotte ad un concetto di corruzione più allargato.

Tale insufficienza si spiega anche per il fatto che entrambe le parti dell'accordo corruttivo (ovvero il corrotto e il corruttore) hanno convenienza a che lo stesso accordo rimanga nascosto. La stessa indagine dell'ISTAT già citata ha mostrato che la quota di famiglie che hanno avuto richieste di corruzione e che hanno poi denunciato l'episodio è solo del 2, 2%, mentre la quasi totalità non lo ha fatto (95, 7%)²³. In ogni caso, i dati riportati mostrano l'insufficienza di una lotta alla corruzione fondata esclusivamente sulla sua repressione.

3. La repressione penale della corruzione: evoluzione storica delle norme e della sua Giurisprudenza applicativa

366

La repressione penale, che per lungo tempo in Italia ha costituito lo strumento principale volto al contrasto della corruzione, ruota intorno alle due fattispecie della concussione e della corruzione, previste rispettivamente dagli artt. 317 (“*Concussione*”), 318 (“*Corruzione per l'esercizio della funzione*”) e 319 (“*Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*”) c.p.. Ad esse occorre affiancare il nuovo art. 319 *quater* (“*Induzione indebita a dare o promettere utilità*”), introdotto dall'art. 1, comma 75, della l. 6 novembre 2012, n. 190, *legge anticorruzione*.

²¹ Oltre la metà delle condanne al risarcimento del danno erariale per reati di concussione e concussione ha riguardato dipendenti di amministrazioni statali (62%). Vi sono poi condanne per dipendenti dei comuni (12%), delle ASL e aziende ospedaliere (12%) e degli enti di previdenza e assistenza (12%), mentre i reati che riguardano province, regioni e università sono residuali. Più della metà delle sentenze di condanna nel periodo di riferimento sono state pronunciate per episodi di corruzione e concussione avvenuti nelle Regioni del Nord (59%) di cui oltre la metà nella sola Lombardia (33%); risultano invece equamente distribuite le pronunce nelle Regioni del Centro (20%), di cui oltre la metà nel Lazio (12%), e nella macro-area del Sud e Isole (20%).

²² I dati ANAC sono sostanzialmente confermati anche da quelli più recenti forniti dall'indagine ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 12 ottobre 2017, relativi all'inizio dell'azione penale, alle archiviazioni e alle sentenze definitive di condanna per i principali reati riconducibili al più ampio concetto di corruzione, per gli anni dal 2006 al 2015.

²³ ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 12 ottobre 2017, sul sito www.istat.it. Tra i motivi della non denuncia viene evidenziata soprattutto la sua inutilità (39, 4% dei casi) e la consuetudine della pratica per raggiungere i propri obiettivi (14%); seguono il non sapere chi denunciare (12, 5%) e la paura delle rappresaglie e delle conseguenze, anche giuridiche, della denuncia (12, 4%). Altri invece ribadiscono l'utilità del vantaggio avuto a seguito della transazione corruttiva (9, 2%).

Tutte tali disposizioni sono inserite nel Titolo II del Libro II del Codice penale, dedicato ai delitti contro la Pubblica Amministrazione. Il bene giuridico tutelato dalle norme penali citate, infatti, deve essere individuato nei valori, di rilievo costituzionale, del buon andamento e dell'imparzialità dell'*agere* della PA.

Oltre alla ristrutturazione delle due principali figure di *corruption-crime*, la l. 190/2012 ha riformato la corruzione internazionale di cui all'art. 322 *bis* c.p.; l'art. 317 *bis* prevede ora la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici anche per i reati di cui agli artt. 319 e 319 *ter* c.p.²⁴; la confisca per equivalente di cui all'art. 322 *ter* c.p., comma 1, contemplata per i delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. da 314 a 320, è stata estesa all'intera gamma dei proventi criminosi²⁵; tra i reati-presupposto della responsabilità amministrativa da reato degli enti sono stati inseriti i reati di "induzione indebita a dare o promettere utilità" e di "corruzione tra privati"²⁶; è stata introdotta la nuova fattispecie di reato di "traffico di influenze illecite" di cui all'art. 346 *bis* c.p.. Particolare rilievo, inoltre, assume la riformulazione della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c., ora rubricata "corruzione tra privati", che prevede casi di reato per coloro che, ricoprendo particolari cariche (amministratori, direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori) nell'ambito di società private, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, compiano od omettano atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società²⁷.

In ultimo, la riforma ha previsto un generalizzato aumento delle cornici edittali di pena per i reati di *peculato* di cui all'art. 314 (art. 1, comma 75, lett. c); di *concussione* di cui all'art. 317 (art. 1, comma 75, lett. d); di *corruzione per l'esercizio della funzione* di cui all'art. 318 (art. 1, comma 75, lett. f); di *corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio* di cui all'art. 319 (art. 1, comma 75, lett. g); di *corruzione in atti giudiziari* di cui all'art. 319 *ter* (art. 1, comma 75, lett. h); di *abuso d'ufficio* di cui all'art. 323 (art. 1, comma 75, lett. p)²⁸.

3.1. Concussione e induzione indebita

²⁴ Art. così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. e), l. 6 novembre 2012, n. 190.

²⁵ Art. così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. o), l. 6 novembre 2012, n. 190. Sul punto si v. Bevilacqua, *Il sistema sanzionatorio delineato dalla legge anticorruzione*, in *Giur. It.*, 2012, 12.

²⁶ Gli artt. 25 e 25 *ter* del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 sono stati così modificati dall'art. 1, comma 77, lett. a) e b), l. 6 novembre 2012, n. 190. Per un approfondimento, Voena G. P., *Profili processuali della legge anticorruzione*, in *Giur. It.*, 2012, 12.

²⁷ Art. 1, comma 76, L. n. 190/2012. Si confronti Spina A., *Corruzione fra privati*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 - Allegato 1, 39.

²⁸ La riforma del 2012 ha introdotto misure per il rafforzamento dell'efficacia del giudizio di responsabilità erariale della Corte dei Conti conseguente a sentenza penale di condanna per reati contro la pubblica amministrazione (quali quelli di corruzione e concussione). Il rinnovato art. 1 comma 1-sexies della l. 20/1994 prevede che "nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente". In tali casi, quando vi sia fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale, ai sensi del comma 1 *septies*, può essere disposta la misura del sequestro conservativo dei beni del soggetto responsabile.

Il criterio distintivo tra corruzione, da un lato, e concussione ed induzione indebita, dall'altro lato, consiste nel fatto che le ultime due richiedono entrambe una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre l'"*extraneus*", comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita; diversamente, l'accordo corruttivo presuppone la "*par condicio contractualis*", ed evidenzia l'incontro libero e consapevole della volontà delle parti²⁹. Si tratti di reati propri del pubblico ufficiale o, per quel che riguarda le fattispecie di concussione e di induzione indebita, dell'incaricato di pubblico servizio, la cui struttura è stata fortemente incisa dalla l. 190/2012.

Prima della riforma del 2012, l'art. 317 c.p. puniva "*il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o un terzo, denaro od altra utilità*". In tale formulazione, dunque, le differenti condotte della *costrizione* e dell'*induzione* erano tenute insieme, e sottoposte al medesimo trattamento sanzionatorio.

La Giurisprudenza e la dottrina non hanno mostrato particolare interesse a scandagliare le differenze fra le due diverse modalità di consumazione del reato in questione. In linea generale, la tendenza era quella di costruire concetto ampio di induzione, che ricomprendeva ogni attività di persuasione, convinzione o suggestione, attuata in qualunque forma, anche velata e indiretta, purché in grado di influire sulla volontà del soggetto passivo del reato. Quest'ultimo, dunque, per effetto della suddetta attività di induzione, veniva a trovarsi in uno stato di soggezione psicologica nei confronti del soggetto agente. L'induzione non è quindi vincolata a forme predeterminate e tassative, "*potendo concretizzarsi anche in frasi indirette ovvero in atteggiamenti o comportamenti surrettizi, che si esplicano in suggestione tacita, ammissioni o silenzi, purché siano idonee ad influenzare la volontà della vittima*"³⁰.

L'elemento caratterizzante la fattispecie in questione è, in ogni caso, l'abuso, da parte del pubblico ufficiale e/o dell'incaricato di pubblico servizio, delle sue qualità o dei suoi poteri, che si concretizza in una strumentalizzazione della qualifica soggettiva posseduta, ed in un utilizzo della stessa secondo criteri diversi da quelli imposti dalla legge. Questo costituisce un presupposto indefettibile tanto nella costrizione, quanto nell'induzione³¹, e consiste nello sfruttare la propria posizione di preminenza sul privato, anche laddove l'atto intimidatorio posto in essere non rifletta le specifiche competenze del soggetto agente, purché, a renderlo credibile ed idoneo a costringere all'indebita promessa o dazione di denaro o di altra utilità, sia proprio la qualifica soggettiva che si riveste³².

Sul quadro così delineato è intervenuta la riforma del 2012, la quale ha portato con rilevanti novità³³.

²⁹ Cass. Pen., sez. VI, 22/09/2015 n. 50065.

³⁰ Cass. pen., sez. VI, 22/04/2010 n. 17234.

³¹ Cass. pen., sez. VI, 23/06/2015 n. 35796.

³² Cass. pen., sez. VI, 30/03/2016 n. 25054; Cass. pen., sez. VI, 12/02/2014 n. 10604.

³³ Art. 1, comma 75, lett. d), l. 190/2012. La giurisprudenza immediatamente successiva ha escluso che, per effetto della riforma, vi sia stata un'"*abolitio criminis*", poiché tra l'incriminazione prevista dall'art. 317 c.p., nel testo vigente prima delle modifiche apportate dalla l. 190/2012, e quelle contenute nel medesimo art. 317 e nella nuova fattispecie di cui all'art. 319 *quater* c.p., come introdotte dalla legge citata, vi sarebbe una sostanziale continuità normativa (Cass. pen., Sez. Un., 24/10/2013 n. 12228; Cass. pen., sez. VI, 03/12/2012 n. 3251). In dottrina, Vinciguerra S., *La*

In primo luogo, il soggetto attivo del reato di concussione era stato originariamente limitato al solo pubblico ufficiale e non più anche all'incaricato di pubblico servizio, con la conseguenza che la portata operativa del reato *de quo* è stata sensibilmente ridotta³⁴; tuttavia, con la successiva l. 69/2015 l'incaricato di pubblico servizio è tornato ad essere soggetto attivo del reato di concussione *ex art.* 317 c.p..

In secondo luogo, le condotte di concussione mediante costrizione e di concussione mediante induzione sono state separate e, mentre l'abuso costringitivo continua ad essere incriminato dall'art. 317 c.p., quello induttivo viene ad integrare l'elemento materiale di una nuova fattispecie autonoma, disciplinata dall'art. 319 *quater* c.p., ossia quella dell'induzione indebita³⁵. Dunque, non è dato più distinguere tra concussione per costrizione e concussione per induzione, poiché le condotte di abuso induttivo devono oggi essere ricondotte alla diversa figura dell'induzione indebita.

La novità più rilevante è data dalla previsione di cui al comma 2 dell' art. 319 *quater* c.p., e cioè dalla punibilità anche del soggetto che viene indotto a dare o a promettere indebitamente, in qualche modo imposta dalla normativa sovranazionale, al fine di scongiurare l'eventualità che il soggetto si costretto alla dazione o alla promessa, ma comunque connivente, rimanesse impunito.

A seguito della riforma, dunque, il problema circa l'individuazione dei criteri atti a differenziare costrizione ed induzione assume un rilievo più concreto, poiché, da una diversa qualificazione della condotta incriminata, possono derivare conseguenze importanti dal punto di vista del trattamento sanzionatorio.

Sul punto, si è sviluppato un fitto dibattito Giurisprudenziale che ha espresso diversi orientamenti che distinguono le due fattispecie in relazione alla tipologia del danno prospettato³⁶ ovvero all'intensità della pressione psicologica³⁷ o ancora,

riforma della concussione, in *Giur. It.*, 2012, 12; Corbetta S., *Il delitto di concussione dopo le modifiche introdotte dalla L. n. 190 del 2012*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 3, 284; Seminara S., *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 – Allegato 1, 15.

³⁴ Alcune decisioni della Giurisprudenza di legittimità avevano tentato di colmare tale lacuna applicando alle ipotesi di concussione per costrizione operata dall'incaricato di pubblico servizio la norma di cui all'art. 629 c.p. (“*Estorsione*”), aggravata ai sensi dell'art. 61, n. 9, c.p. (“*l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto*”).

v. Cass. pen., sez. un., 24/10/2013 n. 12228; Cass. pen., sez. VI, 11/01/2013 n. 17285.

³⁵ L'art. 319 *quater* c.p. stabilisce che “*salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi*”, e che “*chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni*”.

³⁶ Nella concussione il soggetto passivo si determina all'indebito sulla base della prospettazione, da parte del soggetto agente, di un danno ingiusto, mentre nell'induzione il danno prospettato sarebbe conforme a legge, e conseguenza della corretta applicazione di quest'ultima (Cass. pen., sez. VI, 23/05/2013 n. 29338; Cass. pen., sez. VI, 27/03/2013 n. 26285; Cass. pen., sez. VI, 25/02/2013 n. 13047; Cass. pen., sez. VI, 03/12/2012 n. 3251; Cass. pen., sez. VI, 03/12/2012 n. 7495).

³⁷ Nella concussione il comportamento dell'agente pubblico ha un impatto tale da non lasciare al soggetto passivo del reato alcun concreto margine di scelta e da condizionarne gravemente la libertà di autodeterminazione, mentre nell'induzione si tratterebbe di una condotta più blanda, di mera suggestione o persuasione, che non arriverebbe a costringere il privato, ma che gli lascerebbe una possibilità di scelta (Cass. pen., sez. VI, 11/01/2013 n. 17285; Cass. pen., sez. VI, 18/12/2012 n. 3093; Cass. pen., sez. VI, 04/12/2012 n. 8695).

secondo un orientamento intermedio, in relazione al tipo di vantaggio conseguito dal soggetto passivo del reato per effetto della dazione o della promessa indebita³⁸.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione³⁹ per le quali nessuno dei tre orientamenti, preso singolarmente, riesce ad individuare in maniera soddisfacente i connotati distintivi fra le due fattispecie, ma tutti e tre riescono comunque a cogliere dei profili importanti. In definitiva, il reato di cui all'art. 317 c.p. è integrato dall'abuso costrittivo del pubblico ufficiale, attuato mediante violenza o minaccia di un danno "*contra ius*", da cui deriva una grave limitazione della libertà di autodeterminazione del destinatario, che, senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa secca di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione o la promessa dell'indebitato. Il reato di cui all'art. 319 *quater* c.p., invece, è caratterizzato dall'abuso induttivo del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, vale a dire da una condotta di persuasione, di suggestione, di inganno, di pressione morale, con più tenue valore condizionante la libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, cosa che lo pone in una posizione di complicità col pubblico agente e lo rende meritevole di sanzione. Tali approdi interpretativi risultano ampiamente confermati dalla giurisprudenza successiva⁴⁰.

3.2. Corruzione propria e impropria

370

Anche il delitto di corruzione è stato toccato dalla riforma del 2012. Rispetto a tale fattispecie, però, occorre operare delle distinzioni, in quanto le condotte che vengono ad essere incriminate sono molteplici.

La prima è quella tra corruzione *propria* e corruzione *impropria*. Si parla di corruzione propria quando il pubblico agente pone in essere un atto contrario al proprio dovere d'ufficio, di corruzione impropria quando, invece, viene compiuto un atto proprio dell'ufficio. Si suole distinguere anche tra corruzione *antecedente* e corruzione *sussequente*, a seconda che la ricezione o la promessa del denaro o di altra utilità preceda o segua l'atto da compiere. In ogni caso, rimane un reato a concorso necessario, nel senso che, *ex art. 321 c.p.*, ad essere punito non è solo il pubblico ufficiale corrotto, ma anche il privato corruttore.

³⁸ Non si dovrebbe guardare all'ingiustizia oggettiva del male prospettato, o alla conformità alla legge dello stesso, ma occorrerebbe considerare il tipo di vantaggio conseguito dal soggetto passivo del reato per effetto della dazione o della promessa indebita. Nella concussione, in pratica, non solo il soggetto passivo si troverebbe costretto a pagare o a promettere di pagare per evitare il prodursi di un danno, ma non gli verrebbe neppure prospettato alcun tipo di vantaggio. Nell'induzione, invece, il soggetto attivo, oltre ad agire con modalità più blande e suggestive, prospetterebbe anche la possibilità di ottenere un vantaggio diretto (Cass. pen., sez. VI, 11/02/2013 n. 11794).

³⁹ Cass. pen., sez. un., 24/10/2013, n. 12228. Tale sentenza non esclude che possano esservi dei casi ambigui, rispetto ai quali gli elementi del danno antiggiuridico e del vantaggio indebito, che contraddistinguono gli illeciti in questione, dovrebbero essere valutati all'interno della vicenda concreta in cui si inseriscono, in unione con gli ulteriori elementi che vi assumono peculiare significato, quali i beni giuridici in gioco e i principi e valori alla base del settore considerato

⁴⁰ Cass. pen., sez. VI, 02/03/2016, n. 9429.

La fattispecie di corruzione impropria è disciplinata dall'art. 318 c.p. (“*Corruzione per l'esercizio della funzione*”). Nel testo previgente alla riforma, veniva punita la condotta del pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceveva, per sé o per un terzo, in denaro o in altra utilità, una retribuzione che non gli era dovuta, o comunque ne accettava la promessa. Dopo l'intervento del Legislatore, si legge che a rilevare non è il solo compimento di un atto, ma, più in generale, l'esercizio della funzione o dei poteri propri del pubblico ufficiale.

In definitiva, la nuova formulazione non si riferisce più all'atto o ad una specifica condotta, con la conseguenza che non viene più ad assumere rilievo la differenza tra corruzione antecedente e corruzione susseguente, che vengono entrambe sanzionate. Il nuovo art. 318 c.p. va a colpire l'esercizio della funzione, alla quale già la Giurisprudenza antecedente alla riforma⁴¹ tendeva a dare rilievo, ritenendo non necessaria l'individuazione specifica dell'atto oggetto dell'accordo corruttivo, in quanto l'atto d'ufficio considerato dal Legislatore non doveva intendersi in senso formale, ma come comprendente qualsiasi comportamento violativo dei doveri che debbono osservarsi da parte di chiunque eserciti una pubblica funzione⁴².

Se la pattuizione ha ad oggetto uno specifico atto, contrario ai doveri d'ufficio, oppure l'omissione o il ritardo nel compimento di un atto dell'ufficio, si ricade nella più grave fattispecie della corruzione propria, sanzionata penalmente dall'art. 319 c.p.. Per quel che riguarda la nozione di atto proprio dell'ufficio, rilevante ai fini della configurabilità del reato, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che non è determinante che il fatto contrario ai doveri d'ufficio sia ricompreso nell'ambito delle specifiche mansioni del pubblico ufficiale, ma è necessario e sufficiente che si tratti di un atto rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene e in relazione al quale egli eserciti, o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto⁴³.

La distinzione tra corruzione propria ed impropria presenta alcuni profili problematici. Il più rilevante di essi è quello riguardante l'uso distorto della discrezionalità amministrativa, dove, cioè, l'accordo corruttivo si riferisce al compimento di un atto discrezionale, quando esso sia in astratto compatibile con il sistema delle norme di riferimento o, addirittura, coincida con quello che sarebbe stato adottato anche in assenza del pagamento corruttivo.

La Giurisprudenza ha chiarito che il dato obiettivo della retribuzione non basta a qualificare automaticamente l'atto discrezionale come contrario ai doveri d'ufficio, perché, se così fosse, si arriverebbe ad avallare un'interpretazione abrogativa dell'art. 318 c.p. con riferimento agli atti discrezionali. In questi casi, dunque, perché si possa parlare di corruzione propria è necessaria una deformazione del procedimento

⁴¹ Secondo tale Giurisprudenza doveva ritenersi sussistente il reato di corruzione ogni qual volta veniva accertato che la consegna del denaro al pubblico ufficiale era stata effettuata in ragione delle funzioni dallo stesso esercitate e per retribuirci i favori. Peraltro, tale forma di corruzione doveva essere fatta rientrare tra le ipotesi di corruzione propria (per atto contrario ai doveri d'ufficio) e non di corruzione impropria, poiché implicante il mercimonio della funzione stessa (Cass. pen., sez. VI, 05/02/1998 n. 2894).

⁴² Con riferimento ai profili di diritto intertemporale, la nuova fattispecie di cui all'art. 318 c.p. risulta porsi in continuità normativa con la precedente, per cui quella che si verifica è una mera successione di norme modificative, salvo, come si è detto, per la corruzione impropria susseguente, precedentemente non punibile.

⁴³ Cass. pen., sez. VI, 26/02/2016 n. 23355.

decisionale, che deve evidentemente essere esclusa laddove la misura adottata si presenti idonea al miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico. In sostanza, si configurerebbe il delitto di corruzione impropria, e non quello di corruzione propria, in relazione ad un atto adottato dal pubblico ufficiale nell'ambito di attività amministrativa discrezionale, soltanto qualora sia dimostrato che lo stesso sia stato determinato dall'esclusivo interesse della p.a. e che pertanto sarebbe stato comunque adottato con il medesimo contenuto e le stesse modalità, indipendentemente dall'indebita retribuzione⁴⁴.

4. La prevenzione della corruzione e il ruolo centrale dell'ANAC

La consapevolezza dei limiti della repressione penale e contabile della corruzione, dimostrata dai dati che si sono forniti, è stata il presupposto che ha guidato la riforma di cui alla l. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*⁴⁵.

Tale legge è intervenuta dopo che per lunghi anni il fenomeno della corruzione è stato del tutto trascurato con poche eccezioni, tra le quali si possono ricordare l'istituzione di alcune Commissioni⁴⁶, quella dell'Alto Commissario anti-corruzione nel 2003 (poi degradato nel 2008 a *Servizio anticorruzione e trasparenza*), la tardiva ratifica nel 2009 della convenzione Onu sulla corruzione⁴⁷.

La novità principale della riforma del 2012 è, indubbiamente, quella di avere dato particolare rilievo all'aspetto della prevenzione della corruzione in via amministrativa⁴⁸, con la previsione di nuovi strumenti *ad hoc* (quali i Piani

⁴⁴ Cass. pen., sez. VI, 03/02/2016, n. 6677. In sintesi, se l'atto retribuito costituisce una violazione delle regole per un corretto esercizio del potere discrezionale, si tratterà di corruzione propria, anche laddove l'atto retribuito sia tale che, pur costituendo il frutto di un corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, la scelta cada su di esso solo in forza della retribuzione corruttiva. Invece, si tratterà di corruzione impropria laddove il pubblico ufficiale agisca esattamente nel modo in cui avrebbe agito laddove non vi fossero state interferenze, realizzando al contempo il miglior soddisfacimento per gli interessi pubblici considerati.

⁴⁵ La riforma del 2012 è stata adottata anche in considerazione dell'esigenza di adeguare il nostro ordinamento giuridico al panorama internazionale ed in particolare alla Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la Corruzione del 31 ottobre 2003 e alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999. Per un commento organico si rinvia a: Mattarella B.G. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013. Le leggi 28 giugno 2012 n. 110 e 112 hanno ratificato e dato esecuzione alle due Convenzioni siglate a Strasburgo nel 1999.

⁴⁶ In passato vi sono state alcune commissioni che hanno studiato il tema della corruzione e dei relativi rimedi di natura amministrativa. Si possono ricordare: quella nominata dal Presidente della Camera e presieduta da Sabino Cassese nel 1996 (il cui rapporto è pubblicato in *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, Laterza, 1998); quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini nello stesso anno; quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011 (il cui rapporto è pubblicato in *La prevenzione della corruzione. Per una politica di prevenzione*, in www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzione-DEF.pdf).

⁴⁷ La l. 3 agosto 2009 n. 116, ha ratificato la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003.

⁴⁸ Per l'aspetto preventivo della riforma del 2012, si segnala il commento alla l. 190/2012 di Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013 pp.123 e ss. Si confronti anche: Clarich M. - Mattarella B.G., *La prevenzione della corruzione*

anticorruzione), dettando un nuovo regime delle incompatibilità (da cui il successivo d.lgs. n. 39/2013), costituendo un Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (poi adottato con il d.P.R. n. 62/2013) e introducendo nuovi istituti giuridici⁴⁹.

In tale ambito assume una posizione centrale l'ANAC (Autorità Nazionale Anti - Corruzione), costituita con la l. 101 del 2013, che ha ereditato le funzioni anticorruzione che la l. 190/2012 aveva attribuito alla CIVIT (già istituita con l. 150/2009)⁵⁰. Al momento della sua istituzione, tale Autorità ha assunto compiti di amministrazione attiva, consultiva, ispettiva e di controllo, in un quadro di collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica e con un Comitato interministeriale previsto dall'art. 1 comma 4 della legge. Tra gli altri compiti, l'ANAC ha assunto quello di approvare il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) e di illustrare al Parlamento, entro il 31 dicembre di ogni anno, una relazione sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia⁵¹.

Quanto all'attività consultiva, l'ANAC esprime pareri facoltativi agli organi dello Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento ed ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico. Esprime, inoltre, pareri facoltativi in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali⁵². I poteri di vigilanza e controllo dell'ANAC riguardano l'applicazione e l'efficacia delle misure di prevenzione alla corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni ed il rispetto delle nuove regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa. Nell'esercizio delle funzioni ispettive, l' Autorità può richiedere

, in Mattarella B.G. - Pellissero M. (a cura di) *La legge anticorruzione – prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 59-69.

⁴⁹ Si pensi all'art. 54 *bis* del d.lgs. 165 del 30 marzo 2001, introdotto dall'art. 1, comma 51, della l. 190/2012 che tutela il dipendente pubblico che denuncia gli illeciti.

⁵⁰ Il Legislatore del 2012 ha modificato la previsione dell'art. 6 della l. 116 del 2009 che designava quale Autorità nazionale anticorruzione il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, individuando quale Autorità nazionale anticorruzione la Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche - CIVIT (art. 1, comma 2, L. 190/2012). La CIVIT, successivamente (ai sensi dell'art. 5, comma 3 della L. 125/2013) ha assunto la denominazione di Autorità Nazionale AntiCorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (ANAC). Sulla CIVIT si rinvia a: Clarich M-Mattarella B.G., *La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche nel panorama delle Autorità indipendenti*, in Scognamiglio G. (a cura di) *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Promo PA, Fondazione Roma, 2010. Sull'ANAC, si confrontino Cantone R. – Merloni F. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione* Torino, 2015; Nicota A.I. (a cura di) *L'Autorità Nazionale Anticorruzione – tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichielli, 2016.

⁵¹ Art. 1, comma 2 lett. g), l. 190/2012.

⁵² Tale valutazione è resa con attenzione alle nuove preclusioni che vietano ai dipendenti, che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. Si confronti sul punto l'art. 16-*ter* introdotto nel testo dell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. La stessa previsione sanziona con la nullità i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione e vieta ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti.

notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, ed ordinare l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di prevenzione alla corruzione e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati. L'ANAC e le amministrazioni interessate danno notizia, nei rispettivi siti *web* istituzionali, dei provvedimenti conseguentemente adottati.

L'ANAC ha subito un'ulteriore evoluzione con il d.l. 26.06.2014 n. 90, convertito in l. 11.08.2014 n. 114, con il quale, anche a seguito delle inchieste penali che hanno riguardato il Mose di Venezia e Expo 2014 di Milano, sono state dettate disposizioni volte a garantire un migliore livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici. L'art. 19 di tale provvedimento, infatti, ha soppresso l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici - AVCP e ha determinato l'assorbimento delle relative funzioni da parte dell'ANAC. Inoltre, lo stesso provvedimento ha tolto all'ANAC la materia del controllo di *performance* delle amministrazioni (ereditate dalla CIVIT) e la ha trasferita al Dipartimento per la funzione pubblica della presidenza del Consiglio dei Ministri, così rendendo ANAC un'Autorità concentrata sulla lotta alla corruzione in tutti i settori dell'attività amministrativa⁵³.

Con specifico riferimento ai contratti pubblici (a seguito della soppressione dell'AVCP) ANAC è diventata l'Autorità di settore che assolve il compito della vigilanza e garanzia della qualità, efficienza e efficacia dell'azione amministrativa⁵⁴, dotata di specifici poteri sanzionatori, volti ad assicurare l'effettività dell'azione svolta. Peraltro, l'assorbimento dell'AVCP in ANAC evidenzia quale sia la reputazione (ovvero quella di un settore fortemente corrotto) di cui gode il settore dei contratti pubblici in Italia, fatta propria dal Governo.

Con il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016, l'ANAC ha assunto ulteriori compiti e poteri, che ne esaltano la centralità del ruolo⁵⁵. Ai sensi dell'art. 213 comma 1 l'ANAC assume la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici, l'attività di regolazione degli stessi, l'attività di prevenire e contrastare illegalità e corruzione, dunque, con l'obiettivo di garantire tanto l'efficienza quanto l'integrità del settore. Ai sensi di tale disposizione, assume poteri molto ampi e trasversali, tra i quali: la

⁵³ Art. 19 comma 9 d.l. 90/2014. L'ANAC partecipa a protocolli d'intesa stipulati con Guardia di Finanza, Dipartimento delle politiche comunitarie, Dipartimento di Ragioneria dello Stato e sussistono rapporti di collaborazione con la Procura della Corte dei Conti. Dell'attività svolta l'Autorità redige periodicamente delle relazioni delle quali da conto alle camere Parlamentari e Governo, potendo altresì presentare proposte di modifiche della normativa afferente le funzioni svolte.

⁵⁴ In data 15.07.2014, è stato adottato di concerto tra l'ANAC e il Ministro dell'Interno un Protocollo di intesa contenente *Linee Guida* per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC – Prefetture UTG – Enti Locali, per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa.

⁵⁵ Sul ruolo di ANAC nel nuovo Codice dei Contratti, tra gli altri: Cantor R. - Merloni F. (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, 2015, Giappichelli; Nicotra I. A. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione - Tra prevenzione e attività regolatoria*, 2016, p. 14 ss.; Longobardi N., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, fasc.1, p. 20 ss.; Cassese S., *Il ruolo dell'ANAC nel Codice dei contratti pubblici* in *Cerimonia di chiusura dodicesima edizione master in procurement management*, 11 Ottobre 2017; De Nictoslis R., *I poteri dell'Anac dopo il correttivo*, in *Giustamm.it*, 2017; Greco R., *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016.

vigilanza sull'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici e l'esercizio dei poteri sanzionatori ad essi correlati; formula proposte al Governo di modifica della disciplina vigente; svolge attività di vigilanza collaborativa alle stazioni appaltanti per affidamenti di particolare interesse; provvede all'elaborazione dei costi standard; gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; può disporre ispezioni avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato e della Guardia di Finanza, trasmettendo i propri rilievi agli organi di controllo, comprese le Procure della Repubblica e la Procura generale della Corte dei conti; gestisce e aggiorna l'Albo Nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici e l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società; presso la stessa ANAC è istituito, nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, l'elenco dei soggetti aggregatori. Un compito di particolare rilievo, che fa assurgere l'ANAC a vero regolatore del settore, a seguito dell'abrogazione del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici di cui al d.P.R. 207/2010, è quello della redazione della c.d. *soft regulation*, incentrata su un sistema di linee guida che possono assumere carattere vincolante o non vincolante per le stazioni appaltanti, ma anche sull'emanazione di bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile⁵⁶.

Nell'assetto attualmente vigente, oltre agli appena ricordati compiti e poteri che afferiscono al settore della contrattualistica pubblica, l'ANAC, svolge un ruolo generale di prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali. Tale attività può considerarsi trasversale ad ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi. Può anche osservarsi che l'attività relativa al settore dei contratti pubblici, settore in cui l'ANAC ha assunto un ruolo di assoluta centralità, è probabilmente divenuta prevalente rispetto a quella generale.

5. I piani anticorruzione e il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Necessità di evitare l'eccessivo appesantimento dell'organizzazione amministrativa

Nell'attuale sistema di prevenzione della corruzione disegnato dalla riforma del 2012, come modificata dal d.lgs. 97/2016, assumono una posizione certamente rilevante le misure che riguardano l'organizzazione della pubblica amministrazione.

⁵⁶ Art. 213 comma 2, d.lgs. 50/2016. Molte disposizioni puntuali del Codice di cui al d.lgs. 50/2016 assegnano all'ANAC il compito della redazione di specifiche linee guida che vanno ad integrare la disciplina degli istituti previsti dalle stesse disposizioni. In dottrina: Licciardello S., *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *federalismi.it*, 2016, p. 2 ss.; Chiti M. P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, Fasc. 4, pp. 436-439; Deodato C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 6; Torchia L., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, Fasc. 2; Chimenti M. L., *Nuovo diritto degli appalti e Linee Guida A.N.A.C.*, 2016, Nel Diritto Editore, pp. 48- 53; Valguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, Fasc. 1; Mari N., *Linee guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti* in *www.italiappalti.it*, 2017, pp. 2-8.

L'indirizzo generale per le pubbliche amministrazioni è dato dal Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), di durata triennale e con aggiornamenti annuali, adottato dall'ANAC sentito il Comitato interministeriale di cui al comma 4 della l. 190 /2012 e la Conferenza unificata di cui all'art. 8 comma 1, d.lgs. 281/ 1997⁵⁷. Tale piano è finalizzato all'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a) e, in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione. Non si configura come un'attività *una tantum*, bensì come un processo ciclico in cui le strategie e gli strumenti vengono affinati, modificati o sostituiti in relazione al *feedback* ottenuto dalla loro applicazione. L'adozione del PNA tiene conto dell'esigenza di uno sviluppo graduale e progressivo del sistema di prevenzione, nella consapevolezza che il successo degli interventi dipende in larga misura dal consenso sulle politiche di prevenzione, dalla loro accettazione e dalla concreta promozione delle stesse da parte di tutti gli attori coinvolti.

Al fine dell'attuazione di tale piano, la disciplina vigente prevede nell'ambito di ciascuna amministrazione una ripartizione delle competenze interne tra l'*Organo di indirizzo*, l'*Organismo indipendente di valutazione* e il *Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza*.

L'organo di indirizzo definisce gli obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, che costituiscono contenuto necessario dei documenti di programmazione strategico-gestionale e del Piano triennale per la prevenzione della corruzione⁵⁸. Peculiarità di compiti viene, inoltre, ad assumere l'Organismo indipendente di valutazione, tra l'altro tenuto a riferisce all'ANAC sullo stato di attuazione delle misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza⁵⁹.

Ogni amministrazione è, inoltre, tenuta a nominare un *Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza* con compiti trasversali, che consistono nel dovere di segnalazione all'organo di indirizzo e all'organismo indipendente di valutazione delle disfunzioni sull'attuazione delle misure anticorruptive e di trasparenza e in quello dell'indicazione agli uffici competenti all'esercizio dell'azione disciplinare dei nominativi dei dipendenti che non hanno attuato correttamente le misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza. Tale soggetto è, peraltro, sottoposto ad un particolare regime di responsabilità per il mancato assolvimento dei suoi obblighi⁶⁰.

⁵⁷ Art. 1 commi 2 lett. b) e 2 *bis* della l. 190/2012, nel testo successivo al d.lgs. 97/2016.

⁵⁸ Art. 1 comma 7 della l.190/2012, così come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 96/2016.

⁵⁹ Art. 1 comma 8 della l.190/2012, così come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 96/2016.

⁶⁰ È prevista una generale forma di responsabilità dirigenziale, disciplinare ed amministrativa (per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione) in capo al responsabile della prevenzione della corruzione in caso di commissione, all'interno dell'Amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato (art. 1, comma 12, l. 190/2012). La predisposizione del piano di prevenzione prima della commissione del fatto, unitamente alla prova di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano consentono l'esonero dai connessi profili di responsabilità (escludendo il profilo della *culpa in vigilando*, ma potendo sollevare dubbi sulla bontà delle scelte pianificatorie effettuate). Si tratta di un profilo di responsabilità a confine tra imputazione oggettiva, connessa al ruolo rivestito, e responsabilità colposa per difettosa

Il secondo livello decentrato della pianificazione è costituito dai Piani Triennali Anticorruzione che ogni amministrazione redige sulla base delle indicazioni presenti nel PNA, con ricognizione dei rischi specifici di corruzione e conseguentemente indicazione degli interventi organizzativi volti a prevenirli⁶¹. L'adozione di tali piani riguarda le pubbliche amministrazioni centrali, le Regioni, le Province autonome, gli enti locali, gli enti pubblici ed i soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo.

I piani sono adottati dall'Organo di indirizzo su proposta del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza entro il 31 gennaio di ogni anno, sono trasmessi all'ANAC⁶² e sottoposti alla verifica della loro coerenza con gli obiettivi stabiliti nei documenti di programmazione strategico - gestionale da parte dell'Organismo indipendente di valutazione, che pure verifica che nella misurazione e valutazione delle performance si tenga conto degli obiettivi connessi all'anticorruzione e alla trasparenza⁶³. Con tali piani vengono, inoltre, previsti degli adempimenti organizzativi per le pubbliche amministrazioni, consistenti in un'attività di pianificazione per la prevenzione della corruzione ed un conseguente regime di responsabilità⁶⁴.

Il *Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza* è preposto alla verifica dell'attuazione dei Piani e della loro idoneità, nonché a proporre eventuali modifiche quando fossero accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando fossero intervenuti mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione.

Come si vede, dunque, si tratta di un sistema di *pianificazione a cascata* nel quale assume, per ciascuna pubblica amministrazione, un ruolo centrale il *Responsabile della*

capacità prognostica in termini di prevenzione (Così Foà S., *Le novità della legge anticorruzione*, cit., 293). Ai sensi del comma 13 dell'art.1 della l. 190/2012, la sanzione disciplinare a carico del responsabile della prevenzione della corruzione non può essere inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di sei mesi. Inoltre, ai sensi del successivo comma 14, in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal Piano, il responsabile della prevenzione della corruzione risponde ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 165/2001 nonché, per omesso controllo, sul piano disciplinare, salvo che provi di avere comunicato agli uffici le misure da adottare e le relative modalità e di avere vigilato sull'osservanza del Piano.

⁶¹ Il contenuto dettagliato del piano è indicato dal comma 9 dell'art. 1 della l.190/2012, come modificato dal d.lgs. 97/2016. Ai sensi del comma 13 dell'art.1 della l. 190/2012 la violazione, da parte dei dipendenti dell'amministrazione, delle misure di prevenzione previste dal Piano costituisce illecito disciplinare.

⁶² Ai sensi del comma 6 della l. 190/2012, come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 97/2016, i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti possono aggregarsi per definire in comune, tramite accordi ai sensi dell'art. 15 della l. 241/1990, il piano triennale per la prevenzione della corruzione, secondo le indicazioni contenute nel PNA. Inoltre, negli enti locali il piano è approvato dalla giunta, ai sensi dell'art. 1 comma 8 della l. 190/2012, come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 97/2016.

⁶³ Art. 1 comma 8 *bis* della l. 190/2012, come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 97/2016.

⁶⁴ Clarich M., *Corruzione: il rischio dei cali di tensione*, Guida al Diritto, Sole 24 ore, 8.1.2015, sottolineava che “A circa un anno dalla scadenza del termine per l'adozione del piano triennale anticorruzione più della metà di comuni, regioni e Asl sono rimasti inerti. Più virtuosi sono stati i ministeri con una percentuale di adempimento del 78%. Nel complesso su 12.172 pubbliche amministrazioni obbligate, solo 5.373 sono risultate adempienti. Meno riottose sono state le amministrazioni del Nord Ovest, in grave ritardo sono invece quelle del Sud (18% di adempimenti)”. Lo stesso Autore segnala il malcostume dei piani anticorruzione “fotocopia”, cioè confezionati sulla base del piano nazionale con riproduzione pedissequa delle disposizioni rilevate.

*prevenzione della corruzione e della trasparenza*⁶⁵. Tuttavia, il sistema introdotto non ha finora dato esiti del tutto soddisfacenti.

I Piani Nazionali Anticorruzione redatti sono stati finora due⁶⁶. Il timore che essi potessero diventare un mero elenco di promesse e ed enunciazioni di principio non pare del tutto superato. E' probabilmente mancato il necessario supporto politico alle strategie complessive di lotta alla corruzione indicate dal piano, necessario perché i buoni propositi potessero convertirsi in risultati.

A valle del piano nazionale, lo strumento dei piani anticorruzione delle amministrazioni troppo spesso si è rivelato un mero appesantimento burocratico e così è stato percepito dalle stesse amministrazioni, con un conseguente rallentamento dell'attività degli uffici. Gli stessi piani sono spesso stati redatti in modo meccanico, senza il necessario adattamento alle peculiarità delle singole amministrazioni e senza la necessaria concretezza, limitandosi solo a riprodurre meccanicamente disposizioni di legge e di codici di comportamento.

Gli stessi Responsabili della prevenzione della corruzione hanno interpretato il loro ruolo con prudenza, preoccupandosi per lo più di produrre documentazione per un proprio esonero da responsabilità. Si sono dunque concretizzate quelle preoccupazioni che la dottrina più attenta aveva già segnalato subito dopo l'entrata in vigore della riforma⁶⁷.

6. La prevenzione della corruzione nelle norme sul pubblico impiego: codici di comportamento, conflitto di interessi e regime delle incompatibilità, rotazione del personale, *Whistleblower*

378

Una seconda serie di misure volte alla prevenzione della corruzione, che la riforma del 2012 ha inserito nel d.lgs. 165/2001 che detta le "*norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", ha riguardo al comportamento dei dipendenti pubblici. Tra le varie misure, se ne possono ricordare alcune.

Il novellato art. 54 del d.lgs. 165/2001, prevede che il Governo adotti un codice di comportamento finalizzato ad assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico. Tale codice (adottato con d.P.R. 62 del 16 aprile 2013), ad esempio, prevede per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in

⁶⁵ Così, Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in Il Giornale di diritto amministrativo, 2/2013.

⁶⁶ In data 11.9. 2013, con la delibera CIVIT n. 72/2013 e su proposta del Dipartimento della funzione pubblica, è stato approvato il primo Piano Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell'art. 1, comma 2 lett. b) della legge n. 190/2012. In seguito alle modifiche intervenute con il d.l. 90/2014, convertito, con modificazioni dalla l. 114/2014, l'ANAC, in data 28.10.2015, ha approvato l'aggiornamento del PNA con la determinazione n. 12 del 28.10.2015. In data 3 agosto 2016, l'ANAC, in virtù dell'art. 1, comma 2bis della l. 190/2012, introdotto dal d.lgs. 97/2016, ha approvato il Piano Nazionale Anticorruzione 2016 con determinazione n. 831 del 3.8.2016. Con la delibera n. 1208 del 22.11.2017 l'ANAC ha approvato l'Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione 2016.

⁶⁷ Mattarella B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in Giornale di Diritto Amministrativo, 2/2013, p.127.

connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia.

A integrazione di tale Decreto, ciascuna pubblica amministrazione ha l'obbligo di adottare un proprio codice di comportamento a specificazione ed integrazione del Codice generale, contenente regole adatte alle peculiarità del proprio personale. Sul punto può essere anche osservato che l'esperienza di questi primi anni ha mostrato che tali documenti troppo spesso si sono tradotti in una mera ed inutile ripetizione di enunciazioni di principio già presenti nella legge e nel Codice generale.

La violazione dei doveri contenuti nei Codici di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione degli stessi doveri è anche rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti⁶⁸.

Particolare attenzione la disciplina vigente rivolge agli obblighi di astensione in caso di conflitto di interesse, come dimostra la disposizione generale di cui all'art. 6 della l. 241/1990 che prevede che il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale⁶⁹.

Al fine di prevenire i conflitti di interesse, l'art. 53 del d.lgs. 165/2001⁷⁰ detta un severo regime di incompatibilità nel conferimento degli incarichi dei dipendenti pubblici, nel rispetto del principio generale per il quale non possono essere conferiti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati. Rispetto a tali incarichi la l. 190/2012 ha determinato una esplicita restrizione in relazione alla eventuale sussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi, da valutarsi con riferimento al caso concreto.

Lo stesso articolo al comma 7 prevede il principio generale per cui i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza, verificata l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Tali incarichi, a seguito della riforma di cui alla l. 190/2012, sono stati assoggettati a particolari oneri di trasparenza e ad un regime particolarmente restrittivo.

La stessa Riforma del 2012, sempre con l'obiettivo di prevenire i conflitti di interesse, ha dettato anche norme restrittive in materia di attività successiva alla cessazione del rapporto

di lavoro (c.d. *pantouflage – revolving doors*). L'art. 53 comma 16 *ter* del d.lgs. 165/2001⁷¹ prevede che i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di pubbliche amministrazioni non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I

⁶⁸ Art. 54 del d.lgs. 165/2001, modificato dall'art. 1 comma 44 della l.190/2012.

⁶⁹ Norma inserita dall'art. 1 comma 41 della l. 190/2012.

⁷⁰ Norma inserita dall'art. 1 comma 42 della l. 190/2012.

⁷¹ Norma inserita dall'art. 1 comma 42 della l. 190/2012.

contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti.

In ultimo, l'art. 1 commi 49 e 50 della l.190/2012, sempre ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione nonché della prevenzione dei conflitti di interessi⁷², ha delegato il Governo ad adottare decreti diretti a prevedere nuovi casi di incompatibilità specifici per le posizioni dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, tra i quali: la non conferibilità a coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del c.p.; la non conferibilità a coloro che per un tempo non inferiore ad un anno antecedente al conferimento abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato sottoposti a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che conferisce l'incarico; la non conferibilità a soggetti estranei alle amministrazioni che, per un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive. Tale delega è stata poi attuata con d.lgs. 8 aprile 2013 n. 39.

Sempre a seguito della riforma di cui alla l.190/2012, è stata introdotta la disposizione di cui all'art. 35 *bis* del d.lgs. 165/2001 volta alla prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici. Ai sensi di tale disposizione, coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del c.p., non possono fare parte di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi; non possono essere assegnati agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati; non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere.

La disciplina attuale mostra, inoltre, un chiaro *favor* per la rotazione del personale nei settori particolarmente esposti alla corruzione, considerato uno strumento per prevenire o interrompere l'accordo corruttivo. Ad esempio, l'art.1 comma 4 lett. e) della l. 190/2012 prevede che il Dipartimento della funzione pubblica definisca criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione e misure per evitare sovrapposizioni di funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni; a valle, ai sensi dell'art. 1 comma 5 lett. b) le pubbliche amministrazioni centrali prevedono, negli stessi settori esposti alla corruzione, la rotazione di dirigenti e funzionari; ai sensi del comma 10 lett. b), il responsabile della prevenzione della corruzione provvede anche alla verifica,

⁷² Sul punto Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in Il Giornale di diritto amministrativo, 2/2013, evidenzia che tali misure non hanno natura sanzionatoria nemmeno per i dirigenti condannati (anche considerando il fatto che le condanne rilevano anche se le relative sentenze non sono passate in giudicato) ma pongono piuttosto regole organizzative rivolte alle amministrazioni.

d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione.

Di particolare interesse è, inoltre, la disposizione di cui all'art. 54 bis del d.lgs. 165/2001 in materia di tutela del dipendente che effettua spontaneamente segnalazioni di illecito commesse all'interno della pubblica amministrazione, c.d. *Whistleblower*⁷³. Ai sensi di tale disposizione, fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, il pubblico dipendente che segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), o denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione. Vi è, inoltre, particolare attenzione alla segretezza dell'identità del segnalante, anche nel caso in cui venga avviato un procedimento giudiziario nei confronti del denunciato⁷⁴. Ai sensi del comma 7 della stessa disposizione, gli atti discriminatori o ritorsivi adottati dall'amministrazione contro il denunciante sono nulli e chi le ha disposte è assoggettato alle sanzioni di cui al comma 6⁷⁵. Le procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni sono affidate alle

⁷³ La disposizione, già modificata dall'art. 1 comma 51 della L. 190/2012 è stata recentemente ulteriormente modificata dall'art. 1 della l. 30 novembre 2017 che detta le *"Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato"*. L'art. 2 della stessa legge ha inserito il comma 2 bis del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 che prevede la tutela del *whistleblower* nel settore privato. Letteralmente per *"whistleblowing"*, si intende *"soffiare nel fischiello"*. Sul punto si può rinviare a: Cantone R., *La tutela del whistleblower*, in Mattarella B.G. – Pellissero M. (a cura di) *La legge anticorruzione – prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013. Si consideri che, nell'ambito dell'indagine ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie* del 12 ottobre 2017 agli occupati e a coloro che hanno lavorato in passato è stato chiesto se hanno mai assistito, nel loro ambiente di lavoro, a scambi di favori o di denaro che hanno considerato illeciti o inopportuni. Tale accadimento sarebbe capitato a oltre 1 milione e 900 mila persone (5,0%). Tuttavia, nel 55% dei casi le persone che hanno assistito a questi scambi illeciti non hanno preso alcuna iniziativa, il 17,3% ne ha parlato soltanto con persone al di fuori dell'ambito lavorativo come familiari o amici, il 13,9% con colleghi fidati e il 9,4% direttamente con la persona coinvolta. Solo l'11,8% avrebbe segnalato il fatto a un superiore e appena l'1,9% al responsabile anticorruzione presente sul luogo di lavoro (considerato, però, che questa figura è prevista solo nell'ambito della Pubblica Amministrazione e a partire dalla l. 190/2012).

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 54 bis comma 3 del d.lgs. 165/2001, nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 c.p.p.. Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 54 bis comma 6 del d.lgs. 165/2001, l'eventuale adozione di misure ritenute ritorsive nei confronti del segnalante è comunicata in ogni caso all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali. L'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza. Ai sensi del comma 7, è a carico dell'amministrazione

linee guida dell'ANAC, non ancora emanate, sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

7. Misure specifiche per il settore della contrattualistica pubblica: riconoscimento della giuste dosi di discrezionalità e loro spostamento *fuori dalla gara*.

Uno dei settori che più è permeabile alla corruzione è indubbiamente quello della contrattualistica pubblica di lavori, servizi e forniture⁷⁶. L'Eurobarometro del 2013 ha fornito i dati della percezione della corruzione in tale settore, sia per il caso delle autorità centrali che di quelle locali. Per il 70% degli intervistati italiani la corruzione è diffusa negli appalti pubblici gestiti da autorità nazionali, contro il 56% della media UE (solo il 9% afferma che sia rara e lo 0% che non esista); per il 69% degli intervistati italiani, è diffusa negli appalti gestiti dalle Autorità regionali o locali, contro il 60% della media UE (solo l'11% ritiene che sia rara e il 2% che sia inesistente). Inoltre, gli italiani ritengono le seguenti pratiche particolarmente diffuse nelle gare d'appalto pubbliche: capitolati su misura per favorire determinate imprese (52%); abuso delle procedure negoziate (50%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); offerte concordate (45%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (55%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (52%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (53%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (38%)⁷⁷.

pubblica dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa.

⁷⁶ I motivi della concentrazione dei fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici appaiono diversi: si tratta di un settore caratterizzato dall'utilizzo di ingenti somme di denaro pubblico, che attirano interessi illeciti; esiste una forte *polverizzazione* della domanda in capo a una molteplicità di pubbliche amministrazioni e organismi di diritto pubblico, più facilmente sottratti ai controlli e alle regole previste dalla disciplina nazionale (anche, come si è visto, per l'effetto di disposizioni di legge derogatorie alla disciplina generale); la complessità della disciplina e il quadro di instabilità normativa che caratterizza il settore, favoriscono il verificarsi di fenomeni patologici. Il presupposto di fondo è che quanto più è opaca e non trasparente l'azione delle stazioni appaltanti e meno sottoposta ad adeguati controlli (resi più difficili dalla scarsità di informazioni del controllore, dalla complessità dei contratti e dalla inefficacia dei poteri dello stesso controllore), tanto più concreto è il rischio di corruzione. In dottrina: Sandulli M.A. - Cancrini A., *I contratti pubblici*, in Merloni F., Vandelli L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli Editori, 2010, 437 ss.; Vannucci A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in Comporti G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; Racca G.M., *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in Mattarella B.G. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013. Si veda anche Clarich M., *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in Italian Journal of public law, 2013 p. 43-56. .

⁷⁷ Le percentuali corrispondono alla somma tra chi ritiene tali pratiche molto diffuse e abbastanza diffuse. I dati italiani non sono molto distanti da quelli della media Europea: capitolati su misura per favorire determinate imprese (57%); abuso delle procedure negoziate (47%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); turbativa d'asta (52%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (51%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (48%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (46%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (44%). E' stato anche notato che la fase della vita del contratto più a rischio di corruzione sia quella di esecuzione del contratto stipulato e non tanto quella della procedura di aggiudicazione. Anche a fronte di una regolare procedura di

Il settore in questione, anche a seguito delle note vicende di Tangentopoli degli anni 90, storicamente si è caratterizzato per la generalizzata sfiducia che il Legislatore ha nutrito per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici. Ne è derivato un atteggiamento di paura che il potere di scelta delle amministrazioni potesse divenire occasione di corruzione, con la conseguenza dell'eccessivo irrigidimento delle procedure di gara e dei modelli contrattuali che ha determinato perdite di efficienza nelle aggiudicazioni e nelle esecuzioni dei contratti⁷⁸.

Tale atteggiamento di sfiducia non pare superato con la normativa più recente, dettata attualmente dal Codice di cui al d.lgs. 50/2016 che ha sostituito il precedente Codice di cui al d.lgs. 163/2006. Basti pensare all'assorbimento della Autorità di settore (AVCP) nell'ANAC, per opera del d.l. 90/2014, di cui si è già detto. Peraltro, l'attività dell'ANAC nel settore dei contratti pubblici ha trovato grande implementazione con il nuovo Codice e oggi può essere considerata l'attività prevalente di tale Autorità.

In tale contesto, negli ultimi anni sono state introdotte molte misure specifiche per la prevenzione della corruzione, a cominciare da quelle di cui alla l. 190/2012⁷⁹.

Ad esempio, i *patti di integrità*, già richiamati anche dal Piano Nazionale Anticorruzione approvato con delibera C.I.V.I.T. n. 72 dell'11.09.2013, sono espressamente previsti dall'art. 1, comma 17, della l. 190/2012, e rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo e volte a valorizzare comportamenti eticamente adeguati per tutti i

aggiudicazione, infatti, si possono verificare in sede di esecuzione del contratto ingiustificati aumenti dei costi originariamente pattuiti (si confronti: *“Public Procurement in Europe: cost and effectiveness”*, 2011, su www.ec.europa.eu). Secondo il quotidiano La Repubblica, le indagini svolte da più Procure nel triennio 2007-2010 su 33 Grandi opere affidate hanno svelato come il costo sostenuto dalle casse dell'Erario sia passato dagli iniziali 574 milioni di euro a 834 milioni finali, con un aumento, quindi, pari al 45% del valore iniziale dell'aggiudicazione (fonte: www.larepubblica.it 22 dicembre 2011).

⁷⁸ In tema, AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di Comporti G.D., Editoriale Scientifica, 2011, *passim*; AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di Cafagno M., Botto A., Fidone G., Bottino G., Milano, 2013, *passim*; Comporti G.D., *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, n. 2; Greco G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; Id., *I contratti ad evidenza pubblica*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990, cap. V, p. 67 ss; Ledda F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 317 ss.; Pericu G., *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; Pericu G., Gola M., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, a cura di Mazzarolli L., Pericu G., Romano A., Roversi Monaco F., Scoca F.G., Bologna, 2005, p. 283 ss.; Picozza E., *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di Franchini C., Utet, 2010, p. 29 ss; Cafagno M., *Lo stato banditore*, Milano, 2001

⁷⁹ A seguito della Riforma del 2012, è anche aumentata la trasparenza e la pubblicità dell'operato delle stazioni appaltanti che è considerato un presupposto irrinunciabile della lotta alla corruzione. E' stato, infatti, previsto un contenuto minimo della pubblicità sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti che riguarda la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera o servizio o fornitura, l'importo delle somme liquidate (art. 1, comma 16, lett. b, della l. 190/2012).

⁷⁹ Con il Codice dei contratti di cui al d.lgs. 50/2016, sono stati infine previsti numerosi oneri di trasparenza e pubblicità per le stazioni appaltanti, con un ruolo centrale dell'ANAC anche su questo fronte.

concorrenti. Tale Patto si sostanzia in un documento che la Stazione Appaltante richiede ai partecipanti alle gare e che permette un controllo reciproco e sanzioni per il caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo.

Anche i *protocolli di legalità* (già previsti, in via generale, dalla direttiva del Ministero degli Interni del 23 giugno 2010) sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Nei protocolli le Amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate.

Mediante l'accettazione delle clausole sancite nei patti di integrità e nei protocolli di legalità, al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concorrente accetta regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara⁸⁰.

La legge afferma espressamente che le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara⁸¹. Tale disposizione, anche alla luce del recente principio della tassatività delle clausole di esclusione, si giustifica in quanto gli strumenti in questione sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e le norme che li prevedono devono essere considerate imperative e di ordine pubblico (poiché volte alla prevenzione e al contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti)⁸².

Un'altra misura importante, finalizzata a garantire l'affidabilità degli operatori economici che partecipano alle procedure pubbliche di scelta del contraente, è quella delle cd. *white list*, ossia degli elenchi da istituire presso le prefetture di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposti all'azione della malavita organizzata, conseguentemente da sottoporre a controlli periodici⁸³. Agli elenchi sono

⁸⁰ Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012 n. 2657; Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011 n. 5066; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010 n. 7963. In tale quadro, rientra anche la misura dell'escussione della cauzione provvisoria, che vale ad identificare e a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto d'integrità o dell'accettazione delle clausole del protocollo di legalità (Corte Cost., ord., 13 luglio 2011, n. 211).

⁸¹ Art. 1 comma 17 della l. 190/2012.

⁸² In tal senso, AVCP, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4 recante "*Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici*", spec. parte II, punto 3.

⁸³ Art. 1, commi 52, 52 bis, 53, 54, 55 e 56, L. n. 190/2012. Tali elenchi prefettizi erano già stati previsti da discipline di settore (si ricordano i provvedimenti per la ricostruzione post-terremoto in Abruzzo di cui all'art. 16, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, e D.P.C.M. 18 ottobre 2011; per i lavori relativi all'Expo 2015 ai sensi dell'art. 3-*quinquies* d.l. 25 settembre 2009, n. 135 e D.P.C.M. 18 ottobre 2011; per il Piano straordinario carceri di cui all'art. 17-*ter* d.l. 30 dicembre 2009, n. 195 e per i lavori di ricostruzione delle zone colpite dal sisma in Emilia Romagna, Lombardia e Veneto ai sensi dell'art. 5-bis, d.l. 6 giugno 2012, n. 74, come modificato dall'art. 11 d.l. 10 ottobre 2012, n. 174) e dall'art. 4, comma 13 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

iscritti gli operatori economici che dalle verifiche prefettizie non risultano soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa: la verifica è assimilabile a quella prevista per il rilascio dell'informazione antimafia dall'art. 10, comma 7, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 e dall'art. 86 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, codice antimafia⁸⁴. L'iscrizione negli elenchi della prefettura in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività: gli accertamenti utili all'iscrizione nelle *white list* hanno infatti già completato la necessaria attività istruttoria⁸⁵. La comunicazione prefettizia può essere sostituita dall'iscrizione alle *white list* per tutte le attività economiche il cui esercizio richiede la comunicazione antimafia e cioè l'attestazione prefettizia dell'insussistenza delle cause di decadenza o di divieto di cui all'art. 67 del codice antimafia⁸⁶. La verifica viene rinnovata periodicamente e, in caso di esito negativo circa l'insussistenza del rischio di infiltrazione mafiosa, viene disposta la cancellazione dell'impresa dall'elenco. Ai fini delle verifiche, l'impresa iscritta nell'elenco deve comunicare alla prefettura qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni. La mancata comunicazione comporta la cancellazione dell'iscrizione.

Ancora, vi è stato l'ampliamento del novero dei reati che giustificano la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016⁸⁷. Un'ulteriore misura attiene alla limitazione dell'applicazione dell'istituto dell'arbitrato, tradizionalmente svantaggioso per la pubblica amministrazione e oggetto di infiltrazioni di corruttele, oggi disciplinato dall'art. 209 del d.lgs. 50/2016⁸⁸.

A seguito degli scandali del 2014⁸⁹, ulteriori disposizioni volte alla prevenzione della corruzione sono state introdotte dal d.l. 26.06.2014 n. 90, convertito in l.

⁸⁴ Entrato in vigore il 13 febbraio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 119, comma 1, come sostituito dall'art. 9, comma 1, lett. a), d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218.

⁸⁵ Si pensi ai casi in cui i protocolli di legalità estendono l'obbligo di acquisire l'informazione prefettizia per i subcontratti relativi alle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, indipendentemente dall'importo del subcontratto stesso: così Foà S., *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, 3, 293.

⁸⁶ Quali l'assenza di provvedimenti o procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione e l'assenza di sentenze di condanna per alcune tipologie di reati.

⁸⁷ L'art. 1 comma 58 l. 190/2012 aveva originariamente modificato l'art. 135 del d.lgs. n. 163 del 2006. La norma è stata poi abrogata dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016.

⁸⁸ Art. 1, commi 19 - 25 della l. 190/2012 abrogati dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016. La disciplina attuale prevede che il deferimento ad arbitri di controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici possa avvenire solo previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'Amministrazione. È inoltre prevista la nullità della clausola compromissoria priva di autorizzazione preventiva o del ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione. E', inoltre, estesa l'applicazione delle disposizioni in materia di arbitrato anche alle controversie relative a società partecipate da pubbliche amministrazioni o ad esse collegate che, comunque, abbiano ad oggetto prestazioni finanziate con risorse pubbliche. Altre disposizioni riguardano le regole sulla nomina dell'arbitro da parte dell'Amministrazione e vietano la partecipazione ai collegi arbitrali ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie (tutte prassi precedentemente molto diffuse). Nelle controversie tra pubbliche amministrazioni, gli arbitri sono individuati esclusivamente tra dirigenti pubblici. Nelle controversie tra pubblica amministrazione e privati, l'arbitro è nominato dall'amministrazione preferibilmente tra i dirigenti pubblici e, nell'ipotesi in cui ciò non sia possibile, l'arbitro viene scelto tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto. Le nomine devono avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione.

⁸⁹ Si può ricordare l'emblematica vicenda del Mose di Venezia e sia consentito rinviare a Clarich M. - Fidone G., *The execution of large complex works amid problems of efficiency and risks of corruption:*

11.08.2014 n. 114. Ad esempio, certamente è rilevante quella della previsione di misure amministrative nei confronti delle imprese responsabili di fenomeni di corruzione. L'art. 32 del d.l. 90/2014 prevede che nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i reati di concussione, corruzione e turbativa d'asta ovvero in presenza di rilevanti situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico (compresi i concessionari di lavori ed i contraenti generali), il Presidente dell'ANAC ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati, propone al Prefetto competente l'adozione dei seguenti provvedimenti alternativi: a) ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione; b) provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione⁹⁰. Nel caso in cui le indagini relative ai reati di cui sopra riguardino componenti di organi societari diversi da quelli destinatari dei provvedimenti di cui alle suddette lett. a) e b), è prevista la possibilità di adottare misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attraverso la nomina, da parte del Prefetto di uno o più esperti (non più di tre), che devono fornire all'impresa prescrizioni operative⁹¹.

Ulteriori misure di prevenzione sono quelle volte al controllo preventivo in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa⁹²; quelle che hanno istituito una Unità operativa speciale per Expo 2015⁹³.

In ultimo, può essere segnalata la previsione della trasmissione all'ANAC, per i contratti sopra soglia, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti di competenza, delle varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto. Tali varianti sono trasmesse all'ANAC

the case of the Mose project in Venice in Resilience of art cities to flooding. Success and failure of the Italian experience, Bardi Edizioni, Roma, 2016, pp. 311-328.

⁹⁰ Più nel dettaglio, il Prefetto, previo accertamento dei presupposti e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto di indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto nel termine di 30 giorni; ove l'impresa non si adegui in tale termine ovvero nei casi più gravi, provvede direttamente, con decreto alla nomina di uno o più amministratori (non più di 3) a cui sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni di disposizione e gestione dei relativi titolari. Nel periodo di vigenza di tale misura, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori, e gli utili d'impresa sono accantonati in un apposito fondo, sino all'esito del giudizio penale. È inoltre attribuito al Prefetto, nei casi in cui sia emessa un'informativa antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero per altre ragioni indicate dalla norma, il potere di disporre di propria iniziativa tutte le misure straordinarie contemplate dall'articolo in commento, informando il Presidente dell'ANAC.

⁹¹ Art. 32 comma 8 d.l. 90/2014.

⁹² L'art. 29 detta nuove norme in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, modificando l'art. 1, comma 52, della L. 190/2012 e inserendo l'art. 52 bis, il quale prevede che "l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta".

⁹³ Art. 30 d.l. 90/2014.

unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante⁹⁴.

Le misure descritte hanno costituito un indubbio cambiamento di tendenza rispetto al precedente assetto della normativa anticorruzione per il settore della contrattualistica pubblica. La corruzione appare ora combattuta attraverso misure che non limitano la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento, ingessando le regole della gara. Sono state, infatti, individuate misure di prevenzione (che hanno come presupposto la trasparenza dell'operato delle amministrazioni) che riguardano il contesto nel quale la gara si svolge (ad esempio, la composizione della commissione aggiudicatrice, il rafforzamento dei vincoli di pubblicazione e trasparenza del bando, la trasparenza degli atti di gara, l'affidabilità dei concorrenti, il contrasto ai conflitti d'interesse, ecc.), ma non le regole di gara in senso stretto, ovvero la sua tipologia, le modalità di selezione, il criterio di scelta. Il Legislatore pare avere finalmente compreso che le regole dell'espletamento della gara, che ne condizionano l'esito⁹⁵, devono avere come obiettivo unico quello di selezionare la migliore offerta possibile e, dunque, condurre ad una scelta efficiente. Al di fuori di tali regole di gara, occorre creare un contesto ambientale che sterilizzi le procedure dalla corruzione e che garantisca l'integrità⁹⁶.

Non può non essere, inoltre, segnalato che molte disposizioni contenute nella legge anticorruzione e nel suo completamento costituito dal d.l. 90/2014 (norme sulla risoluzione dei contratti, sull'arbitrato, sul commissariamento delle imprese coinvolte in fatti corruttivi, misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, trasmissione all'ANAC delle varianti, ecc.) riguardano la fase dell'esecuzione dei contratti, che costituisce il momento meno trasparente e più critico della vita dei contratti pubblici.

8. Conclusioni: a) ricerca dell'integrità attraverso il perseguimento dell'efficienza; b) inammissibilità di misure anticorruptive e di trasparenza che causino inefficienza; c) necessità di controlli che si spostino dagli atti all'attività con valutazione dei risultati in relazione a valori di riferimento standardizzati.

La corruzione in Italia costituisce un problema molto sentito e i dati sulla sua percezione lo confermano. Al contempo, i dati giudiziari mostrano l'insufficienza di un sistema di contrasto fondato sulla sola repressione della corruzione. Come si è visto, per porre rimedio a questa situazione, a partire dal 2012 è stata avviata una riforma

⁹⁴ Art. 37 d.l. 90/2014 abrogato dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016 e recepito all'art 106 comma 14 dello stesso Codice. Per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera sono comunicate all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza dell'ANAC. In caso di inadempimento si applicano le sanzioni previste dall'articolo 6, comma 11, del d.lgs. 163/2006.

⁹⁵ Si confronti il premio Nobel W. S. Vickrey, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, Journal of Finance, Volume 16, Issue 1 (Mar., 1961), 8-37.

⁹⁶ Per un approfondimento del ragionamento, sia consentito rinviare a Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in Il Giornale di Diritto Amministrativo n. 3/2015, pp. 325- 344. (ISSN: 1591-559X); Fidone G., "La corruzione e la discrezionalità amministrativa", relazione nel convegno "Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici", 9.11.2015, Camera dei Deputati, 9.11.2015, pubblicato sul sito di Italia Decide www.italiadecide.it, 2015.

che ha introdotto un grande numero di misure volte alla prevenzione della corruzione e ha portato l'ANAC ad assumere un ruolo di assoluta centralità.

In tale contesto, anche l'aumento della trasparenza dell'attività amministrativa è stato considerato imprescindibile presupposto dell'integrità della stessa. Anche su questo punto la riforma dell'anticorruzione del 2012, in questa parte attuata con il successivo d.lgs. 33/2013⁹⁷, ha introdotto importanti misure, riconducendo la trasparenza nell'alveo dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione. Oltre a precisi obblighi di trasparenza nei diversi ambiti dell'attività amministrativa⁹⁸, è previsto che il piano di prevenzione della corruzione individui “*specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge*” operando, dunque, un collegamento tra il piano di prevenzione ed il programma triennale per la trasparenza, che le Amministrazioni debbono adottare ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2009. Sono altresì state dettate regole di trasparenza relative ai procedimenti amministrativi e a servizi *on-line* delle P.P.AA.⁹⁹.

Utili alla prevenzione della corruzione sono, inoltre, le misure di semplificazione che negli ultimi anni sono state introdotte¹⁰⁰, volte a ridurre la c.d. *inflazione normativa*

⁹⁷ La l. 190/2012 aveva delegato il Governo ad adottare entro sei mesi un decreto per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità e trasparenza (art. 1, commi 35 e 36, l. n. 190/2012, i cui principi e criteri direttivi sono elencati al comma 35, lett. da a ad h). In attuazione di tale delega è stato successivamente emanato il d.lgs. 14.03.2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*. Tale decreto, tra l'altro, prevede l'obbligo di pubblicazione di tutte le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sull'organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti, sull'interpretazione di norme giuridiche (articolo 26). Stabilisce che le pubbliche amministrazioni devono predeterminare e pubblicare i criteri e le modalità di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari di ogni genere e tipo (articolo 12). La trasparenza e la pubblicazione di dati (consulenze, compensi ecc.) costituisce la prima misura per prevenire la corruzione. Il decreto punta anche su altri strumenti: il programma triennale per la trasparenza e l'integrità (articolo 10); i piani di prevenzione alla corruzione emanati da ciascuna amministrazione sulla base di un Piano nazionale predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica. Inoltre, in ciascuna amministrazione deve essere nominato un responsabile per la trasparenza, oltreché un responsabile per la prevenzione della corruzione. L'osservanza degli obblighi di trasparenza è garantita da una serie di norme sanzionatorie.

⁹⁸ L'oggetto delle misure volte alla trasparenza riguarda in particolare i procedimenti di autorizzazione o concessione (art. 1, comma 16, lett. a, l. n. 190/2012); di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 1, comma 16, lett. b, l. n. 190/2012); di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati (Art. 1, comma 16, lett. c, l. n. 190/2012); di concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'art. 24 d.lgs. n. 150 del 2009 (art. 1, comma 16, lett. d), l. n. 190/2012).

⁹⁹ Art. 1, commi 29 e 30, l. n. 190/2012. Sotto altro profilo, ai sensi dell'art.1 comma 33 l. 190/2012, la mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni necessarie costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 198 del 2009, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (cd. *class action pubblica*)⁹⁹. Per il particolare strumento dell'azione per l'efficienza, sia consentito rinviare a Fidone G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.

¹⁰⁰ La l. 190/2012 ha rafforzato l'applicazione ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative dei principi di cui all'art. 1 della l. n. 241 del 1990, prevedendo la relativa

che determina incertezza dei destinatari delle norme e certamente contribuisce a creare l'ambiente idoneo al malcostume¹⁰¹.

A parte le difficoltà applicative¹⁰², nella sostanza la Riforma è stata accolta con favore dalla Commissione Europea¹⁰³, che ha sottolineato come essa rafforzi soprattutto il profilo preventivo e superi la tradizionale e insufficiente politica di lotta alla corruzione fondata sulla mera repressione; anche l'OCSE¹⁰⁴ ha promosso gli sforzi del Governo italiano nel definire una più efficace politica di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni¹⁰⁵.

Occorre tuttavia, tornare sulla necessaria distinzione tra integrità ed efficienza, che costituiscono due valori distinti dell'attività amministrativa, di cui si è detto in apertura del presente saggio. Non sempre, infatti, tale distinzione ha guidato le scelte del Legislatore italiano che ha previsto misure volte alla prevenzione della corruzione senza una precisa valutazione del loro costo in termini di efficienza.

Si pensi, ad esempio, all'esperienza dei piani di prevenzione della corruzione o agli obblighi di rotazione del personale che, a prescindere dai loro risultati in termini di contrasto alla corruzione, hanno indubbiamente causato ritardi ed inefficienze nell'attività amministrativa; a molti degli obblighi di trasparenza che costringono le amministrazioni a fornire dati spesso superflui (senza considerare anche che l'eccesso di dati forniti può condurre anche alla loro inutilizzabilità). Come è stato osservato, molte delle disposizioni introdotte impongono alle amministrazioni oneri rilevanti, a

applicazione "con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge (art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 1, comma 37, della l. n. 190/2012). E' stata, inoltre, introdotta una conclusione del procedimento in forma semplificata (art. 1, comma 38, l. n. 190/2012 così modifica l'art. 2, comma 1, della l. n. 241/1990), mediante la previsione di un provvedimento la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, quando l'Amministrazione procedente ravvisi la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda. Anche gli accordi tra Amministrazione e privati di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 devono ora essere motivati ai sensi dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990, confermandone in tal modo la piena riconduzione all'esercizio dell'attività amministrativa ed evitando che il richiamo alla disciplina dei contratti dettata dal codice civile possa favorire un utilizzo inappropriato ed insindacabile della discrezionalità amministrativa (art. 1, comma 47, L. n. 190/2012).

¹⁰¹ AINIS M. *La legge oscura*, Laterza, Roma, 2010.

¹⁰² Tale difficoltà sono descritte nel *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, stilato dalla CIVIT (oggi ANAC) nel dicembre 2013.

¹⁰³ EUROPEAN COMMISSION, Brussels 3.2.2014, COM(2014), *Final Report from the Commission to the Council and the European Parliament EU Anti-Corruption Report*.

¹⁰⁴ OECD, Public Governance Reviews, OECD Integrity Review of Italy, REINFORCING PUBLIC SECTOR INTEGRITY, RESTORING TRUST FOR SUSTAINABLE GROWTH, 2013.

¹⁰⁵ Dello stesso parere di una valutazione positiva della riforma è Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in Il Giornale di diritto amministrativo, 2/2013 pp.123 e ss. L'Autore, tuttavia, evidenzia due limiti della stessa riforma. Il primo è che il coraggio mostrato nella lotta alla corruzione amministrativa non ha trovato corrispondenza nella lotta contro la corruzione politica. In un passaggio afferma che "l'impressione è quella di una classe politica che riesce ad affrontare i difetti dell'amministrazione, ma rimane indifferente rispetto ai propri" (pag.124). Altra critica mossa alla riforma è quella di non avere provveduto adeguatamente sulla corruzione privata. In un altro passaggio afferma che le due forme di corruzione (pubblica e privata) "sono spesso collegate, in quanto certi reati commessi da privati sono spesso il presupposto o il postulato della corruzione contro la pubblica amministrazione. Il falso in bilancio, per esempio, è spesso finalizzato alla costituzione di fondi occulti, da utilizzare per il pagamento di tangenti"(pag. 124).

fronte di benefici molto limitati in termini di imparzialità e di trasparenza. Sarebbe forse stata utile una più seria analisi di impatto della regolazione, che avrebbe potuto indurre a rinunciare a qualcuna delle disposizioni introdotte o ad apportare modifiche¹⁰⁶.

E', dunque, auspicabile un ulteriore passo in avanti, che si fondi sul capovolgimento del rapporto tra efficienza e corruzione, diverso da quello fondato sulla prevenzione della corruzione senza una valutazione del costo in termini di efficienza¹⁰⁷.

Il ragionamento può ancora partire dalla constatazione che una delle caratteristiche che distinguono le due diverse patologie dell'attività amministrativa di cui si tratta è quella della loro osservazione. Come si è già detto, la corruzione è un fenomeno nascosto e difficilmente misurabile, essendo insufficienti, per motivi diversi, tanto i dati della corruzione percepita quanto quelli che vengono dai Tribunali. L'inefficienza, al contrario, è palese e può essere individuata nei dati disponibili, negli indicatori di *performance*, nel confronto tra i costi sostenuti e dei tempi impiegati dalle diverse amministrazioni in relazione ad attività simili.

Dietro i dati di inefficienza è stato ritenuto che si possano nascondere fenomeni corruttivi¹⁰⁸ ma, tuttavia, di ciò non può aversi certezza fino a quando le indagini penali non li portino in evidenza.

In ogni caso, i dati sull'inefficienza comprendono anche le inefficienze conseguenti a eventuale corruzione, dato che è ragionevole pensare che la corruzione generi inefficienza. Il fatto che la corruzione sia un fenomeno nascosto, peraltro, rende anche difficile la verifica dell'efficacia degli strumenti volti alla sua prevenzione. Al contrario, essendo l'inefficienza riscontrabile dai dati reali, l'efficacia degli strumenti volti al perseguimento dell'efficienza è più facilmente valutabile.

390

Dunque, si può ragionevolmente sostenere che misure volte a contrastare e ridurre l'inefficienza possano avere anche l'effetto indiretto di ridurre la corruzione. Se infatti la corruzione corrisponde a una quota parte dell'inefficienza e dietro a questa si nasconde, il miglioramento dell'efficienza (ovvero la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi, il miglioramento della qualità e, in definitiva il conseguimento della *performance*) può ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi. L'efficienza dell'attività amministrativa appare il sistema più idoneo a creare all'interno dell'amministrazione gli anticorpi per evitare che possa generarsi la malattia della corruzione.

Se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o, più correttamente, potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza che, peraltro, non sarebbero di ostacolo al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di risultati con una spesa contenuta. Tali forme di corruzione rimarrebbero, ovviamente, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica.

¹⁰⁶ Ancora, Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in Il Giornale di diritto amministrativo, 2/2013.

¹⁰⁷ La tesi è stata sostenuta anche in Fidone G., *The conflict against corruption and the pursuit of efficiency in public negotiation in Italy* in US – China Law Review – David Publishing Company, vo. 14 n. 1/2017; Fidone G., *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in Rivista giuridica del Mezzogiorno (SVIMEZ), 3/2016.

¹⁰⁸ Ad esempio, Cantone R. – Di Feo G., *Il male italiano - liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Rizzoli, 2016.

Il Legislatore, pertanto, dovrebbe perseguire l'obiettivo dell'efficienza, nel senso della migliore spesa del denaro pubblico nel conseguimento dei risultati dell'attività (c.d. *Best Value*) e la realizzazione di tale obiettivo potrebbe eliminare gli spazi di inefficienza entro i quali si nasconde e si può realizzare la corruzione.

Con ciò non si vuole certo sostenere che non siano utili anche misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione ma queste non devono avere l'effetto di determinare perdite di efficienza, creando ulteriori margini dietro ai quali proprio la corruzione si può nascondere. Detto in altri termini, la corruzione deve essere combattuta senza rinunciare all'efficienza dell'attività amministrativa.

Il ragionamento può essere generalizzato anche alla disciplina della trasparenza, che il Legislatore considera come strumento per la prevenzione della corruzione e che non può diventare un ostacolo al perseguimento dell'efficienza dell'attività amministrativa quando abbia l'effetto di produrre oneri paralizzanti.

Se l'obiettivo primario della regolazione deve rimanere quello dell'efficienza dell'attività amministrativa, gli altri valori quali la trasparenza e la stessa integrità devono considerarsi ad essa strumentali. Occorre, dunque, che il perseguimento di tali obiettivi strumentali non si traduca in un ostacolo al raggiungimento di quello primario, ponendosi in contrasto con l'efficienza. La trasparenza delle procedure non deve essere fine a se stessa (con l'effetto di creare inutili appesantimenti burocratici), ma deve inserirsi in una risistemazione degli strumenti di controllo (per i quali sono necessarie solo le informazioni essenziali e non quelle inutili) ed essere finalizzata a renderli più efficaci. Devono essere accolte positivamente le misure di semplificazione, quando funzionali al raggiungimento di risultati.

Secondo tale prospettiva andrebbero valutate le singole misure volte alla prevenzione della corruzione, con la consapevolezza che se sono fonte di inefficienza (nonostante una astratta idoneità a contrastare la corruzione), esse creano (attraverso l'aumento dell'inefficienza dell'amministrazione) le condizioni perché si possano verificare fatti corruttivi¹⁰⁹. Ovviamente, non può essere questa la sede per valutare in tali termini le diverse misure di prevenzione della corruzione vigenti, ma questo deve essere il metodo.

Si può aggiungere un'ulteriore considerazione.

Il perseguimento dell'efficienza e dell'integrità dell'amministrazione dovrebbe fondarsi su una risistemazione del sistema dei controlli, da incentrarsi sulla valutazione dell'attività amministrativa complessiva e dei suoi risultati, con conseguente responsabilizzazione dell'amministrazione.

¹⁰⁹ Se la corruzione trova il suo fondamento nell'esercizio del potere amministrativo, il grado di *discrezionalità* nell'esercizio di tale potere da parte di pubblici funzionari è comunemente ritenuto direttamente proporzionale al rischio di corruzione (ad esempio, Vannucci A., *Atlante della corruzione*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012; Vannucci A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in Comporti G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011). Deve però essere osservato che quando la discrezionalità sia necessaria al conseguimento dell'efficienza (e al contrario decisioni fondate su automatismi causerebbero perdite di efficienza), allora l'irrigidimento delle procedure diventerebbe esso stesso elemento che favorisce la corruzione (poiché l'inefficienza costituisce le condizioni nelle quali possono verificarsi fatti corruttivi). Ciò, ad esempio, si verifica per il caso dell'irrigidimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici che genera inefficienza. Sul punto si rinvia a Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Il Giornale di Diritto Amministrativo* n. 3/2015, pp. 325- 344.

Vi sono, peraltro, segnali che indicano a ritenere che tale spostamento stia avvenendo. Ad esempio, la Giurisprudenza ha configurato la responsabilità della pubblica amministrazione per *culpa in vigilando* e *in eligendo*, per avere fallito nel sistema dei controlli e nella scelta dei funzionari da proporre a garanzia dell'integrità dell'attività amministrativa, con conseguente diritto al risarcimento del danno per i destinatari di tale attività. Ciò che è importante sottolineare è che in tale ipotesi, la responsabilità attribuita all'amministrazione non discenderebbe *"dalla illegittimità dell'atto adottato (che potrebbe anche essere legittimo), ma attiene al comportamento del funzionario (legato da rapporto di servizio o di ufficio), il cui comportamento illecito eventualmente causativo di danno a privati, pur svoltosi in cesura di rapporto organico (proprio perché penalmente illecito), avrebbe tuttavia potuto essere evitato attraverso un diligente esercizio del potere di scelta (recte: di preposizione organica), ovvero di vigilanza sull'operato del medesimo funzionario"*. Dunque, la responsabilità dell'amministrazione per *culpa in eligendo* ed *in vigilando* si porrebbe fuori dal rapporto che lega il danno (quale conseguenza diretta) all'atto amministrativo, per il tramite del nesso di causalità, ma afferirebbe ad un più generale comportamento negligente, dal quale si afferma essere derivato un danno al privato. Detto in altri termini, la valutazione della responsabilità sembra spostarsi dall'atto all'attività amministrativa¹¹⁰.

Al fine della valutazione dell'efficienza dell'attività amministrativa (che come si è visto costituisce il presupposto dell'integrità) appare necessario stabilire *a priori* quale debba essere il risultato (*performance*) programmato della pubblica amministrazione, anche attraverso il ricorso a valori *standard* universalmente riconosciuti, e poi procedere alla verifica del risultato conseguito. Si colloca in tale direzione e deve considerarsi certamente positivo il lavoro che l'ANAC sta compiendo in relazione alla standardizzazione dei costi di talune tipologie di contratti pubblici¹¹¹.

¹¹⁰ Così, Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, che tuttavia annulla TAR Lombardia/Milano n. 974 del 20 aprile 2015 e dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla domanda di risarcimento del danno, poiché la condotta (attività) censurata potrebbe assumere rilievo nei confronti dei destinatari dell'attività soltanto come responsabilità aquiliana, rispetto alla quale avrebbe giurisdizione il giudice ordinario. Il TAR in primo grado, previo annullamento dell'avvenuta aggiudicazione, aveva riconosciuto la spettanza di un risarcimento in capo al secondo classificato in una gara d'appalto, giudicando la stazione appaltante responsabile nei confronti di quest'ultimo per il fallimento del sistema dei controlli e per l'erronea scelta dei funzionari predisposti a garanzia della trasparenza della procedura. Secondo il Consiglio di Stato, *"tale affermazione di responsabilità consegue alla individuazione di un danno che, lungi dal discendere come conseguenza diretta da un provvedimento amministrativo lesivo di interessi legittimi (o dalla mancata o ritardata adozione di tale atto), con ciò radicando la giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., 22 gennaio 2015 n. 1162), discende invece dall'accertamento di un generale comportamento negligente e/o omissivo della pubblica amministrazione in sede di controllo sugli organi, lesivo del principio del neminem ledere, e del tutto prescindente dall'esercizio di un potere amministrativo ovvero dal mancato esercizio di un potere amministrativo obbligatorio (ex art. 30, co. 2) concretizzantesi (o meno) in una adozione di provvedimento amministrativo illegittimo"*.

¹¹¹ Il Presidente dell'ANAC Cantone nell'intervento del 25 maggio 2017 presso la Scuola di Polizia tributaria della Guardia di finanza *La prevenzione anticorruzione come strumento di spending review* ha sostenuto la tesi che l'individuazione di costi *standard* può essere determinante per individuare indicatori oggettivi della corruzione. Egli ha affermato: *"faccio un esempio concreto: se qualcuno compra a 100 un bene che altri acquistano a 10, è evidente che si accende una sorta di alert sul quale si può avviare un'indagine specifica. Non è detto che questa differenza nell'acquisto implichi l'esistenza di illeciti, forse è solo inefficienza o scarsa concorrenza ma è di sicuro uno degli elementi caratteristici dietro il quale si possono verificare fatti corruttivi"*. L'individuazione dei costi *standard*, dunque, *"riduce infatti il rischio di una*

Tutto ciò dovrebbe determinare la maggiore ed effettiva responsabilizzazione delle amministrazioni e dei singoli dirigenti e funzionari che operano al loro interno (attraverso un sistema adeguato di premi e sanzioni). E', infatti, noto che tra le cause che favoriscono la corruzione vi sia il basso grado di *accountability* (ovvero di *rendicontabilità* nell'esercizio del potere pubblico) che determina la mancanza di responsabilità dei funzionari favorita dalla natura formalistica dei controlli sull'operato dell'amministrazione e dalla mancanza di controlli di risultato.

Se il controllo si sposta sui risultati dell'attività, con corrispondente attribuzione di un premio o di una sanzione, allora si può restituire *fiducia* alle pubbliche amministrazioni quanto alle procedure più idonee per il conseguimento di quel risultato. Diversamente, se il controllo non tiene conte del risultato dell'attività (dunque, della spesa, della qualità, della tempestività) ma si fonda sulla mera legittimità dei singoli atti delle procedure, si viene a creare un clima di *sfiducia*, che comporta perdite di efficienza (poiché solo il rispetto della legalità formale, indipendentemente dai risultati raggiunti, mette al sicuro il funzionario pubblico dal pericolo di subire procedimenti giudiziari) e crea l'ambiente inefficiente nel quale può svilupparsi la corruzione.

*eccessiva remunerazione, dietro la quale si può nascondere una logica corruttiva, favorendo al tempo stesso l'emersione di elementi che permettono un controllo più diffuso come la trasparenza e l'accountability". Infine, egli conclude: "Mi spiego: se si crea un alert quando un certo bene è pagato oltre una certa cifra, vengono disincentivati comportamenti potenzialmente devianti. In questo senso vi è dunque un collegamento molto forte tra interventi di spending review e prevenzione della corruzione". L'intervento è pubblicato sul sito dell'ANAC (www.anticorruzione.it/). Si confronti anche il recente documento ANAC del gennaio 2018 *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, nel quale è espressamente sostenuta la tesi che l'analisi dell'efficienza dei contratti pubblici e lo sviluppo di indicatori di rischio corruttivo sono temi strettamente correlati. Secondo tale documento, "la potenzialità di utilizzo dei prezzi di riferimento elaborati dall'ANAC, non solo ai fini della "spending review" e dell'individuazione dell'inefficienza delle politiche di acquisto, ma anche della trasparenza e del contrasto alla corruzione, appare evidente dalla semplice e intuitiva considerazione che elevati eccessi dei prezzi rispetto a quelli di riferimento, per acquisti di beni/servizi simili, può presumibilmente essere imputabile a fattori di inefficienza, che possono a loro volta celare dei potenziali fenomeni corruttivi". Anche questo documento è disponibile sul sito dell'ANAC (<https://www.anticorruzione.it>).*

Corrupción y administración pública en Brasil

di Daniel Hachem

Abstract: Corruption and public administration in Brazil – The paper begins by describing the legal regime that regulates the fight against corruption in Brazil based on an extensive list of statutes and norms applicable to the subject. Subsequently, it elaborates a historical and critical exposition of patrimonialism as the basis of the construction of public and private relations far from ethics based on the public interest. It also highlights, from a sociological point of view, the problems of the reality that trusts in a symbolic combat to the corruption, through an abusive behavior of the controlling agents, although strongly supported by the public opinion. Then, it provides an analysis of the organs and entities of the Brazilian Public Administration based on a critical vision of its action, however, emphasizing the existence of a common constitutional nucleus of principles of sanctioning law related to the illegal activities of public agents.

Keywords: State corruption; Public administration; Public ethics; Public agents; Administrative sanctions.

1. El ilícito de corrupción administrativa en el sistema jurídico brasileño

La literatura viene esforzándose para establecer modelos que expliquen el fenómeno de la corrupción en el mundo y en Brasil.¹ Popularmente, la corrupción corresponde a una serie de actos que pueden comprender: ganancias ilícitas, fraudes, falsificación, malversación de capitales públicos, soborno, clientelismo, y otros. Ante eso, se vuelve difícil elaborar un concepto único sobre corrupción. Hay una escala bastante expresiva cuando se empieza a observar los pequeños desvíos del cotidiano, como el simple incumplimiento del orden en una cola² hasta el crimen organizado (cuyo acto corrupto es penalizado de forma especial por los Estados modernos).³

En el intento de delimitar un criterio para definirse la corrupción, algunos autores afirman que, en un sistema jurídico, cabe a la ley decir qué es la corrupción. A su vez, el Derecho se basa en la observación de la realidad de su ambiente (la cultura,

¹ LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

² Sobre el asunto, véase el interesante trabajo de: SANTANO, Ana Claudia; LOPES, Ana Paula Veiga. A ética da fila e a mercantilização de bens e serviços públicos no Direito Brasileiro. In: SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson (Orgs.). *Direito, mercantilização e justiça*. Curitiba: Editora da UFPR, 2016, p. 15-56.

³ BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. *Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro*, v. 30, n.3, p. 103-115, 1999. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acceso el: 25 Jun. 2014.

las costumbres y los valores impregnados en un momento histórico específico de la sociedad). De este modo es que son clasificadas ciertas conductas como algunos ilícitos de naturaleza penal, civil o administrativa.⁴ Todo depende del contexto geográfico y cronológico en el que se inserta la cuestión. O, como prefieren los historiadores culturales: hay una dependencia de la esfera de las mentalidades.⁵

Se nota, por lo tanto, que la corrupción es un fenómeno complejo, pasible de análisis a partir de múltiples perspectivas. Independiente del hecho de no existir un concepto jurídico único sobre lo que es, efectivamente, la corrupción, parece haber un fuerte consenso de que ella es un acto portador de una gran nocividad. Se admite, incluso, que la corrupción es un fenómeno capaz de influir hasta en el desarrollo económico-social de todo un país.⁶ Ante eso, mejor que ofrecer un concepto cerrado y terminado, Ana Claudia Santano propone la identificación de algunos “elementos” que deben estar presentes en la corrupción política para que ella sea así caracterizada: 1. La presencia de una autoridad pública; 2. Interés personal directo o indirecto en la obtención de alguna ventaja para sí u otra persona; 3. Conciencia de la ilicitud o del carácter reprochable de la conducta.⁷

Al observar dicho panorama, atendiendo a los compromisos internacionales asumidos en las convenciones de las Naciones Unidas, OEA y, principalmente, de la OCDE, la República Federativa de Brasil, en agosto de 2013, aprobó la llamada ley anticorrupción empresarial (Ley n° 12.846/13). En el ámbito internacional, ya hace algún tiempo que existe un sistema de combate a la corrupción con diversas acciones en este sentido.⁸

A nivel nacional, la Ley 12.846/2013 impuso una serie de normas e institutos jurídicos, entre ellos la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas que se relacionan de forma irregular con la Administración Pública.⁹ De esta forma, el Poder Público brasileño está aún más habilitado jurídicamente a manejar los desvíos de conducta de los más distintos órdenes. Fueron conferidos al Estado mecanismos administrativos eficaces y céleres para responsabilizar, educar y obtener el

⁴ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo; RIOS, Rodrigo Sánchez. *Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014. Disponible en: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2707>. Acceso el: 14 Jun. 2018.

⁵ CHARTIER, Roger. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.

⁶ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 89, p. 429-470, mar. 2011.

⁷ SANTANO, Ana Cláudia. O combate à corrupção política: algumas medidas importantes (e necessárias). In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson. *Eficiência e Ética no Direito Administrativo*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 32.

⁸ Sobre el asunto, es interesante la obra de Larissa Ramina: RAMINA, Larissa L. O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2003.

⁹ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015; GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance: una perspectiva desde la Ley Brasileña n° 12.846/2013. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 257-281, ene./jun. 2015.

resarcimiento de recursos públicos ante los actos de corrupción y fraudes practicados por personas jurídicas y sus agentes, especialmente en las licitaciones públicas y en la ejecución de los contratos.¹⁰ A dichos mecanismos administrativos se agregan, todavía, otros de perfil judicial.

Cabe subrayar que, hasta la creación de dicha norma, todavía no había en Brasil ninguna ley que volviera posible la aplicación de sanciones a las personas jurídicas involucradas específicamente en sobornos extranjeros, lo que violaba directamente al art. 2º de la Convención de la OCDE sobre el combate al cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. El art. 3º de la Convención dispone que, en el caso de que no se aplique la responsabilidad criminal, bajo el sistema jurídico del Estado miembro, sobre las personas jurídicas deberán los países signatarios someterlas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros.

En Brasil, había al menos tres leyes que podrían servir como posible base para imponer responsabilidad administrativa a las personas jurídicas involucradas en hechos de soborno extranjero: la Ley 8.666/93 (licitaciones); la Ley 6.385/76 (mercado de valores mobiliarios); y la Ley 8.884/94 (protección del orden económico). Sin embargo, según análisis expuesto en el informe sobre la aplicación de la convención sobre el combate al cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y la recomendación revisada de 1997 sobre el combate al soborno en transacciones comerciales internacionales de la OCDE de diciembre de 2007, ninguna de dichas normas generaba la perspectiva de que una persona jurídica sería juzgada por el delito de cohecho extranjero.¹¹

Según el informe de la OCDE, la Ley 8.666/1993 no podría ser aplicada conforme los objetivos de la convención, pues está relacionada a las licitaciones públicas domésticas y deja de traer sanciones monetarias a las personas jurídicas. Ya con relación a la Ley 6.385/76, por pertenecer al ámbito enteramente doméstico,

¹⁰ ORTOLAN, Marcelo A. Biehl, ROCHA, Iggor Gomes, REIS, Felipe A. Pizzato. Combate à Corrupção Nas Licitações e Contratos Públicos - Questões Centrais Do Projeto de Lei nº6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp.159-199; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017; AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015; FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016; FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016.

¹¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-OCDE. *Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao soborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao soborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007*. p. 63. Disponible en: <http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf> Acceso el: 01 Mar. 2018.

disponiendo solamente algunas penalidades para personas con cierta relación con la empresa y aplicándose sólo a las compañías abiertas, ella sería insuficiente para el cumplimiento de los arts. 2º y 3º de la Convención. Por fin, en lo que se refiere a la Ley 8.884/94, el informe afirma que se aplica específicamente al comportamiento contrario a la competencia, lo que podría indirectamente involucrar soborno extranjero, pero solamente si afectar el mercado brasileño, medida ésta también insuficiente considerando los objetivos de la Convención.

Teniendo en vista dicho panorama, la OCDE, después de analizar las medidas tomadas por Brasil en lo que se refiere al combate a la corrupción, recomendó una reforma legislativa para la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos de inmoralidad administrativa que involucren servidores públicos extranjeros.¹² Así, fue aprobado el Proyecto de Ley Ordinaria 6.826/2010, creando la llamada ley anticorrupción empresarial.

Dicha norma ingresó en el conocido “sistema legal de defensa de la moralidad”, compuesto por la Ley n° 8.429/1992 (Ley de combate a la improbidad administrativa), por la parte penal de la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos (arts. 90 *et seq.* de la Ley n° 8.666/1993), por la Ley n° 12.529/2011 (Ley de defensa de la competencia), por la Ley Complementar n° 135/2010 (llamada de la Ley de la “Ficha Limpia”, que impide a que condenados en órganos colegiados concurren o se presenten a los cargos electivos), y por el art. 312 del Código Penal (que disciplina de forma específica los delitos practicados en contra de la Administración Pública).¹³

Luego, la llamada ley anticorrupción se constituye como la más reciente pieza añadida a la construcción iniciada en 2003 de un Sistema Brasileño Anticorrupción.

¹⁴ Además, es sabida la influencia de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales – OCDE en la elaboración de la nueva ley anticorrupción empresarial, como también otros diplomas legales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,¹⁵ y de la Convención Interamericana contra la Corrupción,¹⁶ además de

¹² “En diciembre de 2007, Brasil todavía no había tomado las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por el cohecho de funcionario público extranjero, de acuerdo con sus principios legales. De la misma manera, los examinadores concluyeron que el actual régimen estatutario para la responsabilidad de personas jurídicas, en los términos de la legislación brasileña, es inconsistente con el Art. 2 de la Convención. Los Examinadores consideran dicha situación como un grave fallo de la ley que necesita ser urgentemente corregido”. Organização Para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico-OCDE. *Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007*. P.63. Disponible en: <http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf>. Acceso el: 01 Mar. 2018.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

¹⁴ HAGE, Jorge. *Avanço Irreversível*. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2014/06/1473939-jorge-hage-avanco-irreversivel.shtml>>. Acceso el: 26 fev. 2018.

¹⁵ BRASIL. Decreto n° 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília. DF, 1 fev. 2000.

la Convención de Palermo, que insertó la corrupción en el contexto de la criminalidad internacional.

Este amplio sistema de control de la Administración Pública tiene su potestad dispuesta tanto en la Constitución como en un enorme abanico legislativo. Con relación a eso, pueden ser identificadas otras leyes igualmente relevantes: (i) la Ley 4.898/65 (que establece la posibilidad de control popular); (ii) la Ley 8.429/92 (que reprime los actos de improbidad administrativa); (iii) la Ley 12.813/13 (que regula el conflicto de interés, imponiendo reglas especiales relativas a la ética pública en el Poder Ejecutivo Federal); (iv) el Decreto-ley 200/67 (que todavía sigue vigente en algunas de sus partes, aunque contenga un claro déficit constitucional); (v) el Decreto 201/67 (que establece los crímenes de responsabilidad de los alcaldes y concejales); (vi) la Ley Complementaria 64/90 (que define los casos de inelegibilidad de personas para cargos electivos); (vii) la Ley 10.180/01 (que instituye los Sistemas de Planeamiento y de Presupuesto Federal, de la Administración Financiera Federal, de Contabilidad Federal y de Control Interno del Poder Ejecutivo Federal); (x) la tradicional Ley n° 4.320/64 (que establece normas para control financiero); (xi) la Ley Complementaria 101/00 (que desarrolló un sistema rígido de responsabilidad fiscal al país). Y todavía merece que se aborde, aún, la Ley n° 4.717/65 (que instituye la Acción Popular¹⁷) y la Ley n° 12.527/11 (ley de acceso a la información).¹⁸

Esta es una pequeña muestra del complejo sistema normativo brasileño de control de la Administración Pública, que se agrega al Código Penal Brasileño (especialmente en su Título XI, que trata de los delitos contra la Administración Pública y al Código Electoral – cuya interpretación viene siendo cada vez más restrictiva en lo que se refiere a la conducta de los agentes que pretenden presentarse a los cargos electivos). Dichas normas son complementadas por un conjunto expresivo de decretos, disposiciones, resoluciones, instrucciones normativas, y toda suerte de actos normativos que objetivan fomentar la adecuada práctica de los actos administrativos por los agentes públicos. No faltan normas, por lo tanto, para la realización del combate a la corrupción. Desafortunadamente, el problema que surge a partir de este inmenso conjunto legal es la existencia de abusos por parte de los órganos de control, como también el menosprecio a estos diplomas normativos en el momento de la aplicación del juicio de los ilícitos y de la aplicación de las penas.

¹⁶ BRASIL. Decreto n° 4.411, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 out. 2002.

¹⁷ Tipo de demanda que está prevista en la legislación de algunos países, como Brasil y Colombia, y que tienen como objetivo la protección de bienes de uso público y para evitar daños contingentes de eso.

¹⁸ Sobre el tema en Brasil, véase: VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016; PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014; MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014; FERREIRA, Alexsandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 177-194, jul./set. 2013.

2. El fenómeno de la corrupción en la Administración Pública brasileña

La independencia del país y la Constitución de 1824 no produjeron resultados efectivos en el sentido de alterar las relaciones público-privadas típicamente coloniales del período antecedente. Solamente a título ilustrativo, es importante subrayar que, en la época, había más de 85% de individuos totalmente analfabetos. Además, las elecciones eran, en general, espectáculos simbólicos (por veces, violentos).¹⁹

El “sentimiento de nacionalidad” se desarrolla en Brasil solamente a partir del final del siglo XIX – principalmente por cuenta de la proclamación de la República, en 1889. Hasta entonces, lo que se veía era un patriotismo personalista regional. Desde el punto de vista formal, la República fue un reflejo que consolida esta nueva mentalidad, una vez que las lealtades provinciales fueron siendo remplazadas ante la formación de una lealtad nacional. ²⁰ Sin embargo, las prácticas de mezclar lo público y lo privado continuaron, e incluso se intensificaron.

En la Primera República (1889 a 1930), la confusión práctica entre lo público y lo privado y la ausencia de un verdadero sentimiento de ciudadanía todavía seguían siendo la regla. La descentralización subsidiaria típica del período, resultado de una copia formal del sistema federativo estadounidense, promovió el fortalecimiento de elites locales. De eso viene que el período terminó siendo caracterizado por el fenómeno más destacado del patrimonialismo brasileño: el llamado “coronelismo”. Aunque se admitan sus distintas formas de manifestación, su núcleo estructurante puede ser entendido como una manifestación específica del poder privado, es decir, de un modelo autoritario que logró coexistir con un régimen político de base representativa. Por este motivo, el “coronelismo” es “sobre todo, un compromiso, un cambio de ventajas entre los poderes públicos, progresivamente fortalecidos, y la decadente influencia social de los jefes locales”. ²¹

Otro rasgo importante que demuestra una imbricación constante entre lo público y lo privado dentro de la misma mentalidad es la propia formación del espacio jurídico-burocrático en Brasil. Las formas de constitución burocrática siempre “dependen de un ethos específico” necesariamente involucrado con el respeto, muchas veces exagerado, por las reglas formales típicas de este paradigma administrativo.²² De esta forma, mucho más que un fenómeno de la esfera público-estatal (como comúnmente es retratada), la burocracia consistió en una característica sobresaliente de la sociedad brasileña (de la elite política imperial, pero no sólo de

¹⁹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 61.

²⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 81.

²¹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 40. Traducción libre.

²² BURKE, Peter. *História e teoria social*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Vanâncio Majer. São Paulo: Unesp, 2002, p. 128.

ella).²³

Sin embargo, dicha burocracia nada tiene que ver con su correspondiente modelo teórico weberiano. La formación de la tradición público-privada en Brasil denotó una fuerte praxis pseudo-burocrática, ya que es contraria a sus postulados fundamentales (centrados en la impersonalidad por principio).²⁴ La burocracia brasileña fue corrompida por el patrimonialismo.

La tradición histórica brasileña trae rasgos como: la elección de las personas que ocupan cargos públicos hecha por intermedio de relaciones de confianza personal, la falta de especialización de funciones y la ausencia de acciones para que fueran asegurados derechos a los ciudadanos. Todo eso impedía la formación de una verdadera burocracia pública, que solamente era observada en algunas situaciones excepcionales. Consecuentemente, “no era fácil a los ocupantes de las posiciones públicas de responsabilidad, formados por dicho ambiente, que entendieran la distinción fundamental entre los dominios de lo público y de lo privado”.²⁵

Está claro que el fenómeno puede ser observado también en otros países. En diversas sociedades, la burocracia sucumbió a un sistema de “solidaridad vertical”, es decir, los “ahijados” no se unen por una ideología común, ni siquiera por programas políticos semejantes, sino por su relación directa y personal entre sí. Como muy bien explica Peter Burke, el sistema burocrático es comúnmente deformado para un “régimen de apadrinamiento” cuyo resultado es la transformación de riqueza en poder político; de este modo, se construye una tela social constituida por “relacionamientos personales entre individuos desiguales, entre líderes (o padrinos) y sus seguidores (o ahijados). Cada parte tiene algo a ofrecer a la otra” – volviéndose muchos de ellos contratantes y compañeros privados de los agentes públicos. “Los ahijados proporcionan apoyo político a los padrinos, como también deferencia, expresada en distintas formas simbólicas (gestos de sumisión, lenguaje respetuoso, regalos, contrataciones espurias, y otras manifestaciones). Ya los padrinos ofrecen hospitalidad, empleos, contrataciones espurias, protección a los ahijados”,²⁶ como también son beneficiados por diferentes formas de ventajas inadmisibles a partir de una comprensión ética de interés público.²⁷

Los Poderes Públicos brasileños se han demostrado instituciones cuya legitimidad es fruto de la amalgama entre los tres tipos ideales weberianos (tradicional, carismático y legal). En Brasil, el sistema jurídico todavía permite que las autoridades estatales requieran cargos, ventajas remuneratorias o pensiones. Está reservada a los agentes públicos la política en un sentido impropio, y con ella cierto

²³ La burocracia estatal en el periodo imperial era compuesta de diversos niveles y sectores, distinguiéndose tanto verticalmente como horizontalmente. Cf.: CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 145.

²⁴ WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 179.

²⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 24. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1992, p. 106.

²⁶ BURKE, Peter. *História e teoria social*. Op. cit., p. 104.

²⁷ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

irrespeto a la cosa pública. Además, aunque beneficiarios de un sinfín de ventajas, viven inmersos en su demagogia. Los discursos son siempre racionales, pero basados en el más banal de los moralismos (y eso se aplica indistintamente a los tres Poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial). Muchas veces, el procedimiento formal es observado, pero solamente para esconder un ulterior desvío de finalidad o de abuso de poder. Desafortunadamente, aunque con todo el sistema de control existente, se ha admitido dichos desvíos con el beneplácito del Poder Judicial – cuya selectividad en el combate a la corrupción y en la defensa de la ética pública es evidente.

Mientras tanto, Brasil se encuentra en una situación muy incómoda en los rankings internacionales de falta de transparencia y de mayor nivel de corrupción. Hay, incluso, una tendencia de rebajamiento continuo en los últimos años. En 2016, Brasil se ubicó, por ejemplo, en la 76° posición, entre 176 países listados, lo que ya no puede ser más considerado un resultado positivo.²⁸ Ya en 2017, hubo un empeoramiento en el cuadro, con el país cayendo a la 96° posición, considerándose 180 países.²⁹ Dicho índice es un demostrativo impactante, pese a que estos datos deben ser analizados con cuidado, una vez que el propio sistema de combate ostensivo (y mediático) actualmente utilizado por los órganos de control y, principalmente, por el Poder Judicial, fomenta una percepción exagerada y distante de la realidad del problema. Además, la utilización de listados comparativos para la medición de la corrupción en realidades globales tan distintas puede ser una forma adecuada de comprensión de la cuestión, así como los métodos de investigación usados, aunque necesiten ser aceptados con cuidado y espíritu crítico.³⁰

3. Moralidad administrativa y opinión pública en la actualidad

Formalmente legal, simbólicamente carismática y fácticamente tradicional, la legitimidad de los agentes públicos brasileños es un reflejo de una sociedad eclética y que tiene un agente conductor de su opinión: los medios institucionales (sean aquellos que pretensamente prestan un servicio público, o aquellos que desarrollan una actividad económica en sentido estricto). Se trata de la llamada “Gran Prensa”, que en Brasil es tradicionalmente la representante mayor de los intereses del capital estamental.³¹

La sociedad brasileña históricamente tiene demandas que, en general, no favorecen la existencia de un “sentimiento constitucional”. Según aclara Agassis

²⁸ SALOMÃO, Lucas. Brasil está em 79° lugar entre 176 países, aponta ranking da corrupção de 2016. *Portal G1*. 13 mar. 2017. Disponible en: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-esta-em-79-lugar-entre-176-paises-aponta-ranking-da-corrupcao-de-2016.ghtml>>. Acceso el: 15 Mar. 2018.

²⁹ MENDONÇA, Eloisa. Brasil piora 17 posições no ranking de corrupção da Transparência Internacional. *El país*. 21 fev. 2018. Disponible en: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/20/politica/1519152680_008147.html>. Acceso el 15 Mar. 2018.

³⁰ SANTANO, Ana Claudia. A medição da corrupção como avaliação do desenvolvimento e eficácia de políticas públicas: alguns métodos disponíveis. In: GONÇALVES, Oksandro; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. (Org.). *Desenvolvimento e Sustentabilidade: Desafios e Perspectivas*. 1ed. Curitiba: Íthala, 2015, v. 1, p. 353-372.

³¹ ABRAMO, Perseu. *Padrões de Manipulação da Grande Imprensa*. 2 ed., São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

Almeida Filho: “entre nosotros, hay un sentimiento constitucional insuficiente como para crear una democracia constitucional debidamente legitimada, lo que no impide que dicho sentir sea despertado por una actuación constitucionalmente adecuada de los organismos estatales”.³² Es decir, “el ejercicio democrático de la democracia” mencionado por el autor ni siempre ocurre de forma espontánea, aunque siga siendo formalmente una realidad constitucional. Es al revés: por veces es la propia población que, democráticamente, actúa en contra de dicho ejercicio, sea en su actuación directa, por medio de una “autotutela de intereses”, sea por el apoyo (o no) a sus representantes electos, por motivaciones ni siempre legítimas desde el punto de vista ético-constitucional, aunque ciertamente fundamentados por el principio democrático.

Pese a que la doctrina no conceda mucha atención a la cuestión de la común incompatibilidad práctica entre la voluntad popular y el sentimiento constitucional, buscando siempre compatibilizar los elementos, el hecho es que hay una tendencia a la tensión entre la democracia y los derechos fundamentales en Brasil en el plan fáctico. Es decir, no se está tratando propiamente de una tensión en la teoría, sino en la práctica.

Después de las elecciones de 2014, Brasil pasó a vivir un momento de regreso de demandas sociales y de manifestaciones de interés que estaban ocultadas (o fueron ocultadas) durante los veinte años del periodo post-dictadura. Lo que estuvo en boga en este periodo fue la ampliación de la justicia social, de la participación popular,³³ de la alteridad, de la solidaridad, de la defensa del medio ambiente y del rechazo al prejuicio, como ideas-fuerza típicas de un imaginario constituido por la doctrina en el entorno de la Constitución de 1988. Se trata de una ciencia del Derecho que valoriza los derechos fundamentales y que fue, lentamente, recibida por la actuación judicial – una teoría no sólo de libertad e igualdad, sino de fraternidad. La actividad administrativa del Estado, así como la legislativa, con algunas barreras, terminó condicionándose a la doctrina y a la jurisprudencia (que pasó a ser llamada de neoconstitucional).

Sin embargo, dicha evolución fue facilitada por el surgimiento de importantes conquistas en términos económicos e institucionales. Después de una fase oscura pre-constitucional, las décadas de 1990 y 2000 se demostraron importantes en el

³² ALMEIDA FILHO, Agassis. Prefácio. In: VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. XVII. Traducción libre.

³³ BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015; BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015; BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017.

proceso de maduración de Brasil como un Estado en vías de desarrollo.³⁴ Más que eso: la concepción de un modelo de Estado social no subsidiario consagrado en 1988, pero con fuerte dificultad para volverse efectivo, pasó a conquistar la mente del establishment jurídico nacional. No obstante sus constantes reformas coyunturales e intentos de reformas estructurales vividos en un ambiente tendencialmente postmoderno, la Constitución brasileña aún resiste intentando implantar las conquistas de la modernidad.³⁵

La segunda década de este siglo, sin embargo, parece denotar un nuevo momento. Un momento en el que tres factores parecen conducir a una situación de desestabilización institucional y social: 1. La fuerte presencia del internet en la vida cotidiana de la población de clase alta y media; 2. El retroceso del país en términos de estabilidad económica; y 3. La transformación de la corrupción en un fenómeno mediático. Dichos factores ponen en evidencia que la medición de la voluntad popular depende de requisitos materiales, es decir, se hace necesaria una “democracia madura” en la que el ejercicio de la ciudadanía no se resume al voto periódico. La participación política demanda nuevas y más cualificadas formas de actuación colectiva en la arena pública, lo que es una exigencia compleja cuando se considera la tradición brasileña.³⁶

La falta de una noción republicana y de un espíritu de comunidad en la sociedad es un rasgo tradicional, es decir, hay en Brasil la carencia de la construcción de un espacio verdaderamente público.³⁷ Una situación que resulta en el mantenimiento de un fuerte espectro patrimonialista e individualista en las relaciones sociales que fomenta la corrupción no sólo por el Estado, sino también en toda la sociedad – espectro este que, a su vez, es reforzado por el retraso en el proceso de desarrollo económico y social (en términos de vivienda, educación, salud, saneamiento básico y transporte).

Estos elementos han propiciado distintas consecuencias en la sociedad actual. Por un lado, el pueblo brasileño es fuertemente cohesivo en lo que se refiere a un ideal nacionalista (en Brasil, los sujetos pertenecen, en primer lugar, a su país, después a su ciudad, y por último a su provincia). Por otro lado, hay una fragmentación oculta y que, por primera vez en la historia, está entrando en ebullición. Esto es un reflejo directo de la concreción de los derechos fundamentales posibilitada por la Constitución de 1988 y por el surgimiento de autoridades públicas comprometidas con su modelo de Estado y de la Administración Pública. Cabe

³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

³⁵ GABARDO, Emerson. Mecanismos de Intervención del Estado en Brasil, postmodernidad y la cuestión de la subsidiariedad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 59-71, jul./dic. 2014.

³⁶ BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da Administração Pública. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.

³⁷ Este asunto fue tratado con mayor profundidad en GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 123 e ss. Véase también: SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017.

subrayar que esta realidad nunca fue una demanda del mercado, ya que el alto empresariado tiene una inercia refractaria a dicha pauta, aunque de ella obtenga ventajas cuando surgen oportunidades típicas del desarrollo.

El fenómeno de la corrupción, a su vez, creó una única gran unanimidad nacional, haciendo que el pueblo, radicalmente, pasara a tener una gran simpatía por el ambiente de “caza a las brujas” que se dio inicio.³⁸ Después de un periodo de fuerte expansión formal y material, los derechos humanos asumieron una representación paradójicamente negativa en el imaginario popular. Para los medios, lo que importa es el combate a la corrupción – ya que dicho adagio tiene una increíble capacidad de anestesiar a la gente en relación con todos los otros problemas. En realidad, el énfasis en este asunto no pasa de una estrategia de las grandes corporaciones de los medios, como también de las elites beneficiarias, para la conquista y mantenimiento del poder.³⁹ Esto no significa que la corrupción sea un problema menor, sino que está lejos de ser el único. Además, no parece ser lógico combatir la corrupción mediante la aceptación de abusos antiéticos y metajurídicos de los órganos de control.⁴⁰

4. Sistemas de control de los actos administrativos

La más importante e impactante forma de control de los actos administrativos en Brasil es el control judicial (una forma de control externo), una vez que, a partir de la proclamación de la República en el final del siglo XIX fue abolido el contencioso administrativo (inspirado en el modelo francés) y adoptada la jurisdicción única (inspirada en el modelo anglosajón americano). La actual Constitución brasileña prescribe en su art. 5º, inciso XXXV, que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”. Actualmente, debido a la influencia del paradigma neoconstitucional y del fenómeno del neoconstitucionalismo, dicho control se ha vuelto cada vez más poderoso e interviniente en las actividades legislativas y ejecutivas, causando un desequilibrio en el sistema y poniendo en jaque la doctrina tradicional respecto del tema – la actuación del Poder Judicial ocurre con el objetivo de ser hecha justicia en el caso concreto, entre otras formas, por medio de la anulación de actos, por intermedio de las obligaciones de hacer impuestas en la esfera de las políticas públicas, y en los casos de aplicación de penas propiamente dichas, por improbidad o por la práctica de delitos, muchas veces sin el debido amparo legal.

³⁸ Es interesante observar como el pueblo no distingue el fenómeno de la corrupción de su combate. Según la Transparencia Internacional, para más de 78% de los brasileños, la corrupción aumentó en 2016 con relación al periodo anterior. Si eso fuera realmente verdad, significa decir que los mecanismos radicales de combate a la corrupción aplicados por el Poder Judicial en los últimos años están teniendo un miserable resultado. Cf.: FUJITA, Gabriela; MARCHAO, Talita. 78% dos brasileiros dizem sentir aumento da corrupção, diz Transparência Internacional. *UOL Notícias*. Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/10/09/78-dos-brasileiros-dizem-sentir-aumento-da-corrupcao-diz-transparencia-internacional.htm>. Aceso el 09 Out. 2017.

³⁹ La referencia a Maquiavelo aquí es obvia. Ver: SKINNER, Quentin. *Maquiavel*. Tradução de Maria Lucia Montes. São Paulo: Brasiliense, 1988.

⁴⁰ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

Desde el punto de vista de los demás controles, en general, la doctrina brasileña lista cinco principios a ser observados, visando a la calidad de la fiscalización: principio de las relaciones intersectoriales (que exigen la desvinculación de los sujetos controladores y de los controlados), principio de la independencia técnico-funcional (que exige condiciones autónomas para el ejercicio de la potestad que le es atribuida), el principio de la relación coste-beneficio (que obliga a una evaluación de las compensaciones resultantes de la intervención controladora, para que no se provoque una consecuencia peor de lo que si no existiera), el principio de la cualificación adecuada (que requiere a los integrantes del cuerpo de controladores una expertise específica, a partir del objeto a ser controlado) y el principio de la adherencia a las directrices y normas (que exige un respeto al ordenamiento positivo sin vinculación a la literalidad de la ley, sino también sin la sustitución del administrador – este sí el responsable de encontrar la opción óptima).⁴¹

Dichos principios deben incidir sobre la actuación de los órganos y entidades responsables del control de la actividad pública. En Brasil, generalmente es utilizada una clasificación orgánica respecto del sistema de control de la Administración Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello, refiriéndose al control interno y externo, los difiere a partir del criterio de ser o no realizado por los propios órganos que ejecutan la administración activa. El autor también propone que el control de la administración descentralizada hecho por la administración central puede ser incluido en este espectro, y, a partir de eso, es llamado de control “interno exterior”.⁴²

Sin embargo, existen los controles administrativos propiamente dichos. Es interesante destacar la actividad de “control fiscalizador” ejercido por los Tribunales de Cuentas (órganos de control por excelencia) y por la Fiscalía, en Brasil llamada de Ministerio Público, cuya importancia ha crecido mucho en los últimos veinte y cinco años. Ambos son verdaderos Poderes, en la medida que, desde un punto de vista orgánico, Poderes nada más son de que estructuras fundamentales del Estado, según la Constitución de la República de 1988, considerando su autonomía estructural, financiera y funcional (aunque no consten en el art. 2º de la Constitución con dicha denominación).⁴³

La Fiscalía, a su vez, es controlada administrativamente y financieramente por un organismo central llamado Consejo Nacional del Ministerio Público (abreviatura en portugués, CNMP). El CNMP es un órgano análogo al Consejo Nacional de Justicia,⁴⁴ que fue creado para el control administrativo del Poder Judicial y que tiene como objetivo “perfeccionar el trabajo del sistema judicial brasileño, principalmente en lo que se refiere al control y a la transparencia administrativa y procesal”.⁴⁵

⁴¹ CASTRO, Rodrigo Aguirre Pironti. *Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 99 y ss.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 963.

⁴³ El art. 2º de la Constitución brasileña establece: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁴⁴ El CNJ fue creado por la Enmienda Constitucional nº 45 de 2004 e instalado el 14 de junio de 2005 (art. 103-B de la Constitución Federal).

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Quem somos*. Disponible en: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acceso el: 15 Mar. 2018.

El Poder Ejecutivo es compuesto por distintas entidades de control interno y externo. Como control de las actividades externas, merecen mención las agencias reguladoras, que son autarquías especiales (que tienen, por lo tanto, personalidad jurídica propia). Las agencias tienen la función de regular sectores económicos privados (como es el caso de la ANP – Agencia Nacional de Petróleo, y el BACEN – Banco Central de Brasil), o tiene como función regular sectores específicos de prestación de servicios públicos (como la ANEEL – Agencia Nacional de Energía Eléctrica, y la ANATEL – Agencia Nacional de Telecomunicaciones).⁴⁶

Fuera del espectro de las agencias, la Contraloría General de la Unión – CGU es un órgano interno de la Unión (sin personalidad jurídica) con importante poder de fiscalización de las actividades inherentes al Poder Ejecutivo federal y de los convenios con las demás entidades federativas.⁴⁷ También es de responsabilidad de la Contraloría la adopción de programas de simplificación de los procedimientos administrativos. Recientemente fue editado, por ejemplo, el Decreto 9.094/17, que trata sobre la simplificación del atendimento prestado a los usuarios de los servicios públicos e instituye la “Carta de Servicios al Usuario” – un documento importante en la búsqueda por la mejora de la actividad administrativa no solamente en lo que se refiere a los aspectos éticos, sino también de la eficiencia.

Dentro de la CGU, cabe mencionar, aún, en portugués, la “Ouvidoria Pública”, como una especie de órgano vigilante que recibe y procesa denuncias, quejas y elogios relativos a las acciones de los agentes públicos.⁴⁸ A nivel federal, por lo tanto, existen diversos mecanismos que posibilitan la participación de los ciudadanos en el proceso de decisión administrativa de las autoridades. Y la idea de la legislación vigente es fomentar que, poco a poco, dichas herramientas sean diseminadas en todos los Estados federados y municipios del país. De hecho, en los Estados federados y en los municipios, existen las contralorías locales y sus propias “ouvidorias”, aunque su creación no sea obligatoria en los términos de la Ley 13.460/17, que fue la primera de la historia a crear un código del usuario del servicio público.⁴⁹

Es posible, así, afirmar que en Brasil no faltan normas ni entes u órganos de control de la Administración Pública. Y realmente es necesario que existan órganos de control, para que sea recompuesto el orden público cuando violado (y para la prevención también). Se comparte de la posición de Mauricio Zockun, que entiende que es “necesario que el ordenamiento jurídico siempre contemple, en su núcleo, prescripciones destinadas al restablecimiento de la desarmonía causada por la desobediencia a uno de sus comandos normativos”.⁵⁰ Por otro lado, es problemático

⁴⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 237 y ss.

⁴⁷ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Site*. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/>>. Acceso el: 15 Mar. 2018.

⁴⁸ ROMÃO, José Eduardo Elias. A efetividade da ouvidoria-geral da União. In: MENEZES, Ronald do Amaral; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito (Orgs.). *Ouvidoria Pública Brasileira: reflexes, avanços e desafios*. Brasília: IPEA, 2016, p. 187.

⁴⁹ GABARDO, Emerson. O Novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17. *Direito do Estado: Colunistas*. Ano 17, n. 367. Disponible en: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>>. Acceso el: 15 Mar. 2018.

⁵⁰ ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31.

cuando la pluralidad de entes y de órganos responsables de la recomposición es exagerada, incluso se sobreponiendo a sus fines.

Sin embargo, ¿cuáles han sido las consecuencias de este enredado tan grande de reglas y órganos encargados de fiscalizar la actividad administrativa? ¿Más eficiencia? ¿Más calidad de decisión? Es muy plausible afirmarse que no.

En Brasil, no ha habido una real desvinculación entre los sujetos controlador y controlado; ni siempre se hacen presentes las condiciones de autonomía mínimas para el ejercicio de la potestad en carácter primario; muchas veces la acción de control provoca un resultado peor al interés público de lo que la propia acción controlada (aunque irregular); es común el agente controlador no tener expertise, ni general y tampoco específica, sobre el asunto que les corresponde, y la actividad controladora ha promovido una verdadera sustitución del controlado por su controlador.

Ejemplo de eso es el más reciente éxito de la tesis del “control activo”.⁵¹ Ha sido común en la doctrina defender que el control de la legitimidad debe corresponder a un “control de gestión”, es decir, que exige un “análisis de resultados”. En estos términos, el control incluiría la “apreciación de la justicia y del coste-beneficio” de las acciones administrativas ante el atendimiento a las demandas sociales.⁵² El enfoque aquí es el control originado de la prevención constitucional del art. 70 de la Constitución de la República, que se reporta tanto al sistema interno como al externo.⁵³ El control interno (destacándose el realizado por los órganos autónomos, como las “ouvidorias”, las inspecciones, las contralorías, etc.) cada vez más ha sido considerado como un efectivo instrumento de gestión – a partir de una sustitución de la noción clásica de administración por la contemporánea de gobernanza.⁵⁴ En este ámbito, cabe subrayar la figura del compliance.⁵⁵

Sin embargo, quien más ha ejercido en la práctica dicha potestad fueron los Tribunales de Cuentas.⁵⁶ Algunos autores defienden que la fiscalización de dichos tribunales debe verificar si la acción administrativa atendió al “bien común”, que sería representado por un análisis de la atención a los principios y fines de la norma

⁵¹ BULIGON, Diego; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves. Controle interno na administração pública como instrumento de governança e governabilidade na gestão pública. In: *VIII Congresso Nacional de Excelência em Gestão*. Disponible en: <http://www.excelenciaemgestao.org/portals/2/documents/cneg8/anais/t12_0499_2988.pdf>. Acceso el: 2 Ago. 2017.

⁵² KABBAS, Adriana Pigotto. *A atuação dos Tribunais de Contas frente aos direitos sociais prestacionais*. Porto Alegre, 2008. 36 f. Monografía (Especialização em gestão pública e controle externo) – Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Jurema do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

⁵³ “La fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la administración directa e indirecta, en lo que se refiere a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de las subvenciones y renuncia de ingreso, será ejercida por el Congreso Nacional, mediante control externo, y por el sistema de control interno de cada Poder”. Traducción libre.

⁵⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23 y ss.

⁵⁵ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

⁵⁶ Un resumen de las atribuciones de los Tribunales de Cuentas puede ser conferido en: BLANCHET, Luiz Alberto. *Direito Administrativo: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável*. 6. ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 210.

jurídica (otra vez más, aquí, se puede observar una vinculación a la legalidad en sentido amplísimo). Con todo, dicha defensa va más allá, una vez que menciona expresamente la adecuación de la incidencia en el control externo de proposiciones venidas desde instituciones internacionales de acreditación y de estandarización.⁵⁷ En este sentido, dicha visión merece una reflexión más profunda y crítica.

Se verifica que parte de la doctrina brasileña sufre influencia de entendimientos de control venidos desde áreas distintas a la jurídica (como la económica y de la administración privada), así como de realidades normativas que no son compatibles con la sistemática brasileña.⁵⁸ Esto termina por resultar interpretaciones equivocadas. Parece más correcto entender la verificación de los Tribunales de Cuentas solamente a partir de un control formal (de legalidad y economicidad). Sin embargo, en la práctica, ha prevalecido un análisis material (de mérito político), principalmente en los Estados federados y municipios.⁵⁹ Consecuentemente, es común la reprobación de cuentas por actos que no son directamente imputables al jefe del Ejecutivo (confundiendo sus actos con los de sus subordinados) – lo que ciertamente es algo contrario a la lógica del sistema (una lógica que obliga, incluso, a penas de carácter personal al agente público).⁶⁰

5. Sanciones aplicables a los agentes públicos

El ejercicio de las funciones ordinarias por parte de los agentes públicos, en general (principalmente en los municipios) ha sido difícil en Brasil. La tensión viene desde la dificultad en saber cuál es la interpretación adecuada del ordenamiento jurídico en un ambiente jurisprudencial muy inestable. Es común existir posiciones jurídicas diversas (por veces contradictorias) entre los propios agentes de control – con las comunes

⁵⁷ FRANÇA, Antonio Marcos Barreto. *Do controle da legalidade às auditorias operacionais: os Tribunais de Contas e o Controle financeiro da administração pública brasileira*. São Paulo, 2012, 75 f. Dissertação (Mestrado em Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas –FGV.

⁵⁸ Una de las normas frecuentemente utilizadas llega a afirmar la importancia de la verificación de la “voluntad del legislador”, además de la defensa ampliada tanto de la eficiencia como de la efectividad de la acción pública. Cf: “*The form of public management employed will necessarily influence priorities in performance auditing. In countries where public management is mainly concerned with means and less involved with ends, audits also tend to focus on whether rules have been observed and enforced rather than whether the rules serve or are seen to serve their intended purpose. In countries that have acknowledged management by objectives and results, the audit focus is different. Public sector management generally displays a combination of these philosophies. As mentioned above, management by objectives and results tends to promote interest in auditing efficiency and effectiveness. As a result, the auditor might not have to confront a traditional, rule-bound government administration but an administration whose mandate has been widened considerably in terms of how the intentions of the legislature should be put into operation and which means should be employed in order to achieve them.*” ISSAI 3000. *Standards and guidelines for performance auditing based on INTOSAI's Auditing Standards*. INTOSAI Professional Standards Committee. Copenhagen, 2004, p. 20. Disponible en: <http://www.issai.org/media/13224/issai_3000_e.pdf>. Acceso el: 2 Mar. 2018.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 972.

⁶⁰ Rodrigo Valgas dos Santos abre una divergencia con relación a la posición de Celso Antônio Bandeira de Mello, siendo aún más radical al rechazar la posibilidad de constar en el informe previo los actos personalmente imputables que sobrepasen a los de ejecución presupuestaria, estos sí típicos de “cuentas anuales”. Cf.: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Procedimento administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 90.

divergencias entre la Fiscalía (Ministerio Público) y los Tribunales de Cuentas. Esto tiene resultado en un conservadurismo por parte de la Administración Pública.

Cada vez más son exigidas respuestas innovadoras por parte de los agentes públicos (innovación en términos de respuestas sustanciales a los problemas, no innovación jurídica, que es una potestad de la función legislativa). Dicha innovación, sin embargo, tiene un serio riesgo de resultar en una responsabilidad civil, penal y administrativa del agente público, y por esa razón pasa a ser evitada.⁶¹

La multiplicidad de interpretaciones vuelve difícil la toma de decisiones, pues los agentes necesitan atentarse a un conjunto significativo de normas (muchas de ellas de carácter técnico), que vienen desde distintos Poderes, entes y órganos. Dichos sujetos controladores pueden actuar mediante demandas administrativas comunes, especiales, demandas judiciales civiles ordinarias, especiales, y acciones criminales.

En Brasil, la adopción de un entendimiento radical del principio de separación de las instancias ha resultado en una penalización en *bis in idem* que puede generar no sólo la reparación del daño, sino una multiplicidad cumulativa de multas, además de sanciones como suspensión de los derechos políticos, pérdida del cargo y prohibiciones de ejercicio de derechos.⁶² Este es un resultado muy malo originado a partir de esta realidad. Sin embargo, hay otro lado también muy interesante que merece ser comentado.

Hay que reconocerse la existencia de un sistema común sancionador a los agentes públicos, fruto de la constitucionalización del tema – que condiciona las más distintas normas reguladoras y entes fiscalizadores. Temas que, en otros países, son existentes solamente en la ley infra-constitucional y en reglamentos fueron elevados a una categoría normativa jerárquicamente superior en Brasil.⁶³ Dicha sistemática, como ya se ha dicho, tiene sus puntos positivos y negativos.

Cuando el art. 5º, inciso XLVI, de la Constitución dispone: “la ley regulará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: a) privación o restricción de la libertad; b) pérdida de bienes; c) multa, d) prestación social alternativa, e) suspensión o interdicción de derechos”, el dispositivo no establece que su contenido se limita a los delitos, es decir, no dice que este texto es de Derecho Penal, es de Derecho Administrativo o de Civil. Existen disposiciones penales que imponen obligaciones como la multa, que suspenden derechos como la prohibición de participar en licitaciones, que extinguen relaciones jurídicas, o, todavía, que excluyen derechos – como es el caso de la dimisión (pérdida del cargo público). De todas formas, son todas penas y, por lo tanto, es difícil ser alejada la proposición de que existe un Derecho Constitucional Penal o un Derecho Constitucional Sancionador,

⁶¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017.

⁶² Hubo oportunidad de manifestarse con mayor detalle respecto del asunto en trabajo anterior. Cf.: GABARDO, Emerson. A nova lei anticorrupção brasileira: aspectos controvertidos e os mecanismos de responsabilização das pessoas jurídicas. *Nuove Autonomie*, n. 03, jul./set. 2014, p. 421 e ss.

⁶³ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

que requiere un régimen jurídico o un Derecho público de intervención, que es el núcleo común del Derecho Penal, del Derecho Administrativo o, incluso, del Derecho Civil.⁶⁴

Daniel Ferreira es uno de los autores que destaca dicha situación, reconociendo la existencia de una “Teoría General de la Infracción”, que termina por aplicar principios de Derecho Penal (o criminal) en otras áreas y, particularmente, el Derecho Administrativo. Cabe resaltar, por lo tanto, la existencia de elementos que sobrepasan estas ramas del Derecho, como son didácticamente establecidas, a partir de una derivación directa del Derecho Constitucional.⁶⁵ A nivel constitucional se debe pensar en una noción de unidad en la responsabilidad y sanción de los agentes públicos.

El exministro del Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, afirma que la Constitución es un todo orgánico, donde “todo es uno”. Dicha expresión casi que poética es oportuna para el análisis de este tema, ya que se está tratando básicamente de derechos fundamentales contenidos en la Constitución. ¿Será posible compartimentar estos derechos y decir que ellos tienen naturaleza y efectos de derechos fundamentales para el Derecho Penal, pero no para el Derecho Administrativo? ¿Sería posible crear estas diferencias sin que ellas tengan origen constitucional? ¿Podría la ley instituir realmente una discrepancia de esta naturaleza? Parece que no, pues “dichos principios del régimen jurídico punitivo resultan de la opción constitucional por un Estado de Derecho”, en razón de que “ni mismo carecían de previsión directa en el texto constitucional”.⁶⁶

El análisis de la inmoralidad, bajo los puntos de vista del control de los actos y de su posible anulación (o incluso de su convalidación) y del ángulo sancionador (ya sea el sancionador criminal en sentido estricto, sea el sancionador administrativo, o, más precisamente, el sancionador de la ley de improbidad), exige un estándar homogéneo de interpretación jurídica. Y cabe observar que, en realidad, dicha perspectiva, en cierta medida, es aceptada por los tribunales, incluso por el Superior Tribunal de Justicia.⁶⁷

Es debido a ello que parece razonable imaginar que, efectivamente, el art. 5º, XLV y XLVI, de la Constitución, que disponen sobre la individualización de la pena

⁶⁴ “Ontológicamente los ilícitos penal, administrativo y civil son iguales; hacen parte de un instituto jurídico determinado: los ilícitos jurídicos. Las diferencias existentes entre los ilícitos penal, administrativo y civil constituyen manifestaciones de un mismo concepto, que no es propio de esta o de aquella disciplina, antes comprenden todos los tipos de ilícitos del ordenamiento.”, cf.: VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30. Traducción libre.

⁶⁵ Son muy ilustrativas las palabras del autor, que afirma que “el Derecho Administrativo Sancionador necesita adelantar el paso, para que no nazca ya con déficit de validez. Y el motor propulsor de este pretendido avance debe ser la construcción y efectiva adopción de una ‘Teoría General de la Infracción’ – tanto por la Administración Pública, como por la doctrina y por la jurisprudencia – obviamente basada en todo lo que se extrae de la Constitución de 1988 y del sistema jurídico vigente.” Cf.: FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72. Traducción libre.

⁶⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104.

⁶⁷ En el Recurso Especial 926.772/MA, los ministros reconocen categóricamente que en la acción de improbidad son aplicables los principios de Derecho Penal (REsp nº 926.772 – MA, Rel.: Min. Teori A. Zavascki, Primeira Turma, J. 28/04/09).

y establecen que ninguna pena pasará de la persona del condenado,⁶⁸ así como el principio de no bis in idem, tienen que ser aplicados. Eso hace reflexionar un poco incluso sobre el art. 12 de la Ley de Improbidad Administrativa, una vez que dicho dispositivo dispone que “independientemente de las sanciones penales, civiles y administrativas, previstas en la legislación específica, está el responsable del acto de improbidad sujeto a las siguientes conminaciones (...)”, es decir, según la interpretación directa de la norma, el sistema brasileño termina por tener cuatro posibilidades: las penales, las civiles, las administrativas y “las de improbidad”. Aparentemente, o bien dicho dispositivo legal tiene una mala redacción, o bien se trata de previsión inconstitucional, con el riesgo de herir el principio de no bis in idem que es, incluso, reconocido por tratados internacionales.

¿Y el principio de la mínima intervención? ¿Pertenece solamente al Derecho Penal? Parece que no. Dicho carácter subsidiario del Derecho Penal también se impone a las acciones de improbidad administrativa, que no son para cualquier tipo de objeto que se encuadre genéricamente en sus “tipos infraccionales” extremadamente abiertos tipos, siendo incluso polémico reconocerse una efectiva existencia de “tipos infraccionales” en el caput de cada uno de aquellos incisos de la ley de improbidad. Y en realidad eso ha sido reconocido por la doctrina, a punto de reconocerse que la ley de improbidad “sirve para el administrador deshonesto, no para el inhábil”.⁶⁹

La idea supra retrata justamente la noción de la mínima intervención o intervención subsidiaria, una noción general a partir de la que se combinan otros principios importantes, como el de irretroactividad de la ley más gravosa o el de proporcionalidad (prohibición de exceso). La acción civil de improbidad administrativa debe ser adecuada y necesaria, refiriéndose específicamente a la gravedad de la conducta. En el mismo sentido camina el tradicional principio de culpabilidad. La sanción no debe ser retributiva; ella no sirve como una venganza, una vez que tiene un carácter predominantemente preventivo. De eso resulta un análisis efectivamente del perfil subjetivo de las conductas, que ha sido reconocido como un conjunto mayor o menor de excepciones. Finalmente, se hace necesario destacar que todo este raciocinio está perfectamente consonante al principio de debido proceso legal.

Son todos principios que suelen conectarse fuertemente al Derecho Penal, en el sentido de un Derecho Criminal. Sin embargo, son normas que no se restringen al Derecho Penal. Se tratan de principios constitucionales de un Derecho sancionador general y que, por lo tanto, deben aplicarse a los procesos administrativos sancionadores y también a las acciones de improbidad, porque esta es la perspectiva de un Estado de Derecho; esta es la visión de un Estado que reconoce derechos

⁶⁸ Art. 5º, XLV: “ninguna pena trascenderá de la persona del condenado, pudiendo extenderse a los sucesores y ser ejecutadas contra ellos la obligación de reparar el daño y la decisión de privación de bienes, en los términos de la ley, hasta el límite del valor del patrimonio transmitido”. Art. 5º, XLVI: “la ley regulará la individualización de la pena (...)”.

⁶⁹ “El objetivo de la Ley de Improbidad es punir el administrador público deshonesto o inhábil”. Cf.: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 4. Vide también, e.g., MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 675.

fundamentales que no pueden sufrir una interpretación restrictiva. Por lo tanto, el principio de tipicidad tiene que ser aplicado al Derecho Administrativo, incluso en los casos referentes a la improbidad, teniendo dicho principio una doble función: una de instituir previsibilidad de las acciones, y otra de limitar la discrecionalidad en la aplicación de sanciones a los agentes públicos.

Profesores como Romeu Felipe Bacellar Filho vienen defendiendo mucho esta tesis, proponiendo expresamente la necesidad de previsión legal, en el Derecho Administrativo, de los límites de la discrecionalidad tanto de los tipos como de las penas (es decir, las bases de la aplicación legal también tienen que constar en la ley). Y más que eso, dicha tipicidad no puede ser solamente una de perfil formal, ella también tiene que ser material.⁷⁰

Y no es sólo la doctrina que hace esta defensa. Existen decisiones interesantes que pueden ser utilizadas para fundamentar esta posición. Hay una importante decisión de la Suprema Corte brasileña en Habeas Corpus en el que son instituidos algunos criterios o características de lo que sería una atipicidad material de las conductas; es decir, aunque la conducta fáctica se encuadre formalmente al tipo, aun así, no habría tipicidad desde el punto de vista material: a) mínima ofensividad de la conducta; b) ninguna periculosidad social en la acción; c) reducidísimo grado de reprobabilidad de la acción; d) inexpresividad de la lesión jurídica ante el sistema.⁷¹ Estos elementos típicos listados en el fallo y que serían fuente de atipicidad material pueden resolver diversos problemas en lo que se refiere al tema.

Existen leyes antiguas en Brasil que efectivamente entienden que no es necesario haber tipicidad. Es el caso de la Ley 6.385/76, que disciplina la CVM – Comisión de Valores Mobiliarios; y la Ley 4.595/64, que regula la potestad del Consejo Monetario Nacional. Son leyes que reconocen cierta atipicidad de las conductas y que no son más compatibles con la actual perspectiva del Derecho Constitucional, dentro de la que el principio de tipicidad tiene que ser fuertemente reconocido en el Derecho Administrativo. En el Derecho sancionador de los agentes públicos deben ser evitadas, por lo tanto, las “normas en blanco”, es decir, reglas que contemplen conceptos jurídicos indeterminados o dispositivos que, por falta de especificidad, tienen dificultades de aplicación concreta. Desafortunadamente, todavía hay normas de esta naturaleza, pero la tendencia es que sea aplicado un rigor cada vez mayor en el cumplimiento de los principios constitucionales por la legislación infra-constitucional. El problema es cuando el Poder Judicial, en el contramano de la historia, termina por no aplicar las leyes o la Constitución.

⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 240-246.

⁷¹ STF, HC 94.439 – RS, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, J. 03/03/09.

Clean but compromised: Corruption in the UK public administration

di Paul Heywood

Abstract – Clean but compromised: Public administration in the United Kingdom has long enjoyed a reputation for being both impartial and corruption-free. However, from the outset it has sought to manage a tension between efficiency and public accountability; these twin demands have constituted the driving forces of reform initiatives to this day. This paper assesses a system that, whilst increasingly protected by strong anti-corruption compliance mechanisms, faces risks of politicisation, and also integrity and oversight challenges as the lines between public and private become increasingly blurred. These developments threaten the public administration's much-vaunted 'impartiality' and erode its protective features, with potentially negative consequences for controlling corruption.

Keywords: public administration, UK, corruption, impartiality.

Introduction

The UK generally ranks well in global comparative assessments of perceived levels of corruption, such as Transparency International's Corruption Perceptions Index¹ and the World Bank Governance Indicators.² Its public administration has also consistently maintained a reputation for being both impartial and essentially corruption-free. In 2011, Transparency International UK scored the public sector a 'strong' 77 out of 100³; in 2017, the UK was ranked eighth out of 109 countries, with a score of 9.11 on a 10-point scale in the Public Integrity Index, which 'assesses a society's capacity to control corruption and ensure that public resources are spent without corrupt practices'⁴.

While these rankings suggest low levels of corruption coupled with highly developed institutions for controlling it, they provide a partial perspective at best – as previous critiques of their methods have demonstrated⁵. At worst, they create an

¹ In 2016 it received 81 out of 100 in Transparency International's annual Corruption Perceptions Index: www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table

² In 2016, it scored 94 out of 100 for control of corruption in the World Bank Governance Indicators, info.worldbank.org/governance/wgi/#reports

³ TI UK, 2011. *Corruption in the UK*. London: TI UK, 51

⁴ integrity-index.org/country-profile/?id=GBR&yr=2017. This study uses a combination of opinion surveys and other measures as an aggregate

⁵ See for example: Heywood, P.M. and Rose, J. 2014. "Close but no cigar: The measurement of corruption", *Journal of Public Policy* 34(3): 526; Heywood, P.M. and Johnson, E. 2017. "Cultural

impression that corruption is not generally a feature of the UK experience, without exploring further the many ways in which the public administration and its ‘impartiality’ can be compromised.

Concrete evidence for the extent of corruption even when it is detected is hard to come by. Particular challenges relate to the confused regulatory system – previously referred to as ‘patchwork’⁶ – and the lack of a general definition of corruption in UK legislation.

Transparency International UK has suggested that, ‘there are potentially hundreds if not thousands of corruption cases that go unreported because they are prosecuted as different offences’⁷. The UK’s 2017 Anti-Corruption Strategy commits to publishing ‘the amount of fraud and corruption detected every year in central government’⁸, but until that happens estimates will continue to rely on the uncovering of large-scale scandals, the results of government audits, reports of public experiences and studies based on public perceptions.

Although bribery does not generally afflict UK citizens directly, they still appear to have grave concerns about wrongdoing in public office. The 2014 Eurobarometer revealed that although not a single respondent reported having to pay a bribe to access a public service, 72% agreed that there is corruption in national public institutions⁹. It also appears that whilst trust in civil servants has increased since the early 1980s, in the 2016 Veracity Index only 56% of people trusted civil servants to tell the truth – a much lower figure than those who trusted nurses (93%), the police (71%) and even the ordinary person on the street (65%)¹⁰.

Another arresting finding is that the public also doubts the ability of public institutions to deal with wrongdoing and uphold standards in public life. A 2014 study found that most respondents were ‘not confident’ in the authorities’ commitment to upholding standards (56%), their ability to uncover wrongdoing (61%), or their capacity to ensure effective punishment (63%)¹¹. Studies based on public perceptions are imperfect gauges of true levels of corruption. However, in the absence of alternative indicators they provide a warning that more needs to be done to check wrongdoing and demonstrate integrity in the public sector.

In the sections that follow we focus on the UK civil service to demonstrate how the changing approach to its management and make-up has transformed the relationship between public officials, politicians and the public, thereby in turn

specificity versus institutional universalism: A critique of the National Integrity System (NIS) methodology”, *Crime, Law and Social Change* 68(3): 309

⁶ Heywood, P.M. 2012. “Integrity management and the public service ethos in the UK: patchwork quilt or threadbare blanket?”, *International Review of Administrative Sciences* 78(3): 474-493

⁷ TI UK, 2011. *National Integrity System Assessment: United Kingdom*, London: TI UK p.15

⁸ www.gov.uk/government/publications/uk-anti-corruption-strategy-2017-to-2022, p.44

⁹ A similar point was made in Heywood, P.M. and Rose, J. 2014. “Close but no cigar: The measurement of corruption”, *Journal of Public Policy* 34(3): 510; see also: ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf

¹⁰ Only 25% trusted civil servants to tell the truth in 1983 www.ipsos.com/sites/default/files/migrations/en-uk/files/Assets/Docs/Polls/ipsos-mori-veracity-index-2016-chart.pdf

¹¹

www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415746/Survey_of_public_attitudes_to_wards_conduct_in_public_life_2014_final_19_march.pdf

shaping approaches to anti-corruption and the UK's ethical framework. In section 1 we briefly outline the legal framework for the crime of corruption. Following this, in section 2 we chart the changing context and management of the civil service and its impact on the nature of ethical responses to corruption and integrity risks. We address the regulatory and oversight challenges, corruption risks and solutions in section

3. Finally, in section 4 we look beyond the civil service to the wider public administration using three case studies to demonstrate the broader ethical and corruption challenges throughout the public sector.

1. The crime of corruption: The legal framework

The legal and regulatory framework on the crime of corruption is fragmentary and made up of both statutory legislation and common law. There is no unified law or agreed legal definition, so it is not always clear which criminal acts would come under the definition of corruption.

However, in recent years there has been a general trend towards placing the crimes related to corruption on a statutory footing.

In 2015, Transparency International UK identified '45 pieces of legislation' and '162 criminal offences on the statute book' relating to corruption¹². However, it still found several forms of corruption either not, or only partially, covered by UK law¹³. Of these, trading in influence (partial), conflicts of interest (partial), abuse of function (partial) and cronyism and nepotism (none) are all serious risks in a public administration.

Despite this, it is reasonable to assume that the majority of corrupt acts committed by public administrators would be covered under the Fraud Act 2006, the Bribery Act 2010, the Theft Act 1968 or the common law offences of perverting the course of justice and – most relevant for the civil service – misconduct in public office.

According to the Attorney General in 2003¹⁴, the offence of 'misconduct in public office' is committed when:

A public officer acting as such.

- Willfully neglects to perform his duty and/or willfully misconducts himself.
- To such a degree as to amount to an abuse of the public's trust in the office holder.
- Without reasonable excuse or justification. The maximum penalty is as high as life imprisonment¹⁵.

Misuse of public office is a broad offence, but also ambiguous in relation to (a) what counts as a public officer; (b) how misconduct is defined; and (c) what would count as a 'reasonable excuse'. In 2015 the Court of Appeal described it as 'without a

¹² TI-UK, 2015. *Corruption Laws: A non-lawyer's guide to laws and offences in the UK relating to corrupt behaviour*. London: TI UK: 1

¹³ TI-UK 2015: 2

¹⁴ Attorney General's Reference No. 3 of 2003 [2004] EWCA Crim 868, §61

¹⁵ See Legal Guidance: www.cps.gov.uk/legal/1_to_o/misconduct_in_public_office/#a012.

doubt a difficult area of criminal law'¹⁶.

In 2016 the Law Commission opened a consultation on whether misconduct in public office should be 'abolished, retained, restated, or amended'¹⁷. The Standards in Public Life Committee responded with support for the development of a statutory offence and a recommendation that the definition of public officer should be broad and 'encompass all those whose role impacts on national, public life'¹⁸. This recommendation is particularly pertinent given the increasing role of private and voluntary organizations in the provision of public services, as outlined below.

On 14 October 2017, Mr. Lee Jefferson made a freedom of information request to the Crown Prosecution Service asking for the number of cases of 'misuse of public office' on record over the previous seven years¹⁹. The request was only partially answered, but produced a list of offences charged and that reached a first hearing at the magistrate's court: these ranged from a high of 148 in 2010-11 to a low of 81 in 2016-17. However, it is impossible to know what percentage of these cases was related to corruption.

The 2010 Bribery Act has provided some clarity on a narrow range of crimes that would be considered corruption. It is applicable to civil servants, particularly under section 2, which outlines offences related to being bribed. Under section 11, an individual found guilty of such an offence can be sentenced 'on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years, or to a fine, or to both'²⁰.

There have been some convictions involving civil servants under the Bribery Act, but data is difficult to access. A freedom of information request by Cordery Compliance Limited revealed that between July 2011 and the end of 2015, 16 cases had been brought under the Act, with two under Section 2 related to bribery: in one such case in 2011 an exchange of £300 resulted in a three-year prison sentence²¹.

2. Ethical framework: Evolving concerns and responses

There are two main approaches to controlling corruption and protecting integrity in public administrations: one focuses mainly on establishing and embedding a values-based approach and the other is based on emphasizing rules and compliance²². Although all integrity management systems entail some form of

¹⁶ Lord Thomas CJ in Chapman [2015] EWCA Crim 539, [2015] 2 Cr App R 10. Quoted in Consultation paper

¹⁷ www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/11

¹⁸ Standards in Public Life Committee: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/509254/20160319_su_bmisison_to_law_commission_on_misconduct_in_public_office_FINAL.pdf

¹⁹ www.whatdotheyknow.com/request/cases_of_misconduct_in_public_of

²⁰ www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/11

²¹ bis.lexisnexis.co.uk/blog/posts/anti-bribery-and-corruption/freedom-of-information-request-shows-more-bribery-act-2010-prosecutions

²² Foster Back, P. 2006. "Principles or rules?" Public Money and Management 26(1): 7-9

compromise between the two approaches, the pattern of change in the UK's ethics framework can be characterized as a gradual evolution 'within broader systemic changes' from one primarily based on a public sector ethos with emphasis on 'informal codes of conduct and moral integrity' to a more managerially-driven approach based on 'public service delivery'²³.

This evolution is incomplete, however, resulting in a patchwork of regulations that reveal the 'limits and tensions in the UK's evolving integrity management landscape'²⁴. As will be demonstrated below, a major tension within the UK's integrity management framework is the vacillating emphasis between 'efficiency' in the public service and its levels of 'public accountability'. These twin concerns have been a feature of civil service reform from the beginning and continue to be the main source of tension and driving force of transformations to this day.

In 1854 the Northcote-Trevelyan Report referred to the public administration as suffering 'both in internal efficiency and in public estimation'²⁵. The solution proposed was the establishment of 'an impartial and permanent Civil Service with officials appointed on merit alone'²⁶. The Report's recommendations formed the basis of the modern civil service. They protect the system from corruption and politicization by establishing 'impartiality' as a condition of good governance²⁷, and embedding 'institutional deterrents of corruption'²⁸. The key to these reforms was a system based on meritocratic recruitment, job security with scope for internal promotions and decent pay.

In the years that followed, civil service ethics were to a large extent based upon a faith in the intrinsic moral integrity of the service and rested on informal codes of conduct governing the relationship between civil servants, politicians and the public. In 1918 the Haldane Doctrine established the 'indivisible relationship' between ministers and civil servants, holding that accountability would flow from civil servant to minister, and from minister to parliament²⁹.

This informal system survived broadly unchanged until the early 1990s, when 'radical changes' in the management of the civil service led to an inquiry into its role³⁰. These changes were characterized as being part of so-called New Public Management (NPM), which introduced business-like management structures into

²³ Heywood, P.M. 2012. "Integrity management and the public service ethos in the UK: patchwork quilt or threadbare blanket?", *International Review of Administrative Sciences* 78(3): 474

²⁴ Heywood, 2012

²⁵ www.civilservant.org.uk/library/1854_Northcote_Trevelyan_Report.pdf

²⁶ Public Administration Select Committee. 2013. *Truth to power: How civil service reform can succeed*. London: HMSO, p.3

²⁷ See: Rothstein, B. and Teorell, J. 2008. "What Is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions", *Governance* 21(2): 165–190

²⁸ Dahlström, C., Lapuente, V. and Teorell, J. 2012. "The merit of meritocratization: Politics, Bureaucracy, and the institutional deterrents of corruption", *Political Research Quarterly*, 65(3): 658–670

²⁹ Public Administration Select Committee. 2013. *Truth to power: How civil service reform can succeed*. London: HMSO, p.8

³⁰ O' Toole, B.J. 2007. "The framework of ethical compliance in the UK: Minor problems, disproportionate responses?" *Public Policy and Administration* 22(1): 120. See also: Treasury and Civil Service Committee. 1994. *The role of the civil service*. London: HMSO

the civil service³¹, and have been described as being part of a process of ‘hollowing out the state’³² resulting in ‘fundamental distortions of the true role of government’³³. NPM-related reforms have posed significant challenges to the ethical framework on which the civil service is based and prompted a process of codifying standards and implementing compliance mechanisms as a way to retain ethical standards. Indeed, they initiated what has become known as ‘civil service reform syndrome’, which continues to this day³⁴.

Following a series of scandals involving government ministers, the 1994 Nolan Report, the first report of the newly established Committee on Standards in Public Life, outlined the Seven Principles of Public Life (or ‘Nolan Principles’), that are now internationally recognized: selflessness, integrity, objectivity, accountability, openness, honesty and leadership. In parallel, the Civil Service Code was first drawn up in 1996 and outlines the core values of the civil service: honesty, integrity, impartiality and objectivity³⁵. These standards are still broadly recognised by the public and match their own perceptions of what public ethics should look like³⁶.

It was not until 2010, that the civil service, its Code and the independent Civil Service Commission were placed on a statutory basis in the Constitutional Reform and Governance Act 2010. On the whole, however, the Act did not implement significant changes and simply legislated into statute ‘what already existed as Orders in Council’³⁷, so that many of the challenges to the ethics framework were left unmet, including the continuing concerns for impartiality and the balance of accountability between ministers and officials.

In 2013, the Public Administration Select Committee noted that these questions had not been considered by an inquiry, and that since the 1968 Fulton Report, which similarly had not been tasked with considering these issues, civil service reforms had been ‘dominated by managerialism, rather than a strategic evidence-based look at what the Civil Service should do, or thorough consideration of the consequences of reform’³⁸. The Committee also acknowledged concerns that the Civil Service Reform Plan, launched in 2012³⁹, included changes that ‘challenge the Northcote-Trevelyan settlement’, and questioned whether the Haldane Doctrine

³¹ Hood, C.C. and Jackson, M.W. 1991. "The new public management: A recipe for disaster", *Canberra Bulletin of Public Administration* 64: 16-24

³² Rhodes, R. 1994. "The hollowing out of the state: The changing nature of public service in Britain", *The Political Quarterly* 65(2): 138-151

³³ Professor Howard Elcock, quoted in Public Administration Select Committee. 2013. *Truth to power: How civil service reform can succeed*. London: HMSO, p.13

³⁴ Lodge and Hood (2007), quoted in Heywood 2012

³⁵ www.gov.uk/government/publications/civil-service-code/the-civil-service-code

³⁶ Committee on Standards in Public Life, 2014. *Ethical Standards for Providers of Public Services*. London: Committee on Standards in Public Life

³⁷ Harris 2013, p.4

³⁸ Public Administration Select Committee. 2013. *Truth to power: How civil service reform can succeed*. London: HMSO, 13

³⁹ www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/305148/Civil-Service-Reform-Plan-final.pdf

remains ‘appropriate for the modern age’⁴⁰.

A follow-up report in 2017 by the Public Administration and Constitutional Affairs Committee on its 2016 inquiry into the work of the civil service took the relationship between civil servants and ministers as its central theme. It is significant that the Committee’s inquiry was the first explicitly to address this issue and highlight the ‘risks to civil service impartiality and accountability’⁴¹, flowing from the changing management context, including the implications of the EU referendum⁴².

In the following section, we assess the contemporary regulatory framework for the civil service in light of these challenges to the ethical framework, the impact of the continuing civil service reforms and the increasing burden on the civil service as a result of the 2016 EU Referendum.

3. Regulatory and oversight framework: Fit for purpose?

Overall, the UK has a strong regulatory and oversight framework, that nevertheless suffers from gaps that threaten its impartiality and increase risks of politicisation. In the context of the changing management practices in the civil service and the increasing ‘privatisation of public policy’⁴³, there have been growing concerns that the framework is failing to keep pace with current and emerging corruption risks.

These shortcomings must be seen in the context of the increasing tightening of budgets in the public administration as a result of the austerity agenda since 2010 and the challenges posed by the significant administrative burden resulting from the UK’s pending exit from the European Union (Brexit). Whilst there has been considerable political attention paid to the impact of cuts on the provision of services at local level, as funding from central government has been cut by 40% since 2010⁴⁴, significantly less attention has been paid to the impact on the regulatory and oversight capacity of the public administration as funding and staffing levels continue to decline⁴⁵.

This section reflects on the policies and institutions in place that have oversight and regulate the civil service. There are particular concerns relating to:

- The ability of the Civil Service Commission to maintain merit-based recruitment.
- The management of conflicts of interest and the rules and oversight of

⁴⁰ Public Administration Select Committee. 2013. Truth to power: How civil service reform can succeed. London: HMSO, 3

⁴¹ Public Administration and Constitutional Affairs Committee. 2017. The work of the civil service: key themes and preliminary findings. London: HMSO, p.4

⁴² Public Administration and Constitutional Affairs Committee. 2017. The work of the civil service: key themes and preliminary findings. London: HMSO

⁴³ Kaufmann, D. 2005. “Myths and realities of governance and corruption”, in The Global Competitiveness Report 2005–2006. New York: World Economic Forum/ OUP

⁴⁴ fullfact.org/economy/local-authorities-budgets/

⁴⁵

www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/publicsectorpersonnel/bulletins/publicsectoremployment/june2017

gifts and declaration of interests and assets.

- Undue influence and the role of special advisers (so-called ‘Spads’), revolving doors and lobbying that can potentially distort policy processes.
- Reporting of ethical and legal breaches, auditing capacity, whistleblower protection and the challenges inherent in maintaining effective monitoring in a resource strapped environment.

4. Impartiality: Merit-based recruitment

The Civil Service Commission provides oversight of the civil service, ensuring a merit-based recruitment process and an ‘impartial civil service’, including a complaints mechanism⁴⁶. In principle, the appointment of civil servants should be based ‘on merit on the basis of fair and open competition’⁴⁷. In a recent tussle with the government, the importance of the statutory footing of the Commission was highlighted when it defended its role in overseeing the recruitment of senior civil servants based on merit⁴⁸.

There are exceptions to the rule, however, as indicated by the fact that almost 10% of appointments made in 2016-17 occurred without a ‘fair and open competition’⁴⁹. Exceptions to the recruitment principles are restricted to short-term secondments, but if an adequate business case is presented the Commission can extend the limited period⁵⁰. It is possible that the special arrangements being put in place for recruitment related to Brexit will increase the granting of exceptions in the short-term⁵¹. This is a practical solution to the challenges of recruiting expertise quickly to an administration that is struggling to cope with the additional burdens generated by Brexit, but has potential knock-on effects that could serve to undermine accountability.

Political appointees or special advisers are not subject to the civil service recruitment principles; rather, the Prime Minister formally appoints them and the choice is usually at the discretion of the ministers they are to work under⁵². A significant change in the Constitutional Reform and Governance Act 2010 was that it ‘defined and limited’ the role of special advisors. However, they are not subject to merit-based recruitment requirements and there is no limit placed upon the number that can be appointed⁵³.

The Civil Service Commission operates a complaints procedure that can receive reports of breaches in the recruitment principles and it also conducts regular

⁴⁶ civilservicecommission.independent.gov.uk/civil-service-code/

⁴⁷ civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2017/01/RECRUITMENT-PRINCIPLES-April-2-015-as-of-January-2017.pdf

⁴⁸ Harris, J. 2013, 17

⁴⁹ Civil Service Commission. 2017. Annual Report and Accounts 2016/17. London: HMSO, p.8

⁵⁰ civilservicecommission.independent.gov.uk/civil-service-recruitment/exceptions/

⁵¹ civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2017/02/IW-PermSecs_Exiting-the-EU-use-of-Exceptions-1.pdf

⁵² Harris, 2013

⁵³ Harris, J. 2013. Legislating for a civil service. London: Institute for Government, p.22

audits of departments. In 2016, it judged that 58% of total recruitment was deemed to pose significant risks⁵⁴. It also received 83 complaints and uncovered 230 breaches through its own investigations, 10% of which involved recruitment of senior civil servants, which the Commission called a ‘matter of concern’⁵⁵.

Merit-based appointments are a fundamental element in protecting against corruption in the public sector and a significant deterrent against corruption⁵⁶. However, the principle is not necessarily secure in the present UK recruitment system. In 2016, the Public Administration and Constitutional Affairs Committee expressed concern over the recommendations of the Grimstone Review of public appointments, which sought to weaken the role of the Commission⁵⁷. In 2017, despite changes made by the government to the proposals, the Committee remained ‘concerned that there is an effort by Government to weaken the robustness and transparency of public appointments’⁵⁸.

5. Managing conflicts of interest: Declarations and gifts

The management of conflicts of interest risks are set out in Civil Service Management Code, which relates to civil servants’ terms and conditions of service⁵⁹. Section 4.1.3.(c) of the Code states that ‘[w]here a conflict of interest arises, civil servants must declare their interest to senior management so that senior management can determine how best to proceed’. On the receipt of gifts, hospitality and other benefits, section 4.1.3 (d) states that ‘civil servants must not receive gifts, hospitality or benefits of any kind from a third party which might be seen to compromise their personal judgement or integrity’.

Whilst it is possible that an undeclared conflict of interest could lead to an offence of misconduct in public office, there is no specific criminal offence for failing to declare conflicts of interest⁶⁰. Rather, the UK takes a principles-based approach to managing such conflicts and requires each government department to manage risks in their own way⁶¹. There are concerns that as the breaches of the Code are dealt with by departments through disciplinary proceedings, these are not always enacted and instead employees resign or are moved to different positions.

⁵⁴ civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2017/07/Report-v5-WEB-1.pdf, 28

⁵⁵ civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2017/07/Report-v5-WEB-1.pdf, 34, 40

⁵⁶ Dahlström, C., Lapuente, V. and Teorell, J. 2012. “The merit of meritocratization: Politics, Bureaucracy, and the institutional deterrents of corruption”, *Political Research Quarterly*, 65(3): 658–670

⁵⁷ Public Administration and Constitutional Affairs Committee. 2016. *Better public appointments? The Grimstone Review on Public Appointments*. London: HMSO, p.30

⁵⁸ Public Administration and Constitutional Affairs Committee. 2017. *Better Public Appointments? Follow up and the government’s response*. London: HMSO, p.4

⁵⁹ www.gov.uk/government/publications/civil-servants-terms-and-conditions

⁶⁰ This is not the case for the devolved legislatures of Scotland, Wales and Northern Ireland. TI UK. 2015. *Corruption Laws: A non-lawyers guide to laws and offences in the UK relating to corrupt behavior*. London: TI UK, p.25

⁶¹ Comptroller and Auditor General. 2015. *Conflicts of Interest*. London: National Audit Office, 18

In 2015, the National Audit Office produced reports on each of these risk areas, and concluded that there is an increased potential for conflicts of interest when services are provided by third parties, with the potential for commissioners to ‘buy services from private businesses in which they have a financial or family interest’⁶². The challenge here is that there is only really a duty to report conflicts of interest and relevant business interests when they arise, rather than proactively, which means that they are not easy to monitor independently.

There is also no duty to declare interests relating to family members⁶³.

Although civil servants do not have to make proactive asset declarations, major progress in 2016 saw the establishment of the UK’s beneficial owners register⁶⁴. This register includes individuals with significant control or influence (25% ownership) over a company. While it has the potential to bring to light conflicts of interest, the threshold of 25% ownership might be too high to catch all cases where public officials might seek to enrich themselves with public money – as emphasised by the NGO, Global Witness, this threshold ‘could be exploited by people looking to stay under the radar’⁶⁵.

The Civil Service Commission has responsibility for investigating breaches of the Civil Service Code. In 2016/17 the Commission received 47 new cases, more than double the number compared to the year before, although this was partially explained by the Commission’s standardisation of the recording process⁶⁶. The Civil Service People Survey gives some indication of how effective the reporting mechanism is perceived to be by civil servants themselves. In 2016, the Survey found that while 91% were aware of the Civil Service Code, only 67% were aware of how to raise a concern or were confident that it would be investigated properly. The Commission reported it was ‘disappointed to see that awareness of how to raise concerns under it and confidence that Code complaints would be properly investigated remains stubbornly low’⁶⁷.

While there are clearly processes in place for addressing conflicts of interest, they may not be sufficient to address emerging challenges as public services are increasingly contracted out to third parties. While the 2017 Anti-Corruption Strategy does not address this issue comprehensively, under its goal to reduce corruption in public procurement and grants it does acknowledge the need for ‘guidance to government procurers on applying exclusions in the procurement process, managing conflicts of interest and whistleblowing’⁶⁸.

⁶² Comptroller and Auditor General. 2015. *Conflicts of Interest*. London: National Audit Office, p.4

⁶³ Transparency International UK. 2016. *Corruption Laws*. London: TI UK, p.25

⁶⁴ companieshouse.blog.gov.uk/2016/04/13/the-new-people-with-significant-control-register/

⁶⁵ www.globalwitness.org/en-gb/blog/what-does-uk-beneficial-ownership-data-show-us/?gclid=EAIaIQobChMI8baLyJqT2AIVpp3tCh0BWgBOEAAAYAiAAEgLIL_D_BwE

⁶⁶ civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2017/07/Report-v5-WEB-1.pdf, 42

⁶⁷ civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2017/07/Report-v5-WEB-1.pdf, 44-45

⁶⁸ www.gov.uk/government/publications/uk-anti-corruption-strategy-2017-to-2022, p.42

6. Undue influence in policy-making: Special advisers, revolving doors and lobbying

The norm of impartiality and neutrality is essential not just for civil servants' implementation of law and policy; it also offers significant protection against the politicisation of the

policy-making process, as it ensures that the advice provided by civil servants to ministers is not *parti pris*.

There have been concerns for some time about the changing nature of the advisory relationship between civil servants and ministers and the impact of the role of special adviser. In 2012, the Public Accounts Select Committee acknowledged the sensitive position of special advisers, who 'occupy influential positions within Whitehall and have the potential to destabilise the relationship between ministers and officials'⁶⁹.

The Constitutional Reform and Governance Act 2010 had sought to clarify the role of special advisers, ensuring they are subject to a code of ethics and cannot authorise the spending of public funds or manage civil servants⁷⁰. The Ministerial Code, in turn, ensures that ministers are responsible and accountable for special advisers' conduct⁷¹. Nevertheless, fears remain that they are less accountable than their civil service counterparts and are not subject to the Nolan Principles of impartiality.

The revolving door phenomenon is also a feature of the UK system that threatens to politicise the policy-making and regulatory sphere. The revolving door describes a situation in which individuals move between the private sector and the public sector in a similar domain, taking with them knowledge and contacts that could pose risks of undue influence in the decision-making processes of government. Whilst the arguments in favour of importing talent from across the private sector are strong, and have been consistently promoted by governments in favour of increasing the effectiveness of the civil service, without adequate protections they can pose grave corruption risks and undermine civil service integrity.

In 2016, TI UK reported that there are no statutory regulations on the revolving door⁷². Rather, the major protection against the politicisation (or privatisation) of the civil service is the impartiality test in its recruitment procedures. This has been threatened by the recommendations of the Grimstone Review, which urged a relaxing of the criteria for senior officials (see above)⁷³. This risk is unlikely to abate, given recent significant increases in the number of civil servants being recruited from the private sector: up to around 40% in the 2000s⁷⁴. Whilst the official figure has remained between 20% and 26% over the last three years, this is a rough

⁶⁹ Public Administration Select Committee. 2012. *Special advisers in the thick of it*. London: HMSO, 3

⁷⁰ Harris, J. 2013. *Legislating for a civil service*. London: Institute for Government

⁷¹ www.civilservant.org.uk/library/2016_ministerial_code.pdf

⁷² www.transparency.org.uk/publications/corruption-laws-a-non-lawyers-guide-to-laws-and-offences-in-the-uk-relating-to-corrupt-behaviour/#.WhPforSFjeQ

⁷³ X

⁷⁴ Wilks-Heeg, S. 2015. "Revolving Door politics and corruption" in Whyte, D. *How Corrupt is Britain?* London: Pluto, p.138

measure, as it only accounts for applicants' most recent posts⁷⁵. This means official figures do not track the actual 'revolutions' through the door, which may be frequent and include multiple positions in both sectors.

There is limited regulation of the revolving door by the Advisory Committee on Business Appointments (ACOPA), to which senior civil servants can apply for advice on new jobs when leaving public office⁷⁶. This body is meant to limit the ability of civil servants to take their insider knowledge and contacts into industry and give their new employers unfair advantages. ACOPA can impose waiting times before taking up new jobs, but its role is advisory and so 'there is nothing to stop individuals from ignoring its advice'⁷⁷.

The 2016 Civil Service Workforce Plan has the potential to increase these risks, as it actively seeks to 'make it easier for people to be able to move in and out of the Civil Service'⁷⁸. It is noteworthy that whilst the benefits of skills-sharing, expertise and experience are highlighted; the connected integrity risks are not acknowledged either in the Plan or in the government's 2017 Anti-Corruption Strategy.

Lobbying is another significant area of concern that poses the risks of policy capture and incorporates practices that 'go beyond the opportunities to "revolve in" to government directly'⁷⁹. Although lobbying can be seen as a legitimate practice of representation in democracies, it is also highly vulnerable to opaque practices that can result in the distortion of the policy process in favour of powerful interests. The extent of the problem is difficult to quantify, but perceptions at least suggest that it is a major concern to the public.

Transparency International reported in its 2013 Corruption Barometer that, '59 per cent of respondents think that the UK's government is "entirely" or "to a large extent" run by a few big entities acting in their own best interests'⁸⁰.

The system of self-regulation for lobbying activity was assessed by the Public Administration Select Committee in 2009. It found 'very little self-regulation of any substance'⁸¹, and whilst it reported that the regulatory bodies have complaints procedures, the Committee found that they were 'scarcely ever used'⁸².

In 2014, the Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act 2014 set up a lobbying register 'to enhance the transparency of those seeking to lobby Ministers and Permanent Secretaries on

⁷⁵ civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2017/07/Report-v5-WEB-1.pdf, p.19-20

⁷⁶ www.gov.uk/government/organisations/advisory-committee-on-business-appointments

⁷⁷ Transparency International UK. 2012. Fixing the revolving door between government and business", Policy Paper Series No.2. London: TI UK, p.3

⁷⁸ www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/536961/civil_service_workforce_strategy_final.pdf, p.8

⁷⁹ Wilks-Heeg, S. 2015, p.140

⁸⁰ David-Barrett, E. 2015. Lifting the lid on lobbying: The hidden exercise of power and influence in the UK, London: Transparency International UK, p.12

⁸¹ Public Administration Select Committee. 2009. Lobbying: Access and influence in Whitehall. London: HMSO, p.3

⁸² Public Administration Select Committee. 2009. Lobbying: Access and influence in Whitehall. London: HMSO, p.19

behalf of a third party'⁸³. Lobbying remains a risk, however, and the Act has been subject to a wide range of criticisms as outlined by Transparency International, including that the definitions of lobbyist and lobbying target are too narrow; information disclosure is limited; it is not clear what it means to have direct contact; there is a lack of arrangements for monitoring compliance; and sanctions are too weak⁸⁴.

The risks of undue influence posed by special advisors, revolving doors and lobbying practices should not be under-estimated, despite being difficult to detect and often impossible to quantify. Civil service reform agendas rarely consider these areas of risk, despite their tendency to blur the lines between public and private and reduce the distinctive character of a civil service based on the principle of impartiality in favour of business principles and increasing efficiency.

7. Responsibilities of the public administration: Auditing, reporting and whistleblowing

Standards generally remain high in the government's auditing and reporting capacity. The Chartered Institute of Public Finance and Accountancy (CIPFA) provides an annual report on fraud and corruption, based on a survey of public institutions. In 2015/16 it estimated that £325 million worth of public sector fraud had been either detected or prevented⁸⁵.

However, weaknesses in the system are more likely to be exploited as resources are spread ever thinner in the coming years. The National Audit Office (NAO) has reported that since 2006 there had been a 26% reduction in the number of civil servants⁸⁶, and Transparency International UK has warned that the 'the overarching public sector mantra of "do more with less" may well also create perverse incentives', and could have a 'detrimental effect on law enforcement agencies'⁸⁷.

A 2012 study of internal auditing in central government found a range of issues, including a 'wide variation in how overarching standards are applied' and this has implications for the effectiveness of external audits and the information they rely upon⁸⁸. The NAO also conducts external audits, including the accounts of central government departments and a wide range of other public bodies. However, its effectiveness is difficult to assess as its recommendations are rarely adopted in full and practice varies between institutions.

One significant concern in recent years has been the closure of the Audit Commission, which was set up in 1983 to protect the public purse and, until March 2015, audited councils, NHS bodies (excluding NHS Foundations Trust), local police

⁸³ registrarofconsultantlobbyists.org.uk/

⁸⁴ David-Barrett 2015, p.31-32

⁸⁵ CIPFA, 2016. Fraud and corruption Tracker Summary report, p. 4

⁸⁶ www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2017/03/Capability-in-the-civil-service.pdf, p.4

⁸⁷ Transparency International UK. 2011. Corruption in the UK: Part III. London, TI-UK

⁸⁸ Comptroller and Auditor General. 2012. The effectiveness of internal audit in central government. London: National Audit Office, p.6

bodies and other local public services in England. It has been replaced by a range of institutions comprising a new, and somewhat disparate, local audit framework involving several different entities⁸⁹.

In 2011, TI UK noted that, ‘the enormous change in district audit arrangements is a red flag for future research. What will emerge from the Audit Commission’s abolition awaits to be seen’⁹⁰. In 2013, it listed eight new corruption risks emerging from the changes, including: weakened independence, inadequate cover by freedom of information, responsibility delegated to lower level officers and the risk that external auditors may face perverse incentives⁹¹. CIPFA has noted that since the abolition of the Audit Commission, there ‘has been no requirement for local authorities to report fraud committed against them’ and that about 10% of organisations did not have a dedicated counter-fraud service⁹².

Another core responsibility of the public administration in relation to corruption is to provide appropriate reporting mechanisms for complaints from the public and civil servants, including robust whistle-blower protections. As described above, the Civil Service Commission takes complaints from civil servants relating to the Civil Service Code. The Commission does not encourage anonymous reports, but does state that: ‘We will take very seriously any suggestion that you have been penalised for raising a concern’⁹³. Whilst there is no absolute requirement to report violations of the Code, including corrupt behaviour, it is clear that such violations ‘should’ be reported, with a clear process for escalating reports, including through departments and for reporting criminal behaviour. Moreover, as failure to report corruption is in itself a violation of the Code, and possibly also a crime, this could lead to independent sanctions.

The Civil Service also has a policy on whistleblowing, and whistle-blowers are protected by the Public Interest Disclosure Act 1998⁹⁴. While its application is problematic in relation to disclosures relating to the Official Secrets Act or the Public Interest Disclosure Act itself, legal precedent determines its exact application. Increased protections for whistle-blowers have been provided in both health and education in recent years⁹⁵, and government guidance on whistleblowing makes it clear that civil servants (or any workers) should not be treated unfairly or lose their jobs as a result of blowing the whistle on wrongdoing⁹⁶.

Beyond the civil service, there are several mechanisms for members of the public to complain about fraud and corruption. There is a secure online reporting

⁸⁹ www.gov.uk/government/organisations/audit-commission

⁹⁰ TI UK, 2011, p.84

⁹¹ www.transparency.org.uk/publications/corruption-in-uk-local-government-the-mounting-risks/#.WhQB1bSFjeQ

⁹² CIPFA, 2016. Fraud and corruption Tracker Summary report, p. 4

⁹³ civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2012/04/Guide-to-bringing-a-complaint-to-the-Commissioners-Civil-Service-Code-March-20121.pdf

⁹⁴ www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents

⁹⁵ Under the Children and Social Work Act 2017 and the Small Business Enterprise and Employment Act 2015

⁹⁶ www.gov.uk/whistleblowing

mechanism offered by the Serious Fraud Office⁹⁷, and allegations of fraud can also be reported to Action Fraud, which passes on the information to the National Fraud Intelligence Bureau⁹⁸. Complaints can also be made to the Parliamentary and Health Ombudsman⁹⁹. There are public reporting mechanisms for various sectors, such the NHS¹⁰⁰ and HMRC¹⁰¹, and at the local level there are various reporting mechanisms for local authorities¹⁰².

8. Beyond the civil service: examples of wider issues for public services

In order fully to understand corruption risks in the UK public administration, it is essential to look beyond just the civil service. In 2016, the National Audit Office reported that the public sector ‘spends more money on contracts than it spends on providing services itself’¹⁰³. This increasing contracting out of services is a challenge to integrity and accountability systems. In 2014, the Committee on Standards in Public Life acknowledged that those providing public services through ‘the private or voluntary sectors may not be aware of these [Nolan] Principles or ... consider that they are clearly applicable to them’¹⁰⁴. The Committee is currently conducting a review of how these standards are upheld by providers of public services¹⁰⁵.

In this section we consider the accountability of arm’s-length bodies, which carry out many of the functions of the state, including regulation and public service delivery; the police service, for which a new crime of corruption has recently been created; and integrity management of private companies that provide assessments of claimants of disability and ill health benefits.

428

9. Arm’s-length bodies – sharing accountability

There are 460 arm’s-length bodies (ALBs) in the UK’s public administration, with a budget amounting to some £250 billion a year¹⁰⁶. ALBs exist to carry out public functions and are insulated from political and government manipulation: they must perform a public function; are required to be politically impartial; and must act independently to establish facts¹⁰⁷. However, the confused management and

⁹⁷ www.sfo.gov.uk/bribery--corruption/where-should-i-report-corruption.aspx

⁹⁸ www.actionfraud.police.uk/home

⁹⁹ www.ombudsman.org.uk/

¹⁰⁰ www.reportnhsfraud.nhs.uk

¹⁰¹ www.hmrc.gov.uk/reportingfraud/

¹⁰² See, for example,

[www.reigate-](http://www.reigate-banstead.gov.uk/council_and_democracy/about_the_council/fraud_and_corruption/)

[banstead.gov.uk/council_and_democracy/about_the_council/fraud_and_corruption/](http://www.reigate-banstead.gov.uk/council_and_democracy/about_the_council/fraud_and_corruption/)

¹⁰³ www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2016/11/Commercial-and-contract-management-insights-and-emerging-best-practice.pdf, p.3

¹⁰⁴ Committee on Standards in Public Life, 2014. *Ethical Standards for Providers of Public Services*. London: Committee on Standards in Public Life

¹⁰⁵ www.gov.uk/government/news/ethical-standards-for-providers-of-public-services-follow-up

¹⁰⁶ Committee of Public Accounts. 2016. *Departments’ oversight of arm’s-length bodies*. London: HMSO, p. 3

¹⁰⁷ Comptroller and Auditor General. 2016. *Departments’ oversight of arm’s length bodies: A comparative study*. London: NAO, p.5

accountability mechanisms of the various bodies – some accountable to ministers, others accountable to parliament – has meant that when things have gone wrong it has been difficult to know ‘who is accountable for what’¹⁰⁸.

Following the recommendations of the Public Accounts Committee and the National Audit Office, in early 2017 the Cabinet Office produced a Code of Good Practice¹⁰⁹. This provided the ‘opportunity to redefine the relationship between departments and ALBs’¹¹⁰, and address some of the weaknesses identified, including ‘inconsistency, overlaps, confusion and clutter’ in their accountability¹¹¹.

A 2017 survey of chairs and chief executives of public bodies, however, demonstrated that there remained work to be done to embed the principles and that ‘there are several areas where this is not yet being realised’¹¹². In particular, it found that the Code was not widely known about and there had been little consultation over its drafting¹¹³. Without knowledge and buy-in, it is unclear whether the Code will have the necessary impact on improving working relationships and accountability.

10. Managing police corruption

Some of the most high-profile examples of corruption in the UK have involved the police force. These have not only affected individuals directly, but have also seriously undermined trust in the rule of law.

There have been a number of instances over recent decades in which the police have been found to have avoided scrutiny and accountability and, in some cases, even hidden or manipulated evidence¹¹⁴. Examples include the police handling of the racially motivated killing of Stephen Lawrence in 1993¹¹⁵; the 1989 Hillsborough disaster, which led to the deaths of 96 Liverpool football fans with a full inquest finally concluding in April 2016¹¹⁶; the 2009 death of Ian Tomlinson, who died after a blow to the head by a police baton, but was initially declared dead of natural causes¹¹⁷; and the case of Mark Duggan, who was shot dead by a police officer in

¹⁰⁸ Public Administration Select Committee. 2014. *Who’s accountable? Relationships between government and arm’s-length bodies*. London: HMSO, p.3

¹⁰⁹ Cabinet Office. *Code of Good Practice: Partnerships between departments and arm’s-length bodies*. London: HMSO

¹¹⁰ www.instituteforgovernment.org.uk/blog/ministers-reflect-arms-length-bodies

¹¹¹ Public Administration Select Committee. 2014. *Who’s accountable? Relationships between government and arm’s-length bodies*. London: HMSO, p.34

¹¹² Smith, S., Maloney, E. and Thornton, D. 2017. *Cracking the code of good practice: A survey of the relationships between public bodies and government departments*. London: PCF, ACE and Institute for Government, p.2

¹¹³ Smith, Maloney and Thornton 2017, p. 7

¹¹⁴ These examples are discussed at length in Part II of Whyte, D. (ed.), 2015. *How corrupt is Britain?* London: Pluto

¹¹⁵ Scraton, P. 2015. “Policed by consent? They myth and the betrayal”, in Whyte, D. (ed.), 2015. *How corrupt is Britain?* London: Pluto

¹¹⁶ Coleman, S. 2015. “Hillsborough: The long struggle to expose police corruption”, in Whyte, D. (ed.), 2015. *How corrupt is Britain?* London: Pluto

¹¹⁷ Scraton, P. 2015, p.81

2011, but found by an internal investigation to have been ‘lawfully killed’¹¹⁸. In addition, Metropolitan Police officers were implicated in the phone hacking scandals that gave rise to the Leveson inquiry into the culture, practices and ethics of the British press.

These examples paint an ugly picture of police corruption, but it is not clear how widespread it really is. While public trust in the police remains relatively high – 71% trusted the police to tell the truth according to a 2016 survey¹¹⁹ – in 2016-17 the Independent Police Complaints Commission reported that ‘corruption or malpractice’ was alleged 663 times (1% of complaints) and the closely related ‘lack of fairness and impartiality’ prompted 3,306 complaints (5%)¹²⁰.

Some efforts have been made to improve the approach to police corruption. The Criminal Justice and Courts Act 2015 placed on the statute books a new offence of ‘Corrupt or other improper exercise of police powers and privileges’¹²¹. It is too early to assess the real impact this Act will have on prosecutions and deterring police corruption, but it has already been criticised as being open to interpretation, with the potential to confuse misconduct with a criminal offence¹²².

11. Integrity in disability and health assessments

As part of a process of contracting out public services, governments have increasingly been using private companies to conduct assessments of claimants of benefits for disability and ill health, in particular Personal Independence Payments (PIPs)¹²³. However, serious concerns have arisen over the capacity of private companies to provide fair and impartial assessments and the ability of the Department for Work and Pensions (DWP) to oversee their performance and hold them accountable for bad practice.

In 2016, the Public Accounts Committee concluded that the performance of contractors included ‘unacceptable local and regional variations’ with too few meeting the required standards, and that while costs had increased ‘there has been no noticeable benefit for claimants or the tax payer’¹²⁴. The National Audit Office reported that providers had struggled to meet performance targets and that, in setting up new contracts, the DWP might have ‘exacerbated’ these problems through an unclear approach to incentives and risk management, high targets

¹¹⁸ Gilmore, J. and Tufail, W. 2015. “Justice denied: Police accountability and the killing of Mark Duggan”, in Whyte, D. (ed.), 2015. *How corrupt is Britain?* London: Pluto, p.94

¹¹⁹ www.ipsos.com/sites/default/files/migrations/en-uk/files/Assets/Docs/Polls/ipsos-moriveracity-index-2016-chart.pdf

¹²⁰ www.ipcc.gov.uk/sites/default/files/Documents/research_stats/complaints_statistics_2016_17.pdf

¹²¹ www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/section/26/enacted

¹²² www.theguardian.com/public-leaders-network/2016/feb/09/law-confuse-police-misconduct-criminal-offence

¹²³ Committee of Public Accounts. 2016. *Contracted out health and disability assessments*. London: HMSO, p.4

¹²⁴ Committee of Public Accounts. 2016. *Contracted out health and disability assessments*. London: HMSO, p.5-6

without assessments of resources, and the lack of a clear strategy¹²⁵.

The media has exposed heart-wrenching stories of callous and inappropriate assessments and there have been accusations that these are not simply the result of incompetence and bad management. According to the Guardian newspaper in 2017, evidence from a Disability News Service investigation suggests that, ‘benefits have been removed from disabled people based on entirely fabricated grounds’¹²⁶.

Whilst the DWP rejects the suggestion that there is widespread dishonesty in the assessment process, a March 2017 review of PIP concluded that, ‘public trust in the fairness and consistency of PIP decisions is not currently being achieved’¹²⁷. This is not surprising given the increasing levels of complaints against the PIP process: in 2015/16 142 complaints were lodged against the PIP assessment process, but by 2016/16 this had risen to 1,392¹²⁸, with 65% of the appeals against decisions being successful¹²⁹.

12. Conclusion

In this article, we have argued that whilst the UK is generally regarded as having a corruption-free public administration, reflected in its high scores in various perceptions-based rankings, there are grounds for concern that the detailed picture is less positive than such assessments suggest. In particular, there is some confusion both in relation to the definition and meaning of corrupt activity in the public administration, and – more notably – in regard to

the oversight and accountability mechanisms that have been established over time. The UK’s integrity management framework reflects the long-term tension between the desire to promote efficiency and the need to ensure appropriate accountability. Whereas for many decades, such tensions were accommodated within a ‘patchwork’ approach to the promotion of ethics alongside regulatory compliance procedures, in more recent times there has been increasing evidence of strains on the system.

Of particular note has been the emergence of more managerial, performance-driven demands on public service delivery associated with the adoption of New Public Management reforms, alongside the growing emphasis on contracting out. As the core civil service has shrunk, so have new risks to integrity emerged with the increasing use of special advisers, as well as the ‘agencification’ of service delivery, operating outside the conventional oversight mechanisms. Attempts to rationalise the regulatory framework, through such initiatives as the Constitutional Reform and Governance Act of 2010, have not fully addressed some of the core risks posed by,

¹²⁵ Comptroller and Auditor General. 2016. Contracted-out health and disability assessments. London: National Audit Office, p.8-9

¹²⁶ <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/oct/30/staggering-rise-pip-complaints-rot-system-disability-benefits>

¹²⁷ Gray, P. 2017. The second independent review of the Personal Independence Payment assessment. London: HMSO, p.3

¹²⁸ www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-question/Commons/2017-10-10/107035/

¹²⁹ www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/work-and-pensions-committee/new-s-parliament-2017/pip-esa-assessments-launch-17-19/

for instance, revolving door appointments, lobbying practices, and the growing use of arm's-length bodies. As the government is forced to focus ever more attention on the need to negotiate the terms of Brexit, there must be concern that there will neither the capacity nor the commitment to ensuring that these risks are managed through appropriate reforms of the UK's public integrity framework.

Apuntes acerca de la corrupción en las contrataciones administrativas, con especial referencia a la República Argentina

Mirian Mabel Ivanega

Abstract: Apuntes de la corrupción en las contrataciones administrativas. Con especial referencia a la República Argentina - Corruption in the Argentine Republic transits complex paths; Recent judicial investigations with political, economic and social consequences that can not yet be determined, have revealed the existence of a corrupt system of paying bribes to public officials whose main center has been administrative hiring. In the present article, after considering some statistics that indicate substantial problems in the fight against corruption and briefly recount the main facts and acts investigated, the rules related to the ethical demands and the reforms implemented regarding conflicts of interest will be discussed. in the administrative contracting and the responsibilities of legal persons.

Keywords: Corruption; Impunity; Administrative contracts; Conflicts of interest; Ethics; Corrupción; Impunidad; Contrataciones administrativas; Conflictos de intereses; Ética.

I-Introducción

I.1-Estadísticas de la realidad

Referirse a la corrupción es aludir a variadas manifestaciones de la conducta humana, caracterizadas por la ambición, el egoísmo, la inmoralidad, la traición, el engaño, el descaro, la soberbia.

En definitiva, “la corrupción, mal que nos pese, es una realidad. Una amarga y lamentable lacra que ha caracterizado, en determinados momentos con más intensidad que en otros, la vida del hombre desde su aparición en el planeta”. En la esfera personal y en el ámbito colectivo, aquella pasa a ser connatural a la condición humana tal como manifiesta la historia. A nivel internacional, se convirtió en una amenaza no solo para la actividad política, sino incluso para la seguridad: el crimen organizado, el terrorismo o el narcotráfico son manifestaciones de ello. Bien se ha señalado que gobiernos y empresas

transnacionales, subestimaron la corrupción en sus políticas e inversiones generándose una situación de corrupción sistémica de difícil solución, funcional a los gobernantes¹.

En términos de Transparencia Internacional (TI) “la corrupción sistémica y la desigualdad social se refuerzan recíprocamente”, ambas forman un círculo vicioso que genera “el reparto desigual del poder en la sociedad y desigualdad en la distribución de la riqueza”.

En ese sentido, es indudable que los sectores más pobres son los más afectados por la corrupción, porque limita, deteriora y destruye los bienes públicos que son esenciales para la comunidad.

Si este flagelo causa efectos negativos en la economía y el desarrollo de un país y en la vida de las personas su sociedad, la impunidad termina por agravarlos, sumando una importante cuota de descrédito social que afecta las raíces mismas del Estado Constitucional de derecho. En el caso argentino, la demora excesiva en la tramitación de los procesos y la ausencia de condenas penales han sido una de las formas de esquivar las responsabilidades y de beneficiar a funcionarios y particulares.

El informe de la auditoría realizado por el Cuerpo de Auditores del Consejo de la Magistratura de la Nación, vinculada a causas de corrupción, que fuera dada a conocer a mediados del 2018, indica que durante el período 1996-2016 solo se resolvieron en juicio oral el 50% de las causas que se tramitaron en los tribunales judiciales. A su vez, casi un 20% de expedientes llevaban tramitados más de seis años – y hasta diez- sin ser resueltos. El 32% de los funcionarios fue absuelto y un tercio de ellos se benefició por la prescripción de la acción, debido a la demora en la instrucción de las investigaciones por parte de los jueces de primera instancia.

Los delitos investigados fueron los de estafa y defraudación en perjuicio de la Administración Pública, cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles y enriquecimiento ilícito, entre otros.

La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), una ONG argentina, ha sostenido enfáticamente que la impunidad de la corrupción se transformó en un lugar común. “Los jueces prácticamente no dictan condenas por actos de corrupción y, cuando hay sentencias, no suelen involucrar a quienes ocupan u ocuparon cargos de alta jerarquía en el Estado o empresas privadas”.

Conforme a estudios de esa Asociación, las causas de estas situaciones son variadas: desde el déficit de independencia judicial (jueces y fiscales se encuentran demasiado comprometidos con el poder político y económico, y por lo tanto son susceptibles de ser presionados) hasta la ausencia de demandas firmes de persecución y sanción de la corrupción.

Desde esas circunstancias, en el intento de dar a conocer el estado de los procesos judiciales por corrupción, de facilitar fuentes sobre esos casos y abrir un espacio de denuncia generando una instancia para que, quienes trabajen en el Poder Judicial puedan

¹J. Rodríguez Arana Muñoz, *La Directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción en El combate a la corrupción desde la perspectiva del derecho administrativo*, Universidad de Guanajuato, México 2016, p. 327/356.

denunciar irregularidades de manera confidencial, se conformó el Observatorio de Causas de Corrupción, una plataforma online que permite conocer las principales investigaciones, quiénes son los funcionarios investigados, el juez y fiscal a cargo, el tiempo que lleva abierta, los principales avances y las demoras en su tramitación².

Otra Organización con un trabajo intenso en la materia es Poder Ciudadano, que desde 1993 se constituye como el Capítulo Argentino de Transparencia Internacional.

En el último tiempo, ha considerado la necesidad de insistir en la introducción de modificaciones para evitar la debilidad del sistema judicial y reducir el margen de arbitrariedad de los actores en el proceso ante la justicia. En ese sentido, propone:

- El dictado, por parte del Poder Judicial, de normas o códigos de ética
- La reformulación del Consejo de la Magistratura de la Nación
- La provisión de información pública en forma efectiva
- Que el presupuesto del Poder Judicial sea público, tanto en su confección como en su aplicación efectiva y que los patrimonios de los funcionarios sean sólidamente justificados.

- La necesidad de regular el lobby
- La publicidad de los mecanismos de designación de interventores, administradores, síndicos o tasadores en procesos judiciales
- La institucionalización de las auditorías judiciales

Coincidimos en que resulta ineludible, reforzar las instituciones encargadas de controlar la lucha contra la corrupción, pues es “en el marco de instituciones bien diseñadas, robustas y adecuadamente fiscalizadas que los índices de corrupción descenderán”³.

Por eso, la preocupación por la ausencia de eficacia en el ámbito judicial, obligó a generar información fehaciente sobre la situación de los procesos con el objeto de diseñar nuevas estrategias para mejorar el sistema judicial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, no estuvo ajena a esta realidad y si bien ya había creado en el año 2014 un Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializados en Casos de Corrupción y Delitos contra la Administración, en el 2018 decidió conformar en el ámbito del Cuerpo de Auditores Judiciales, una dependencia con competencia para efectuar el relevamiento, supervisión, control del funcionamiento, de gestión y auditoría de los tribunales y demás órganos de la administración de justicia que le encomiende la Corte (Acordada 1/2018).

Las estadísticas indican el grado de corrupción presente en la República Argentina, que obtuvo treinta y nueve (39) puntos sobre cien (100) posibles en el Índice de Percepción de Corrupción (ITC) de Transparencia Internacional 2017 (medición de la percepción de la corrupción en el sector público) ubicándose en el puesto 85 entre los 180 países analizados.

² www.acij.org.ar

³ www.poderciudadano.org (Lucha contra la corrupción).

Si bien se obtuvieron tres (3) puntos más respecto del 2016, aún se encuentra entre los países percibidos como altamente corruptos. Argentina comparte el puesto ochenta y cinco (85) con países como Benín, Kosovo, Kuwait, Islas Salomón, y Suazilandia.

En el plano regional, ocupa el puesto 16 sobre 31 países de toda América: Canadá es el percibido como menos corrupto, mientras que Venezuela se ubica en el otro extremo (puesto 169).

El relativo avance en los índices en el último año obedeció al dictado de determinadas leyes como la del Colaborador Eficaz (“arrepentido”), la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de reglamentos sobre conflictos de intereses. A eso se sumó la reactivación de causas judiciales vinculadas a delitos de corrupción y a la asunción de compromisos en el ámbito del Grupo de los 20 o G-20, que cuenta con un espacio específico -Grupo de Trabajo Anticorrupción- y cuya finalidad principal es apoyar a los Estados en la adopción de políticas públicas vinculadas a ese tema, desde tres ópticas complementarias: prevención, investigación y sanción. En ese ámbito, la Argentina se comprometió a implementar determinados instrumentos de gestión relacionadas, por ejemplo, con la integridad en las contrataciones públicas; con la protección de denunciantes de casos de corrupción, entre otros.

A partir de esta breve descripción es evidente que, en el país, las causas y los efectos de la corrupción involucran factores de diversa naturaleza que complejizan su análisis, pues además de los indicados se suman los de naturaleza constitucional como la estructura federal con las consecuentes relaciones que se establecen entre la nación y las provincias, y las competencias de los poderes judiciales. Los tipos de instrumentos y mecanismos utilizados que han favorecido las conductas corruptas (vgr.: las contrataciones públicas); la jerarquía de los funcionarios públicos involucrados y el rol que ha tenido el empresariado argentino, son otros componentes consustanciales que contribuyen a su complejidad.

Por esta razón, estudiar la corrupción argentina puede llevar a indagar en un universo enrevesado que incluye diferentes hechos delictivos, procesos judiciales, organismos administrativos, sujetos comprometidos, herramientas normativas, judiciales y administrativas.

Desde la óptica del derecho administrativo, los estudios doctrinarios sobre la corrupción se basan principalmente en el “deber ser” de la actuación pública, es decir en los principios de ética pública, transparencia pública, acceso a la información, la denominada buena administración y el rol de determinados organismos de control no judicial.

Sin embargo, el análisis sustancial del tema está concentrado en el derecho penal y en las investigaciones de la justicia penal competente, algunos de cuyos ejemplos se relatarán a continuación.

En consecuencia, en esta oportunidad hemos solamente de referirnos a los supuestos específicos de conflictos de intereses en la contratación administrativa -luego de una breve descripción de los hechos ilícitos de mayor trascendencia actualmente investigados en el ámbito del Poder Judicial- y al contexto normativo dictado en los dos últimos años, aplicable a la Administración Pública Nacional, ya que a nuestro criterio configuran un instrumento de prevención necesario para retomar el camino de la legitimidad.

I. 2-Aclaraciones acerca del sistema judicial federal

Es imposible comprender la realidad argentina sino se comienza por aclarar que nos encontramos ante un país federal.

El artículo 1 de la Constitución Nacional consagra que la nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, coexistiendo tres órdenes definidos: la nación, las provincias (dentro de éstas de los municipios sin perjuicio de su autonomía constitucional) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los vínculos entre ellos son de subordinación (los ordenamientos locales deben ajustarse al federal), de participación (que se presente en la intervención de las provincias en decisiones del gobierno nacional, por ejemplo, mediante la Cámara de Senadores) y de coordinación (ya que las competencias son distribuidas y compartidas en algunos casos).

Al lado de esa coexistencia se presentan los poderes judiciales: el nacional que ejerce jurisdicción en todo el territorio, y el provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se ejercen en cada uno de esos ámbitos.

La llamada jurisdicción federal es la facultad que se le confiere al Poder Judicial de la Nación para administrar justicia según los siguientes parámetros: por la materia, por la investidura del sujeto, por el lugar. Es de excepción, taxativa y no puede ampliarse, es de orden público constitucional y por lo tanto imperativa, improrrogable e irrenunciable

También existe una división en razón de la materia: son los fueros civil, comercial, penal laboral, contencioso-administrativo, de seguridad social.

Ahora bien, existe un importante casuismo a la hora de determinar la intervención de un juez federal y ello es comprobable en el fuero penal, pues si bien algunas normas establecen en forma precisa la justicia competente para cada delito, ello no es uniforme ya que no existe un marco jurídico general que describa en forma completa todos los delitos con el detalle de la justicia que debe intervenir.

Lo cierto es que, a los fines del presente estudio, cabe indicar que la investigación de determinados delitos categorizados como “corrupción”, son competencia de la justicia federal.

Las figuras típicas encuadradas en esa noción son las llevadas a cabo por funcionarios públicos y por los particulares en determinados supuestos penales, por ejemplo, enriquecimiento ilícito, omisión maliciosa de datos en declaraciones juradas patrimoniales, negociaciones incompatibles con la función pública, exacciones ilegales, cohecho activo y pasivo, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias activo y pasivo, fraude en perjuicio de la Administración Pública, violación de deberes del funcionario. También se suelen incorporar los de lavado de dinero de origen delictivo, peculado, soborno internacional, utilización de información y datos reservados con fines de lucro.

II- Apuntes acerca de las situaciones de corrupción en las contrataciones administrativas

Un análisis ecuánime de las contrataciones administrativas muestra que en ellas se entrelazan objetivos políticos, económicos, sociales, recursos públicos y regulaciones, configurando un conjunto interrelacionados de elementos, es decir un real sistema.

Es innegable que tales contrataciones constituyen un pilar fundamental de la prestación de servicios para los gobiernos, por el gran volumen de gasto que representa, que gobernados con eficiencia pueden y deben desempeñar un papel importante para fomentar la eficiencia del sector público y a su vez establecer la confianza de los ciudadanos. "Los sistemas de contratación pública bien diseñados también contribuyen a alcanzar objetivos políticos urgentes como la protección del medio ambiente, la innovación, la creación de empleo y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas"⁴.

En esa línea argumental, los mecanismos para combatir la corrupción se enrolan en las consignas de la "gobernanza estratégica" considerada en la Recomendación OCDE de 2015 como aquella que: a) apoya la asignación adecuada de los recursos públicos mediante la utilización de la contratación pública como una herramienta estratégica; b) permite una mayor eficiencia en el gasto público, por ejemplo un ahorro del 1% representa 43 mil millones de euros al año en los países de la OCDE; c) mitiga los riesgos como la ineficiencia y la corrupción.

Esas sugerencias basadas en los principios fundamentales de la Recomendación del año 2008 sobre el fortalecimiento de la integridad en la contratación pública, reflejan el rol esencial que debe desempeñar la gobernanza de la contratación pública para lograr la eficiencia y promover los objetivos de las políticas públicas.

438

En definitiva, la contratación pública es una suma de complejidades, realidades y políticas que trascienden las fronteras de un país y que ha obligado a que organizaciones internacionales se involucraran directamente a través de directivas y recomendaciones, enfatizando la eficiencia y la transparencia.

Por ello, ética pública y contratación administrativa "deben" conformar una unidad no solo en términos normativos-formales, sino fundamentalmente en un sentido teleológico.

En ese marco, los principios generales de concurrencia, igualdad, transparencia, eficacia, buena fe, responsabilidad, entre otros, configuran un bloque informador del contrato administrativo cuyo cumplimiento conforman su dimensión ética. La valoración a partir de esta perspectiva, debería permitir detectar cuando la contratación de instrumento de política pública con una finalidad de interés general, pasa a convertirse en un centro de corrupción.

La República Argentina no ha sido ejemplo en tal sentido, los hechos que se describirán a continuación reflejan un entramado kafkiano de corrupción.

II.1-El caso de los "cuadernos de la corrupción"

El país se encuentra ante uno de los fenómenos más trascendentes desde el punto de vista de la investigación judicial de actos de corrupción.

⁴ <https://www.oecd.org>

En los últimos meses ocupó un lugar preminente en los medios de comunicación, nacionales e internacionales, el caso judicial denominado “cuadernos de la corrupción”, “de las coimas” o “Gloria gate” -nombre que refiere a la marca de tales cuadernos- que se vincula principalmente con los sobornos pagados en las contrataciones administrativas.

Considerado el escándalo de corrupción más importante de la historia argentina, las investigaciones judiciales aún no tienen límites definidos ni tiempos previsible, por las sumas millonarias, la cantidad de sujetos involucrados y la red de ilícitos cometidos.

En enero de 2018, un periodista de uno de los medios de prensa escrita más importante del país, recibió una cantidad de cuadernos que contenían información detallada vinculada al pago de sobornos a funcionarios públicos. El contenido de aquellos y la descripción que contenían motivó que tan relevante información, fuera puesta en manos de la justicia. Comienza así, la mayor investigación de corrupción cuyas derivaciones pueden multiplicarse a partir de la modificación del Código Penal por la ley del “arrepentido”.

Los cuadernos (ocho en total) contenían anotaciones manuscritas del chofer de quien fuera un alto funcionario del Ministerio de Planificación de la Nación, con un detalle puntilloso de fechas, domicilios, reuniones, cifras movimientos y nombres de funcionarios y empresarios que regularmente eran trasladados por aquel, entregando y/o recepcionando bolsos o valijas que supuestamente contenían dinero.

La minuciosidad con que se registraron los datos y las referencias específicas que posteriormente fueron corroboradas por la justicia, ha puesto en jaque a los políticos y los empresarios que se encontraban unidos en una red corrupta vinculada, principalmente, con los contratos de obra pública y el sector energético.

A partir de una verdadera asociación ilícita, según información periodística el pago de sobornos a ex-funcionarios públicos para obtener la adjudicación de obras y la cartelización de empresas, implicaba una ganancia para los funcionarios (el “retorno”) que podía oscilar entre el 10% y el 20% del total presupuestado para la obra. Ese porcentaje terminaba siendo sumado al precio del contrato celebrado con el Estado, a fin de que el contratista pudiera resarcirse del costo extra de la “coima” entregada.

Como un verdadero “tsunami”, importantes empresas argentinas y sus altos ejecutivos terminaron admitiendo la conformación de un “club de la obra pública” y el sobredimensionamiento de costos en las contrataciones.

Más allá de la trascendencia que tuvieron dichos cuadernos, la figura del arrepentido, constituyó también una fuente principal de información para investigar esos caminos sinuosos de la corrupción, ya que los involucrados ofrecieron a los fiscales de las causas judiciales descripciones del vasto sistema de sobornos durante más de diez años a partir de 2003. Esa modalidad, fue producto de dos leyes, 27.304 -que modificó el Código Penal permitiendo que partícipes o autores de determinados delitos brinden información o datos precisos comprobables y verosímiles, durante la tramitación del proceso en que sean parte- y 27.401 -responsabilidad penal de las personas jurídicas-.

Esta brevísima referencia, es una muestra de la complejidad que conlleva la lucha contra la corrupción.

Las contrataciones administrativas han sido el instrumento principal de ese flagelo, produciéndose en la actualidad una verdadera incertidumbre respecto a la continuidad de contratos en ejecución sospechados de irregulares por la forma en que se concretaron originariamente, así como por la celebración de nuevos acuerdos con empresas cuyos directivos se encuentran privados de su libertad o por lo menos procesados. Ni siquiera el modelo contractual de participación público-privada (aplicado principalmente a las concesiones viales) pudo sortear las consecuencias de las investigaciones.

A pesar de este panorama, hay una tendencia positiva respecto a establecer reglas contractuales más transparentes y cumplir con las exigencias de organismos internacionales.

De esta forma, al progreso de los procesos judiciales se sumó la sanción de una serie de normas destinadas a prevenir actos de corrupción y también a facilitar la investigación administrativa y judicial, en el ámbito de las contrataciones administrativas.

III - Conflictos de intereses en la contratación administrativa

III.1-Los regímenes básicos.

En el caso de la República Argentina, a nivel nacional, las contrataciones se rigen básicamente por el Decreto Delegado N° 1023/01 (Régimen General para la compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional; incluyendo obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias) y las leyes 13.064 de Obra Pública, 17.520 de Concesiones de Obra Pública (para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peajes) y 27.328 de los Contratos de Participación Público-Privado.

Con relación al tema que nos convoca, interesa destacar algunos de los artículos del Decreto 1023/01 de aplicación también a las obras públicas en la medida que no se opongan a la ley específica que las rige.

El artículo 3° establece que los principios generales a los que debe ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas son:

- a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado;
- b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes;
- c) Transparencia en los procedimientos;
- d) Publicidad y difusión de las actuaciones;
- e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones;
- f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con

la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden”.

A su vez, el artículo 9 regula que “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas. Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas”.

La presencia de actos corruptos es causal determinante del rechazo de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato; en tal sentido el artículo 10 consagra que tales conductas son las que se configuran como dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que:

a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato, hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) o para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con tal competencia, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; c) cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con esa competencia, con el objeto de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

Son considerados sujetos activos de esta conducta, quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.

Este esquema demuestra que desde el 2001 existían normas específicas destinadas a prevenir y sancionar situaciones que pudieran afectar la transparencia de las contrataciones y constituir violaciones a la ética pública. Sin embargo, ellas no fueron suficientes para evitar los circuitos irregulares a los que se sometieron los actos contractuales de mayor significatividad económica.

III.2-Situaciones de conflictos de intereses de los funcionarios públicos

Uno de los ámbitos que más afecta los valores éticos en la gestión pública y que destruye principios tan importantes como la imparcialidad y la objetividad, es el conflicto de intereses.

La regulación específica de estas situaciones, incluso por organizaciones internacionales, se enmarca en la llamada "juridización" de la ética pública.

Cabe recordar que la inclusión de la ética o la moral en la agenda de las democracias está orientada a la búsqueda de valores o parámetros de corrección, con el objetivo de servir de orientaciones básicas para el comportamiento humano en la sociedad.

En cada comunidad y momento histórico, la conducta del hombre, en cuanto ser libre que decide, se rige por una serie de normas y principios de distinta fuerza y naturaleza obligatoria.

Las sociedades asumen como propios una serie de valores porque los considera base de la convivencia civilizada. El hombre se sujeta, así, a los usos y costumbres sociales y a las leyes y reglamentos que dicta el Estado, pero también se siente obligado por ciertas normas que no se imponen en forma coactiva, que no son coercibles.

"La validez de la norma no depende de una autoridad externa que la dicta y la aplica, sino que su valor intrínseco". Aquella "juridización" se presenta por el creciente y expandido fenómeno de la corrupción política en todos los ámbitos de la vida pública, realidad que ha llevado a crear "oficinas de ética" y sancionar "códigos de ética" que dotan normas propias del ámbito de la moral de la fuerza obligatoria y coercible, típicas de las normas jurídicas. Este fenómeno "es la respuesta al reclamo social de mayor transparencia y honestidad en la actividad pública". Tal proceso comprende dos tipos de normas jurídicas: las que apuntan a la prevención de la corrupción, fijándose reglas y estándares de conducta y la creación de organismos con competencia para interpretar, aplicar y controlar su cumplimiento y las que se dirigen a penalizar la penalización de conductas⁵.

Justamente los conflictos de intereses tienen un especial protagonismo porque se muestran como una parte común y habitual de la corrupción.

En esos casos, entre organizaciones privadas y públicas se tejen tramas complejas que ponen en riesgo principalmente a la función pública (referida a todos los poderes estatales) por afectarse principios tales como la independencia, la objetividad, la buena fe y la igualdad de trato.

En este punto, es interesante recordar que la Oficina de Ética Pública de las Naciones Unidas, explica que los riesgos de conflicto de interés pueden presentarse en dos niveles: el institucional y el personal. En el primer caso, con motivo del resultado de otras actividades o relaciones, una organización no puede prestar servicios imparciales o su objetividad se ve o puede verse afectada. También se configura cuando la organización tiene una ventaja competitiva injusta. La otra situación, es aquella en la cual el conflicto surge del interés personal del sujeto, es decir cuando los intereses privados de una persona interfieren o puede entenderse que interfieren, con el cumplimiento de sus funciones⁶.

Si bien no siempre tales conflictos importan una conducta irregular por parte del funcionario, resulta imprescindible conformar mecanismos de prevención y de solución ante su configuración, en particular por la percepción que tiene la sociedad de los funcionarios públicos.

Efectivamente, pesa sobre éstos una "desconfianza generalizada", que obliga a articular instrumentos que favorezcan la transparencia, entre ellos los vinculados a las situaciones mencionadas.

⁵ D.M. Ferreira Rubio, *Ética Pública y prevención de la corrupción en Corrupción y Transparencia-Informe 2016/2017 de Poder Ciudadano*, EUDEBA, Buenos Aires, 2017, p.151/170.

⁶ <http://www.un.org/es/ethics/disclosure>

Sin embargo, es necesario separar el conflicto de sus efectos; la sola posibilidad de su configuración es reprochable, con independencia de si ello produjo o no un perjuicio concreto a la organización, a otro funcionario o a un ciudadano. La preservación de los valores éticos en el ámbito público, obliga a regular y sancionar la presencia de aquel, sin perjuicio de la existencia de otras responsabilidades (patrimonial, penal).

Frente a esas situaciones, quien actúa sabiendo que no lo puede hacer, comete una irregularidad que deberá ser objeto de la sanción correspondiente.

Dentro de los instrumentos aplicados para prever y controlar los conflictos de intereses, se encuentra el deber a cargo de los funcionarios de presentar declaración de las actividades y cargos (en los sectores públicos y privados) desarrollados antes o concomitantemente con el desempeño de la función.

IV-Normas de ética, conflictos de intereses y responsabilidad⁷

IV.1-Ley 25.188

Si bien es una ley sancionada en el año 1999, las figuras y comportamientos por ella regulados amerita su referencia.

Esta norma sigue los lineamientos de la Convención Interamericana contra la Corrupción, habiendo reformado el Código Penal al introducir nuevas figuras delictivas y modificar otras, como por ejemplo el cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con la función pública, omisión en la presentación de declaraciones juradas patrimoniales, etc.

Regula los deberes, las prohibiciones las incompatibilidades en la que podían incurrir todos aquellos que se desempeñaran en la función pública del Estado, incluyéndose como obligados a empleados y funcionarios en todos sus niveles y jerarquías, permanentes o transitorios, por elección popular, designación directa, por concurso o cualquier otro medio legal, extendiéndose a magistrados.

Este amplio ámbito subjetivo de aplicación, la convirtió en una ley marco que sirvió de base para otras normas de transparencia y para que cada Poder estatal dictara reglamentaciones complementarias, por ejemplo, las relacionadas con el acceso a la información pública.

De su texto destacamos, que quien se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas debe: a) renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo, b) abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en

⁷ La Constitución Nacional de 1994, incorporó el artículo 36 que, en su parte pertinente, regula: *...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.* En esa disposición no aparece claramente tipificado el delito de corrupción, dejándolo librado a la reglamentación legal.

cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres años o tenga participación societaria.

Aun cuando esa norma revistió especial importancia y constituyó en su momento un avance significativo en la materia, tampoco constituyó un instrumento idóneo para prevenir, detectar, controlar y castigar los actos de corrupción.

Por eso, la realidad también superó al contexto legal cuya ineficacia obligó a reglamentar situaciones en las que se viera afectada la confiabilidad de la gestión de los funcionarios públicos.

Se tratan de dos decretos del Poder Ejecutivo Nacional con un común denominador: prevenir que se produzcan actos de corrupción.

IV.2- Los decretos 201/17 y 202/17

El primero de los decretos regula los conflictos que pueden derivarse del vínculo entre las máximas autoridades nacionales (Presidente de la Nación, Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros o Ministros del Poder Ejecutivo Nación o autoridad de igual rango) y algunas de las partes –sus representantes legales o letrados patrocinantes- de un proceso judicial de un organismo o entidad del Sector Público Nacional⁸.

Si bien no regula en forma directa las modalidades de contrataciones administrativas, éstas pueden verse afectadas cuando esos procesos tienen por objeto conflictos entre la Administración Pública y contratistas. De presentarse las situaciones que regula, el Estado Nacional tendrá que estar representado y/o patrocinado en forma directa por la Procuración del Tesoro de la Nación⁹, pues las autoridades mencionadas deben abstenerse de tomar cualquier tipo de intervención en aquel caso.

⁸ Conforme al artículo 8 de la Ley 24.156 el Sector Público Nacional “está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.”

⁹ La Procuración del Tesoro de la Nación es el máximo organismo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional y de los altos funcionarios de la Administración Pública Nacional. Además de dictaminar sobre las cuestiones jurídicas sometidas a su competencia, representa y patrocina al Estado Nacional en juicios de relevante significación económica o institucional, cuando el Presidente lo decida

En el supuesto de Ministros y autoridades equivalentes, la relación con las partes debe darse en procesos que tramiten en su órbita o ámbito de su competencia.

Los supuestos de vinculación que generan la limitación mencionada son:

- a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad;
- b) Sociedad o comunidad;
- c) Pleito pendiente;
- d) Ser deudor o acreedor;
- e) Haber recibido beneficios de importancia;
- f) Amistad pública manifestada por gran familiaridad y frecuencia en el trato;
- g) En el caso de las personas jurídicas, cualquiera de los vínculos anteriores respecto a un director, accionista o socio que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas.

Con el objeto de transparentar situaciones conflictivas en esos términos y para asegurar la debida defensa de los intereses públicos involucrados en los procesos, se pone a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación obligaciones tales como:

-defender al Estado Nacional, asegurando los máximos estándares de fundamentación, difusión y transparencia, para “evitar toda duda o prevención de la ciudadanía acerca de la recta e inequívoca gestión en favor del interés público en todos los casos contemplados en el presente decreto”;

-publicar y mantener actualizada en el portal web del organismo información vinculada a las: causas judiciales y otras actuaciones; datos actualizados sobre el estado de las actuaciones y las audiencias o reuniones a celebrarse.

Los servicios jurídicos permanentes de los Organismos y entes comprendidos en la norma, deben comunicar en forma inmediata y fehaciente a dicho Organismo, el inicio de todo proceso en los términos del decreto, sin perjuicio del procedimiento a cumplir y las comunicaciones a la Oficina Anticorrupción, la Sindicatura General de la Nación y la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración del Congreso de la Nación.

El segundo decreto, N° 202/1710, se dirigió a prevenir situaciones específicas de conflictos en las contrataciones, por ello impuso el deber de **presentar Declaración Jurada de Intereses** de toda persona que se presente en una contratación de licitación pública o de otorgamiento de una licencia, autorización, habilitación o derecho real de un dominio público tramitada en los organismos y entes del Sector Público Nacional.

o por decisión del Procurador en uso de facultad delegada. Es el abogado de la República Argentina antes organismos jurisdiccionales o arbitrales extranjeros, instruye los sumarios disciplinarios a funcionarios de las dos más altas jerarquías de la Administración y dirige el Cuerpo de Abogados del Estado (compuesto por los servicios jurídicos permanentes de los organismos de la Administración Pública Nacional).

¹⁰ Este decreto fue reglamentado por la Resolución 11-E/2017 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia, Lucha contra la Corrupción, que aprobó el formato de la declaración jurada de intereses y los lineamientos para la elaboración de los mecanismos fijados en la ley, esto es pacto de integridad, testigo social, veeduría especial de organismos de control y audiencia Pública.

A través de esa Declaración Jurada de Intereses debe informarse "si existe una vinculación que origina conflicto respecto del Presidente, Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros, demás Ministros y autoridades de igual rango del Poder Ejecutivo Nacional aunque éstos no tengan competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata".

También comprende a los funcionarios de rango inferior a Ministro, en el caso que tengan competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante.

Los conflictos de intereses previstos (respecto de los que debe presentar la declaración) son los mismos que los mencionados en el Decreto 201/17. De configurarse alguno de aquellos supuestos, el organismo o ente contratante debe comunicar tal circunstancia a la Oficina Anticorrupción y a la Sindicatura General de la Nación, así como arbitrar los medios necesarios para dar la debida publicidad del caso.

Independientemente de que el funcionario involucrado deberá abstenerse de intervenir, corresponde la aplicación de alguno de los cuatro mecanismos fijados con el objeto transparentar el procedimiento:

- celebración de pactos de integridad
- participación de testigos sociales
- veeduría especial de organismos de control
- audiencias públicas

Los pactos de integridad son acuerdos expresamente vinculados al cumplimiento de la ley, suscriptos entre todos los actores que intervienen en un procedimiento alcanzado por el Decreto, en el que las partes asumen el compromiso de actuar con transparencia, ética e integridad, con sujeción a las responsabilidades que se establezcan en cada caso.

El segundo método, es el "testigo social", identificado como toda persona o grupo de personas, perteneciente a la Sociedad Civil, grupos o expertos de la comunidad científica y/o académica y/o Colegios de Profesionales, nacionales o internacionales, designada por organismos o entidades para ejercer control sobre el desarrollo y la ejecución de los procedimientos comprendidos en la norma.

La veeduría es un procedimiento especial a cargo de organismos de control del Sector Público Nacional, quienes podrán efectuar recomendaciones u observaciones con el objeto de promover los más altos estándares de integridad y transparencia.

Por último, la audiencia pública es un mecanismo de bases constitucionales, obligatorio en los procedimientos de determinación y actualización de tarifas de servicios públicos.

Su celebración busca permitir y promover una efectiva participación ciudadana, confrontando de forma transparente y pública las opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones vinculadas a las cuestiones sometidas a consulta. Este procedimiento se regirá por los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad.

En síntesis, la adopción de las medidas reguladas (que pueden aplicarse a todas las etapas del contrato) constituyen mecanismos que no obstan a la continuación de la contratación. Esto es así, porque el decreto mencionado es una norma que tiene por objeto

prevenir conflictos de intereses y, en su caso, darlos a conocer, con la intervención de organismos de control competentes.

La importancia de tales instrumentos también está presente en las consecuencias previstas en el caso de que se omita la presentación de la Declaración Jurada de Intereses, pues ello permite que el organismo contratante excluya al oferente del procedimiento; además de la atribución para aplicar las sanciones legales si constata la falsedad de la información incluida.

IV.3-Ley 27.401 -Responsabilidad penal de las personas jurídicas

La inclusión de esta norma legal, obedece a la importancia que ha tenido en las investigaciones judiciales antes relatadas, pero también por haber introducido el sistema de “compliance” regulando la situación especial de las contrataciones administrativas. Desde de marzo de 2018 rige la ley de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, que hubieran cometido, directa o indirectamente, con su intervención, en su nombre, interés o beneficio, y/o a través de terceros sin atribuciones para obrar en su representación, los siguientes delitos:

- cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional,
- negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas,
- concusión,
- enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y/o
- balances e informes falsos agravados.

El nuevo sistema implica que no resulta necesario la declaración de culpabilidad de una persona humana por un delito cometido en el marco de su organización interna, para la atribución de responsabilidad penal contra una persona jurídica, pues basta con que se acredite que dicho ilícito no podría haberse cometido sin la tolerancia de sus órganos.

Las penas aplicables podrán ser multas de 2 a 5 veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; la suspensión total o parcial de actividades, por un máximo de 10 años; la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos; la disolución y liquidación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria. La acción penal prescribe a los 6 años de la comisión del delito.

Sin embargo, quedan exentos de pena aquellos que espontáneamente hayan denunciado un delito previsto en la ley, hubieren implementado un sistema de control -denominado programa de integridad- y supervisión adecuado, y devuelvan el beneficio indebido obtenido.

Respecto del programa de integridad o “compliance” lo relevante es que debe prever un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos que promuevan la integridad, supervisión y control, orientado a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos.

Específicamente debe contener reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público.

Ese programa, es exigible para poder contratar con el Estado Nacional en los casos de requerir, por su monto, la aprobación de un funcionario con rango no menor a Ministro, y cuando los contratos se encuentren regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328, y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

Otra medida prevista es la “colaboración eficaz” (también regulada por la mencionada Ley 27.301 aunque cuando en ésta comprende todos los delitos) consistente en acuerdos entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, a través del cual aquella se obliga a cooperar a través de la relevación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes, o el recupero del producto o las ganancias del delito. Su celebración implicará el pago de una multa, cuyo monto equivaldrá a la mitad del monto mínimo previsto como sanción. Dicho acuerdo deberá, además, ser homologado judicialmente.

IV.4-Proyecto de ley de extinción de dominio

A pesar de encontrarse en pleno debate parlamentario con posiciones encontradas, es importante mencionar que este proyecto constituye un instrumento fundamental en la lucha contra la corrupción.

Se está frente a una figura jurídica mediante la cual el Estado puede apropiarse y disponer de bienes y activos cuyo origen o destino son ilícitos. No se trata de una expropiación, ni de una contraprestación o compensación, sino del recupero de bienes y recursos vinculados a actividades de aquella naturaleza.

La pérdida de dominio presupone que los bienes adquiridos con capital ilícito no gozan de legitimidad y por ende carecen de protección legal.

Este tipo de políticas de recupero tratan de impedir que se disfruten los beneficios económicos provenientes de delito, con transferencia de ganancias ilícitas al Estado para que las aplique a finalidades públicas. Existen, por lo tanto, una serie de medidas que se adoptan para poder reconocer, cautelar y decomisar dinero en cuentas bancarias, inmuebles, etcétera.

Si bien no todos los países lo regulan de similar forma, existe cierta uniformidad en cuanto a los instrumentos para recuperar los bienes, reconociéndose que la corrupción trasciende las fronteras y que por lo tanto la recuperación debe incluir la repatriación de bienes y fondos de origen delictivo.

Como se indicó, en la República Argentina es una deuda pendiente, a pesar de la suscripción de los numerosos tratados y convenciones internacionales contra la corrupción y delincuencia organizada, etc.

Los intensos debates que se produjeron en ambas Cámaras legislativas hacen prever un camino extenso hasta que ese proyecto se convierta en ley. La Cámara de Senadores en agosto de 2018 modificó sustancialmente la iniciativa que había llegado de Diputados, la cual deberá volver sobre el tema.

Dos de los puntos conflictivos son la oportunidad de iniciar la acción (antes de sentencia condenatoria o no) y el fuero judicial competente pues mientras el proyecto original otorgaba la competencia del fuero civil, la modificación votada por la mayoría de los senadores introdujo que la extinción de dominio debía ejecutarse en el fuero penal una vez dictada una sentencia de primera instancia.

V. En conclusión

La realidad impone una revisión sustancial de los esquemas tradicionales de las contrataciones administrativas.

Los actos y contratos administrativos objeto de investigación judicial, aludidos en el punto II, han demostrado los caminos intrincados que pueden transitarse en el mundo de la corrupción.

Sobornos y conflictos de intereses son dos situaciones interrelacionadas que encuentran allí un terreno fértil para expandirse.

A la fecha no es posible adelantar conclusiones ni vaticinar cual será el final de los procesos o si las condenas abarcarán a todos los implicados.

El caso argentino parece estar en manos exclusivas de la justicia penal y de los fiscales.

Sin embargo, el derecho administrativo no puede estar ajeno a los impactos sufridos; la corrupción obliga tanto a reformular el contenido tradicional de los principios aplicables (en particular los de concurrencia, publicidad e igualdad) como a retomar los criterios de eficiencia y eficacia en la concreción de tales contratos y el rol esencial de los organismos de control interno que también deben constituirse en herramientas efectivas en la lucha contra la corrupción.

Il contrasto alla corruzione in Ungheria

di Mauro Mazza

Abstract: The fight against corruption in Hungary – The fight against public corruption in post-communist Hungary is mainly entrusted to criminal law. A good number of criminal judgments for events of political-administrative corruption have been pronounced. The European anti-fraud office (OLAF) also investigated Hungarian cases. However, the level of perception of corruption in public administration remains high. The paper examines these aspects, highlighting the criticalities of the Hungarian system of combating corruption also in relation to the alternative institutional forms of corruption prevention as well as the 2018 constitutional reform on administrative justice, the role of the *Ombudsman* and the legislation on whistleblowing. Finally, the essay tries to identify possible paths for the improvement of the legislative/regulatory framework and of the application practices in the anti-corruption sector.

Keywords: Post-communist Hungary; Corruption in public administration; Criminal law and justice; Constitutional reform of 2018 on administrative justice; Public perception of corruption; Alternative institutional forms of corruption prevention; *Ombudsmanship*; Whistleblowing.

1. La corruzione nel sistema penalistico ungherese

Se prendiamo in considerazione gli ultimi centocinquanta anni della storia del diritto penale dell'Ungheria, troviamo che si sono succeduti quattro codici penali. La prima codificazione penale venne adottata, sul modello (prevalente) del *code pénal* francese (del 1810)¹, nel 1878², al tempo dunque della Monarchia austro-ungarica. Il codice

¹ Cfr., sul punto, K. Ligeti, *Criminal Law Reform in Hungary*, in K. Nuotio, *Festschrift in Honour of R. Lahti*, Helsinki, 2007, 333 ss., spec. 334. Meno influente sulla codificazione penale magiara dell'Ottocento fu – secondo l'autore – il (quasi coevo) *Reichsstrafgesetzbuch* (RStGB) del 1871 (v. *op. loc. ult. cit.*). *Contra*, però, v. S. Schafer, *Some Basic Principles of Hungarian Criminal Law*, in *Modern Law Review*, 1959, 164 ss., il quale afferma che modelli notevoli del codice ungherese furono le codificazioni criminalistiche belga e germanica (cfr. 164, testo e nt. 2, dove il richiamo all'opinione conforme di P. Angyal, *Textbook of Hungarian Criminal Law*, Budapest, 1920, 37). Negli studi più recenti di diritto penale comparato, quest'ultima linea interpretativa riceve crescente consenso: cfr. A. Masferrer (Ed.), *The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of its Predominant French Influence*, Berlin, 2018.

² Con la Legge V del 1878, di cui esistono traduzioni italiane: cfr. *Codice penale ungherese sui crimini e delitti sanzionato il 27 maggio 1878*, estr. da *Riv. pen.*, voll. 9-11, 1878; *Codice penale ungarico sui crimini e delitti (sanzionato il 27 maggio 1878 pubblicato in ambedue le camere del parlamento addì 29 maggio 1878)*, Budapest, 1880. In dottrina, v. S. Mayer, *Das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen*, Wien, 1878; L. Thót, *Il diritto penale ungherese*, Catania, 1907; G. Rácz, *L'evoluzione del diritto penale ungherese dopo la guerra*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 18 ss.

penale magiaro, conosciuto come *Csemegi-kódex*³ ebbe vigenza soltanto nel territorio dell'Ungheria storica (ovvero, la c.d. Grande Ungheria, o anche «Corona di Santo Stefano»)⁴. La seconda codificazione penalistica si ebbe nel 1961⁵, durante la fase socialista del diritto ungherese; parimenti, di impianto social(comun)ista era la codificazione penale del 1978⁶. In epoca *post*-socialista, è quindi intervenuta la codificazione penale del 2012⁷, attualmente vigente nell'ordinamento ungherese.

Le norme sulla corruzione⁸ sono contenute nel capitolo XXVII del codice penale. Esse distinguono, da un lato, le fattispecie della corruzione attiva e di quella passiva, nonché, dall'altro lato, la corruzione che vede implicato un operatore economico da quella che riguarda il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio⁹.

In relazione agli operatori economici, l'art. 290 del codice penale, dedicato alla corruzione attiva, prevede, al primo comma, che chi dà o promette un vantaggio illecito ad una persona che lavora per un operatore economico, ovvero anche a un'altra persona a vantaggio di tale lavoratore dipendente, per indurlo a compiere un atto contrario ai propri doveri, è punito con la reclusione non superiore a tre anni. Il secondo comma della norma incriminatrice menzionata aggiunge che la pena è da uno a tre anni di reclusione se il fatto previsto al primo comma è commesso in connessione con una persona che è autorizzata ad agire per conto dell'operatore economico in modo indipendente. Il terzo comma dell'art. 290 del codice penale contempla un'aggravante, poiché stabilisce che la pena è della reclusione da due a cinque anni nell'ipotesi del primo comma e da due a otto anni nel caso del secondo comma, qualora il delitto sia commesso nel quadro di una associazione a delinquere (con complici esterni al rapporto diretto corruttivo). Il quarto comma precisa che le pene previste nei commi 1 e 2 dell'art. 290 del codice penale si applicano anche se i fatti sono commessi in relazione a una persona che presta la propria attività lavorativa per un operatore economico straniero. Tuttavia, ai sensi del quinto comma dell'art. 290 del codice penale, la pena può essere ridotta ovvero anche interamente non applicata qualora il responsabile della condotta individuata nel primo comma

³ Si veda T. Király, *Der Csemegi-Kodex*, in G. Máthé, W. Ogris (hrsg.), *Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX–XX. Jahrhundert*, Budapest, 1996, 221 ss.

⁴ Sulla quale v. A. Basciani, R. Ruspanti (cur.), *La fine della Grande Ungheria. Fra rivoluzione e reazione (1918–1920)*, Trieste, 2010. Il Trattato del Trianon, siglato a Versailles il 4 giugno 1920, determinò (oltretutto il crollo dell'Impero austro-ungarico) lo smembramento del Regno plurietnico d'Ungheria, così da causare un "trauma" alla nazione magiara.

⁵ Mediante l'adozione della Legge V del 1961, diventata vigente il 1° luglio dell'anno seguente. V. il commento di T. Leh, *Le nouveau Code pénal hongrois*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1962, 412 ss.

⁶ Approvato con Legge IV del 1978, entrato in vigore il 1° luglio 1979 e successivamente più volte emendato (specialmente nel 2005, nonché prima nel 1998 e 2002 in materia di corruzione). Per una disamina, v. K. Karsai, Z. Szomora, *Criminal Law in Hungary*, Alphen aan den Rijn (Netherlands), 2010, con riferimento al diritto penale sia sostanziale che processuale.

⁷ *Id est*, la Legge C del 2012, sul codice penale magiaro, entrata in vigore il 1° luglio 2013. Si veda A. Csúri, *Der lange Weg zum neuen ungarischen Strafgesetzbuch von 2012*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2014, 509 ss.

⁸ Sul codice penale previgente, in materia di corruzione, v. E. Bócs, *The Corruption in Hungarian Criminal Law*, Budapest, 1998; a commento delle attuali norme penalistiche, cfr. M. Tóth, *A Few Remarks About the Criminal Corruption in Hungary*, Pécs, 2014.

⁹ Si sofferma su tali distinzioni (in relazione al c.p. previgente), G. Ilona, *Fighting International and National Corruption by Means of Criminal Law*, in *Acta Juridica Hungarica. Hungarian Journal of Legal Studies*, 2002, n. 3–4, 167 ss.

della stessa disposizione penale confessi alle autorità la propria condotta illecita, svelando altresì agli inquirenti ogni circostanza che abbia rilevanza penale.

Sul versante della corruzione c.d. passiva, sempre con riguardo agli operatori economici, l'art. 291 del codice penale dispone, al comma 1, che la persona che richiede o riceve un vantaggio non dovuto per compiere un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione non eccedente tre anni. Il secondo comma della medesima disposizione penale stabilisce che la pena è da uno a cinque anni e da due a otto anni rispettivamente se la persona commette il reato di corruzione passiva allo scopo di compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio, oppure nel quadro di una associazione criminale (con complici ulteriori rispetto a corrotto e corruttore). Il terzo comma dell'art. 291 del codice penale aggiunge che la pena è da uno a cinque anni se l'autore della corruzione passiva ha la capacità di agire in modo indipendente per conto dell'operatore economico e si ricade nella fattispecie del primo comma dell'art. 291, mentre la pena è da due a otto anni di reclusione se la persona può agire in modo indipendente per l'operatore economico e la fattispecie si inquadra nella previsione del comma 2 dell'art. 291 del codice penale. Qualora, poi, sussista una associazione criminale e l'autore della corruzione passiva possa agire in maniera indipendente per l'operatore economico, la pena è, ai sensi del terzo comma dell'art. 291 del codice penale, da cinque a dieci anni di reclusione. Il quarto comma dell'art. 291 del codice penale precisa che le sanzioni contemplate nei primi due commi della medesima norma penale si applicano anche se l'autore della corruzione passiva svolge la propria attività in favore di un operatore economico straniero. Infine, il quinto comma dell'art. 291 del codice penale prevede che, limitatamente all'ipotesi meno grave contemplata nel primo comma dell'art. 291 del codice penale, la persona rea di corruzione passiva possa ricevere una sanzione penale diminuita, oppure anche possa andare esente da pena, se confessi alle autorità la commissione del reato, sveli alle autorità medesime ogni circostanza del fatto penalmente rilevante nonché consegna alle autorità inquirenti le utilità e i benefici economici illecitamente ottenuti come "prezzo" della corruzione¹⁰.

Le fattispecie penalistiche della corruzione attiva e passiva riguardanti il pubblico ufficiale nonché l'incaricato di pubblico servizio riprendono in parte le previsioni concernenti la corruzione (attiva e passiva) dell'operatore economico. Esse sono contemplate negli art. 293-294 del vigente codice penale, cosicché in definitiva gli art. 290-291 della codificazione penale¹¹ sono da leggersi nella connessione con gli art. 293-294. Con riguardo, dunque, alla corruzione attiva nei confronti del pubblico ufficiale¹², l'art. 293 del codice penale magiaro¹³ stabilisce, al comma 1, la pena non eccedente tre anni di reclusione per chiunque corrompa il pubblico ufficiale dando o promettendo a lui o a altra persona un beneficio illecito, al fine di ottenere dal pubblico ufficiale un atto del proprio ufficio. La pena della reclusione è, ai sensi

¹⁰ Se, dunque, confrontiamo il quinto comma dell'art. 290 del codice penale ungherese con il quinto comma dell'art. 291 c.p., notiamo che la differenza, al fine dell'ottenimento della diminuzione della pena ovvero anche della sua esclusione, consiste nel fatto che nel secondo caso, diversamente che nel primo, l'autore del reato di corruzione (passiva) deve comunque restituire il beneficio illecitamente acquisito.

¹¹ Sopra esaminati.

¹² Ovvero dell'incaricato di pubblico servizio.

¹³ La norma corrispondente nella codificazione penale del 1978 era rappresentata dall'art. 253.

del secondo comma dell'art. 293 del codice penale, da uno a cinque anni se la corruzione attiva del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio si riferisce al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, ovvero commesso eccedendo la propria competenza o in altro modo abusando della propria posizione di autorità. Quanto, poi, alla fattispecie penalistica della corruzione passiva del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio), occorre esaminare l'art. 294 del codice penale ungherese¹⁴. Esso dispone, nel primo comma, che il pubblico ufficiale il quale richiede oppure riceve, per sé o per altri, vantaggi, benefici o altre utilità per compiere atti del proprio ufficio, ovvero anche solo accetta la promessa di tali vantaggi, benefici o utilità, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Il secondo comma della disposizione da ultimo menzionata aggiunge che la pena per il pubblico ufficiale è da due a otto anni se il reato è stato commesso da un funzionario pubblico di livello dirigenziale (la norma parla di funzionario «di alto rango»).

Come si vede, le pene per i reati di corruzione attiva e passiva, rispettivamente nei casi dell'operatore economico e del pubblico ufficiale/incaricato di pubblico servizio, non variano quanto a entità, poiché tanto nel primo che nel secondo caso sono: a) fino a tre anni; b) da uno a cinque anni; c) da due a otto anni. È stato giustamente osservato nella dottrina magiara che la scelta del legislatore penale ungherese è stata nel segno di una diffusa criminalizzazione dei comportamenti corruttivi (sia attivi che passivi), che riguardano non soltanto i pubblici ufficiali¹⁵, ma anche più in generale gli operatori economici¹⁶.

2. Il diritto giurisprudenziale penale ungherese in materia di corruzione e le indagini dell'OLAF sull'utilizzo dei fondi dell'UE per lo sviluppo

Sulla base delle elaborazioni effettuate annualmente da *Transparency International* (TI), sia pure tenendo conto che si tratta di dati predisposti da una ong e che essi misurano non la corruzione effettiva ma quella percepita, l'Ungheria è un Paese con un tasso di corruzione piuttosto elevato. Per il 2017, TI ha assegnato all'Ungheria 45 punti su 100 (66^a posizione sul totale di 180)¹⁷. La media per l'Ungheria dal 1995 al 2017 è di 50,03 punti, con il punteggio più elevato di 55 punti raggiunto nel 2012 e quello più basso calcolato per il 1995 di 41,20 punti. Le rilevazioni concernenti gli ultimi anni hanno, peraltro, segnato un costante peggioramento, dal momento che si è passati dai 55 punti del 2012, ai 54 nel 2013 e 2014, ai 51 del 2015, ai 48 del 2016 fino, appunto, ai 45 del 2017.

D'altro canto, la corruzione amministrativa e/o politica influisce negativamente non soltanto sulla qualità del governo, ma anche sulla situazione delle libertà civili e dei diritti dei cittadini, che non vengono tutelati secondo i canoni dell'imparzialità e della rigorosa applicazione della legge.

Sussiste, dunque, nell'Ungheria post-socialista un livello di corruzione elevato, cosicché non stupisce che vi sia stata una significativa giurisprudenza magiara in

¹⁴ La disposizione corrispondente, nel codice penale del 1978, era costituita dall'art. 250.

¹⁵ Come anche gli incaricati di pubblico servizio.

¹⁶ Cfr. M. Tóth, *A Few Remarks About the Criminal Corruption in Hungary*, cit., 7-8.

¹⁷ Nelle informazioni e nei grafici elaborati da TI, i Paesi più corrotti hanno pochi punti (sul totale di 100), quelli meno corrotti hanno, invece, un punteggio più elevato.

tema di reati di corruzione¹⁸.

Alcuni importanti casi giudiziari penali hanno interessato il Governo e la pubblica amministrazione centrale¹⁹. Nell'autunno del 2000, è stato incriminato per corruzione l'ex Ministro dell'Agricoltura e dello Sviluppo rurale, József Torgyán. Le accuse erano molteplici. Per un verso, veniva contestata all'ex Ministro la costruzione di una villa del valore di 410.000 euro, a fronte di un salario ufficiale da lui percepito quale Ministro di circa 1.230 euro al mese. Come erano state ottenute dal Ministro le somme necessarie? Perché la proprietà della villa non compariva nella dichiarazione patrimoniale a suo tempo resa pubblica dall'esponente politico? A queste domande cercava una risposta la Procura generale di Budapest, che avviò le indagini penali a carico di Torgyán. Nel corso dell'inchiesta giudiziaria penale, svoltasi con largo uso delle intercettazioni telefoniche, emersero altri elementi inquietanti. Per un verso, si fecero indagini sull'utilizzo di (ingenti quantitativi) di denaro pubblico per effettuare viaggi all'estero, segnatamente in estremo Oriente, da parte del Ministro, familiari e membri dello *staff*. Per altro verso, nel 2001, venne intercettata una comunicazione telefonica del figlio del Ministro, Attila, nel quale quest'ultimo parlava di una somma di 12.300 euro che gli sarebbe (secondo l'accusa) stata consegnata²⁰ al fine di mediare con il padre l'assegnazione in favore di una azienda del contratto di fornitura per il ministero dell'Agricoltura del valore di 168.100 euro. Tuttavia, nel febbraio 2001 Torgyán, esponente di spicco del panorama politico ungherese e già candidato²¹ alla carica di Presidente della Repubblica²², rassegnò le dimissioni, cui seguì nel marzo 2002 la definitiva archiviazione, per mancanza di prove, delle accuse penali sia nei suoi confronti che del figlio, mentre il procedimento continuò per tentata corruzione e traffico di influenza contro le altre persone implicate nella vicenda giudiziaria, alcune delle quali furono condannate in sede penale²³.

Nell'ambito della pubblica amministrazione centrale, uno scandalo di corruzione di vaste proporzioni ha interessato l'Ufficio governativo di Budapest competente per il rilascio dei permessi di soggiorno degli immigrati. Nel 2001 l'inchiesta della Procura generale di Budapest, attivata a seguito di alcune segnalazioni, ha accertato che gli immigrati si rivolgevano a una società di intermediazione, versando somme comprese tra 820 e 2.050 euro ciascuno, al fine di "velocizzare" il rilascio dei permessi di soggiorno. A fronte di tempi di attesa ordinaria di alcuni mesi, gli immigrati che si rivolgevano alla detta società di mediazione ottenevano il permesso di soggiorno nello spazio di uno o due giorni, talvolta di qualche ora. L'indagine giudiziaria penale, conclusasi con numerose condanne, ebbe ad accertare che la società di mediazione in questione versava somme

¹⁸ In applicazione delle fattispecie di diritto penale sostanziale esaminate *supra*, nel paragrafo 1.

¹⁹ Le vertenze legali e i provvedimenti giudiziari menzionati nel presente paragrafo sono conoscibili per esteso consultando i siti *on line* dell'*Open Society Institute* (OSI) ora *Open Society Foundations* (OSF, i cui uffici si sono recentemente trasferiti, dal 15-5-2018, da Budapest a Berlino), nonché del Centro per la ricerca sulla corruzione di Budapest, dell'Accademia ungherese delle scienze e, soprattutto, del Consiglio Nazionale della Giustizia, dove si trova la Collezione delle decisioni giudiziarie (v. all'indirizzo birosag.hu/en/national-office-judiciary).

²⁰ O, quantomeno, promessa.

²¹ Nel 2000.

²² Di professione avvocato, Torgyán è deceduto a Budapest nel gennaio 2017.

²³ Tra cui l'uomo d'affari che parlava (promettendo una "bustarella") con il figlio del Ministro nella comunicazione telefonica intercettata (v. quanto detto nel testo).

di denaro non soltanto a impiegati pubblici, ma anche in favore di dirigenti amministrativi di rango elevato, al fine di corromperli e agevolare alcuni immigrati, a scapito di altri, nella concessione in tempi brevi (se non brevissimi) dei permessi di soggiorno.

L'ex Presidente del Comitato per gli appalti pubblici del Parlamento ungherese, Zoltán Székely, è stato posto sotto inchiesta dai pubblici ministeri di Budapest e, quindi, condannato in sede penale nel febbraio 2002 per avere ricevuto da un uomo d'affari una valigetta contenente 82.000 euro, che secondo l'accusa, poi accolta dalla Corte metropolitana²⁴ di Budapest, costituivano il mezzo per corrompere l'uomo politico, finalizzata all'assegnazione di un appalto pubblico²⁵. Zoltán, in quell'occasione, tentò senza successo di difendersi in giudizio, affermando di avere pensato che la valigia contenesse soltanto documenti, mentre il suo avvocato parlò di una «trappola», ordita nel contesto di una congiura politica.

Un altro caso giudiziario di vasta risonanza politica e mediatica ha interessato l'ex Sottosegretario di Stato all'Agricoltura Béla Szabadi. Questi venne arrestato nel 2001, con la concessione degli arresti domiciliari, e successivamente condannato in sede penale dalla Corte metropolitana di Budapest, per una serie di reati a lui contestati, che andavano dall'appropriazione indebita, alla truffa, al falso, alla contraffazione di documenti privati e alla corruzione. In particolare, venivano contestate spese non giustificate (specialmente per viaggi all'estero, accompagnato da familiari e altri soggetti dei quali non era chiara la motivazione della presenza nella delegazione governativa impegnata nella missione), nonché la corruzione (sia attiva che passiva) nell'aggiudicazione di appalti pubblici del ministero dell'Agricoltura e dello Sviluppo rurale.

Anche Péter Medgyessy, che ha ricoperto la carica di Primo Ministro dell'Ungheria dal 2002 al 2004, è "incappato" in un procedimento penale per (asserita) corruzione. Nel dicembre 2001, infatti, venne avviata nei suoi confronti una inchiesta penale, relativa a una complessa operazione finanziaria-immobiliare che vedeva al centro della vicenda una società di consulenza riconducibile allo stesso Medgyessy. Si trattava, secondo l'accusa, della dazione (avvenuta nel 1998) della somma di 110.000 euro da parte della società immobiliare Gresco in favore della predetta società di consulenza, facente capo allo stesso Medgyessy, al fine di "convincere" gli esponenti politici socialisti (partito al quale apparteneva Medgyessy) ad approvare il piano per la vendita e l'utilizzazione del complesso immobiliare *Gresham Palace* di Budapest. Il presunto scandalo di corruzione venne ampiamente dibattuto sui giornali ungheresi, ai quali erano stati recapitati in forma anonima alcuni documenti sottratti durante un furto con scasso nella sede della società commerciale Gresco, appena due giorni dopo l'annuncio pubblicamente dato da Medgyessy della propria intenzione di candidarsi, per il Partito socialista ungherese, alla carica di Primo Ministro. Nel caso in esame, peraltro, non soltanto non si pervenne all'accertamento di alcun reato a carico di Medgyessy, il quale parlò di una attività pienamente lecita di *lobbying*, ma lo stesso Medgyessy instaurò procedimenti civili per il risarcimento dei danni nei confronti di due giornali che avevano pubblicato le notizie relative al presunto caso di corruzione, ottenendo oltre al ristoro

²⁴ O anche Tribunale generale di Budapest.

²⁵ In materia di protezione dell'ambiente.

dei danni morali anche la pubblicazione sui giornali *Magyar Nemzet*²⁶ e *Magyar Demokrata* di rettifiche e correzioni.

Un presunto scandalo per corruzione ha interessato in passato anche il partito politico «Fidesz - Unione²⁷ Civica Ungherese»²⁸, attualmente al potere e solitamente ascritto alla famiglia partitica (invero assai composita) dei conservatori, populistici di destra e di ispirazione cristiana-sociale²⁹. Il caso riguardava il presidente del Comitato esecutivo di Fidesz, Attila Várhegyi, già Sottosegretario presso il ministero per i Beni culturali, accusato nel 1998 di corruzione sia in relazione all'acquisizione di fondi per il sostegno alla sua campagna elettorale sia per quanto concerne l'acquisto, allorché era Sindaco di Szolnok, di un immobile di proprietà comunale per un prezzo giudicato congruo dai funzionari municipali ma in realtà piuttosto modesto rispetto al valore effettivo dell'immobile *de quo*. Nel novembre 2001, su richiesta dello stesso Pubblico Ministero, le accuse penali vennero fortemente ridimensionate, cosicché in conclusione Várhegyi fu condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria per irregolarità amministrative concernenti la pianificazione urbanistica municipale. La decisione, confermata in appello, ebbe come conseguenza le dimissioni di Várhegyi dall'incarico ministeriale, ma non da quello politico.

Il settore della pubblica amministrazione, centrale e locale, che tradizionalmente si è mostrato più esposto in Ungheria al rischio della corruzione è quello degli appalti pubblici. Molte informazioni al riguardo sono raccolte ed elaborate statisticamente a cura della Autorità per gli appalti pubblici di Ungheria, creata con la Legge XL del 1995 sugli appalti pubblici, ora sostituita dalla Legge CXLIII del 2015³⁰, la quale peraltro non ha apportato significati mutamenti nella struttura e nelle funzioni dell'Autorità³¹. Dai dati disponibili nel sito Internet dell'Autorità³² si deduce peraltro che nel nuovo millennio il numero dei procedimenti giudiziari instaurati per reati di corruzione di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio è drasticamente diminuito, dal momento che tra il 2010 e il 2017 i pubblici ministeri hanno all'incirca dimezzato il numero delle azioni investigative avviate in materia di corruzione pubblica, mentre le archiviazioni sono aumentate di circa tre volte. Nella letteratura scientifica edita in Ungheria si trova talvolta accennato uno dei possibili motivi di tale riduzione, che sarebbe in qualche modo da ricollegare alla designazione al vertice della piramide dei pubblici ministeri, ossia alla carica di Procuratore Capo dell'Ungheria, di Péter Polt, giurista, Pubblico Ministero

²⁶ In italiano, «Nazione ungherese». *Magyar Nemzet* è stato il principale quotidiano magiaro, fino alla sua chiusura avvenuta nell'aprile 2018. Secondo l'editore, la cessazione delle pubblicazioni è da addebitare a (non meglio specificati) problemi finanziari.

²⁷ O Alleanza.

²⁸ Il partito è stato fondato nel 1988.

²⁹ Il *leader* di Fidesz è Viktor Orbán, Primo Ministro dell'Ungheria dal 2010 (e, in precedenza, dal 1998 al 2002).

³⁰ La legge del 2015 ha preso il posto della Legge CVIII del 2011. Secondo gli art. 196 e 197, c. 2, della Legge CXLIII del 2015, entrata in vigore il 1° novembre 2015, le previsioni della cit. Legge del 2011 si applicano agli appalti aggiudicati in epoca anteriore al 1-11-2015. Sulla Legge del 2015, approvata dal Parlamento ungherese il 22 settembre 2015, v. C. Balázs Rigó, *Developments in Public Procurement in Hungary – Opportunities and Challenges*, in *Public Finance Quarterly*, 2016, 137 ss.

³¹ V. all'indirizzo Web www.kozbeszerzes.hu/english/#the-public-procurement-authority-of-hungary.

³² Cfr. www.kozbeszerzes.hu.

e docente universitario, ma, soprattutto, membro di Fidesz dal 1993 al 1995, candidato al Parlamento nelle file di Fidesz alle elezioni politiche del 1994, nonché Procuratore Capo sia dal 2000 al 2006 che attualmente, dopo la nomina nel 2010³³. Ciò mentre indagini condotte avvalendosi di interviste anonime hanno permesso di evidenziare che esisterebbe addirittura una sorta di “tariffario”, vale a dire che le imprese pagano abitualmente ai funzionari dell’ente pubblico che procede all’aggiudicazione dell’appalto una percentuale variabile dal 10 al 20% del prezzo di offerta³⁴.

Vi è anche il sospetto, avanzato recentemente dall’Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)³⁵ e quindi ripreso dall’eurodeputata³⁶ tedesca Ingeborg Gräßle³⁷, di irregolarità³⁸ nell’uso di fondi dell’Unione europea in gare d’appalto³⁹. L’indagine dell’OLAF, avviata due anni fa, si è in particolare concentrata su un appalto per l’illuminazione pubblica, che prevedeva l’utilizzo di fondi UE⁴⁰; l’appalto venne assegnato “frettolosamente” a un’azienda ungherese⁴¹ il cui azionista di riferimento era⁴² il genero⁴³ del Premier Orbán. L’OLAF ha evidenziato, nel caso in questione, serie irregolarità, nonché conflitto di interessi.

Secondo un’indagine condotta dal Parlamento europeo, nel 2017 il 36% degli appalti pubblici che utilizzano denaro comunitario ha visto la partecipazione di un unico offerente; tale dato viene, tuttavia, contestato dal Governo ungherese, il quale afferma invece che ciò si è verificato soltanto nel 10% dei casi.

Nella letteratura ungherese, allorché sono stati analizzati gli appalti pubblici

³³ Si vedano F. Alagi, *No Public Procurement Corruption in Hungary? Analysis of the Decisions of the Hungarian Courts between 2009-2014*, Budapest, 2015; I.J. Tóth, M. Hajdu, Id., *The Intensity of Competition, Corruption Risks, and the Winner Companies. Analysis of public procurement of a European capital 2011-2016*, Budapest, 2018; Id., *How does the Kleptocratic State Work in Hungary? A research note based on Hungarian public procurement data*, Budapest, 2018 (dove dati desunti da ben 151,457 appalti pubblici).

³⁴ Cfr. le opere citate nella nota che precede.

³⁵ *Office européen de lutte antifraude*, c.d. agenzia anti-corruzione dell’UE. L’OLAF aveva, altresì, condotto un’indagine, avviata nel 2014, sull’utilizzo di fondi UE per un importo di 283 milioni di euro, destinati alla realizzazione di una nuova linea della metropolitana di Budapest. Secondo il rapporto annuale pubblicato nel giugno 2018 dall’OLAF, la Romania è lo Stato membro dell’UE più investigato dall’OLAF, seguito a pari merito (o, forse meglio, demerito) da Polonia e Ungheria (nel 2017, 11 indagini hanno riguardato la Romania, 10 Polonia e Ungheria). Cfr. *The OLAF Report 2017 Eighteenth report of the European Anti-Fraud Office, 1 January to 31 December 2017*, prefaz. di N. Ilett, Luxembourg, 2018, 13 (per operare un utile raffronto con il nostro Paese, si ricordi che le indagini OLAF relative all’Italia, nel periodo considerato, sono state 5, mentre subito dopo Romania, Polonia e Ungheria, si collocano la Grecia con 9 investigazioni e la Bulgaria con 7).

³⁶ Di centrodestra, esponente della CDU e del PPE.

³⁷ Alla guida della Commissione del Parlamento europeo per il controllo sul bilancio dell’UE.

³⁸ E/o illegittimità.

³⁹ Cfr. I.J. Tóth, M. Hajdu, *How does the Kleptocratic State Work in Hungary? A research note based on Hungarian public procurement data*, cit., 8-9; I.J. Tóth, *Brief Analysis on the Cronyism in Hungary*, Budapest, 2017, e *ivi* v. spec. Parte II, *The OLAF, the MGTS group and the case of István Tiborcz*.

⁴⁰ Per un ammontare di circa 40 milioni di euro.

⁴¹ La *Elios Innovatív Zrt*, con sede legale a Budapest.

⁴² Al tempo dell’aggiudicazione dell’appalto e conseguente esecuzione del contratto (2015-2016).

⁴³ L’imprenditore trentaduenne, di formazione giuridica, István Tiborcz, marito di Ráhel Orbán dal 2013 (il matrimonio è stato celebrato prima del periodo di “osservazione” da parte dell’OLAF: v. la nota che precede).

che utilizzano fondi europei⁴⁴, si è peraltro osservato che «*EU funding has perverse effects on public procurement in Hungary: it has aided in reducing the intensity of competition and increasing both the level of corruption risk and the weight of price distortion, and it has generated the growth of estimated direct social loss due to weak competition and a high level of corruption risk during the periods*»⁴⁵. Ciò, comunque, avviene anche in altri Paesi dell'Europa orientale, come è stato dimostrato da ricerche che, attraverso l'analisi comparativa dei dati sull'utilizzazione di fondi dell'UE in appalti pubblici in Ungheria, Repubblica ceca e Slovacchia, hanno evidenziato che in tali casi il rischio di corruzione è incrementato mediamente del 4%⁴⁶.

3. La recentissima riforma costituzionale sul controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa

Come si è visto sopra⁴⁷, la magistratura ordinaria ungherese ha in più occasioni giudicato il comportamento di importanti uomini politici. In tale contesto, si inserisce da ultimo la revisione costituzionale del 20 giugno 2018⁴⁸, mediante la quale, *inter alia*, si è prevista la possibile istituzione di tribunali speciali, competenti in luogo di quelli ordinari per giudicare gli «atti amministrativi dello Stato». I componenti di tali tribunali speciali, la cui creazione è prevista dal comma 4 dell'art. 25 della Legge fondamentale/Costituzione, verrebbero designati (almeno in parte) direttamente dal Governo centrale tra *ex* funzionari governativi e/o statali. È evidente che i suddetti tribunali speciali potrebbero essere meno propensi di quelli ordinari a sanzionare gli uomini politici, ovvero in particolare gli esponenti di (più) alto rango della pubblica amministrazione, attraverso il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa (centrale e periferica). Tali tribunali speciali avrebbero competenza in settori politico-amministrativi molto rilevanti, come quello delle elezioni, delle tasse e degli appalti pubblici.

La riforma costituzionale del 2018 istituisce, inoltre, l'Alta Corte amministrativa, quale giurisdizione speciale che ha il medesimo *status* della Curia⁴⁹.

⁴⁴ Da studiosi di diritto amministrativo, economia pubblica e *management*.

⁴⁵ In tal senso, v. J. Tóth, M. Hajdu, *Intensity of Competition, Corruption Risks and Price Distortion in the Hungarian Public Procurement – 2009-2016*, in www.crcb.eu.

⁴⁶ Cfr. M. Fazekas, J. Chvalkovska, J. Skuhrovec, I.J. Tóth, L.P. King, *Are EU Funds a Corruption Risk? The Impact of EU Funds on Grand Corruption in Central and Eastern Europe*, in A. Mungiu-Pippidi (Ed.), *The Anticorruption Frontline. The ANTICORRP Project*, 2, Opladen-Berlin-Toronto, 2014, 68 ss. L'analisi ha riguardato oltre 120.000 appalti pubblici, nel periodo dal 2009 al 2012.

⁴⁷ Nel paragrafo 2.

⁴⁸ Approvata dal Parlamento con 160 voti a favore e 18 contrari. Il progetto di riforma (*Bill number T/332 on the Seventh amendment of the Basic Law of Hungary*) è stato presentato dal Governo al Parlamento il 28 maggio 2018.

⁴⁹ *Id est*, la Corte suprema d'Ungheria. Fino alla riforma costituzionale del 2018, presso la Curia era istituito un apposito Dipartimento per le controversie amministrative e del lavoro. Sul sistema giudiziario magiaro, si cfr. V. Miscia, *Il potere giudiziario*, in G.F. Ferrari (cur.), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 101 ss.; S. Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governarance europea*, in *Nomos*, 2012, n. 3, online nel sito www.nomos-leattualitaneldiritto.it; S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2018, 295 ss.; A. Patyi, *The Courts and the Judiciary*, in L. Csink, B. Schanda, A.Z. Varga (Eds.), *The Basic Law of Hungary. A First Commentary*, Dublin-Budapest, 2012, 169 ss.

L'attuale coalizione di governo aveva già precedentemente tentato, nel 2016, di creare l'Alta Corte amministrativa⁵⁰, ma l'obiettivo non era stato allora raggiunto a motivo della decisione adottata sul punto dalla Corte costituzionale. In particolare, con la sentenza emanata il 13 gennaio 2017 i giudici ungheresi della legittimità costituzionale dichiararono in contrasto con la Costituzione la legge adottata il 6 dicembre 2016 dal Parlamento, con la quale veniva istituita l'Alta Corte amministrativa. La legge medesima era stata impugnata davanti alla Corte costituzionale dal Presidente della Repubblica János Áder⁵¹ nel dicembre del 2016 e, con una decisione pronunciata celermente, dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale, principalmente poiché adottata con la maggioranza semplice mentre invece – ad opinione dei giudici costituzionali⁵² – era necessaria la maggioranza dei due terzi dei membri del Parlamento, dal momento che la legge in questione comportava la modificazione di una Legge cardinale. I rilievi del Capo dello Stato riguardavano, inoltre, le nuove competenze della Corte regionale della capitale Budapest sull'attività amministrativa del Governo⁵³, competenze attribuite dalla legge⁵⁴ adottata nel 2016 e che comprendevano altresì la giurisdizione in grado d'appello nella materia elettorale. Tali attribuzioni giurisdizionali⁵⁵ avrebbero annullato e sostituito la competenza degli organi giudiziari preesistenti⁵⁶.

Nel 2018, invece, non soltanto la suddetta maggioranza parlamentare dei due terzi sussiste, poiché Fidesz (con il fedele alleato Partito popolare cristiano-democratico) ha ottenuto, alle ultime elezioni politiche dell'8 aprile 2018, ben 133 seggi sul totale di 199⁵⁷ del Parlamento nazionale⁵⁸, ma non si è registrata, diversamente che in passato, alcuna opposizione di organi costituzionali⁵⁹; la riforma, conseguentemente, è stata definitivamente approvata, con accoglimento *in toto* da parte dell'Assemblea parlamentare del progetto di iniziativa dell'*Orban's one-party government*⁶⁰. Il Presidente dell'Alta Corte amministrativa, in attuazione del novellato

⁵⁰ Nella Relazione di accompagnamento (*Detailed Reasoning*, a firma del Ministro della Giustizia László Trócsányi, ex giudice della Corte costituzionale) predisposta dal Governo per il progetto di riforma costituzionale, *sub* art. 6 dove si contempla l'istituzione di tribunali speciali amministrativi nonché, in particolare, dell'Alta Corte amministrativa, si ricorda che nella storia del diritto pubblico ungherese fu attiva, dal 1896 al 1949, la Reale Corte Amministrativa d'Ungheria, quale giudice speciale di unica istanza istituita con la Legge XXVI del 1896, la quale era stata adottata in base al decreto dell'imperatore Francesco Giuseppe I d'Austria emanato nel 1860, con cui veniva riconosciuta l'indipendenza interna dell'Ungheria.

⁵¹ Eletto nel 2012 e confermato dal Parlamento, per un nuovo mandato quinquennale, il 13 marzo 2017.

⁵² *Recte*, dell'ampia maggioranza dei giudici, essendo la decisione stata adottata con 14 voti contro 1.

⁵³ Degli uffici governativi.

⁵⁴ Appena sopra richiamata.

⁵⁵ Sia dell'Alta Corte amministrativa che della Corte regionale di Budapest-capitale.

⁵⁶ Cfr. J. Spike, *Constitutional Court invalidates administrative court law*, in *The Budapest Beacon*, 13-1-2017 (budapestbeacon.com).

⁵⁷ 66,83% dei seggi.

⁵⁸ Pari al 49,27% dei voti validamente espressi; l'affluenza alle urne è stata del 70,22%. Cfr. E. Bos, *Mit der Mehrheit zur Mehrheit. Die Parlamentswahl in Ungarn 2018*, in *Osteuropa*, 2018, n. 3-5, 215 ss.

⁵⁹ *Id est*, Presidente della Repubblica e/o Corte costituzionale.

⁶⁰ Ovvero, il c.d. Governo Orbán II, o Governo di cooperazione nazionale, insediatosi nel 2010.

art. 25 della Legge fondamentale, viene eletto dal Parlamento⁶¹, dove – come si è appena osservato – il Governo è attualmente sostenuto da una sicura maggioranza⁶². Il sistema giudiziario magiaro, dopo la revisione del 20 giugno 2018, è ormai *two-headed*⁶³. Infine, in base al terzo comma dell'art. 25 della Legge fondamentale *post-riforma* costituzionale del 2018, l'Alta Corte amministrativa «*shall ensure uniformity of the application of the law by the administrative courts, and shall take uniformity decisions which shall be binding on the administrative courts*»⁶⁴.

La soluzione (politico-)istituzionale è fortemente innovante rispetto a quella finora esistente, che, per un verso, non contemplava l'Alta Corte amministrativa, e, per altro verso, prevedeva unicamente, in base alla Legge CLXI del 2011 e con decorrenza dal 1° gennaio 2013, i (venti) «tribunali amministrativi e del lavoro» per le controversie di primo grado, che sono decise secondo le regole del codice di procedura civile⁶⁵ contenute nella Legge CXXX del 2016⁶⁶, entrata in vigore il 1° gennaio 2018. Si trattava, in definitiva, di una peculiare *mixed solution*, che era nata dall'attribuzione di accresciute competenze, specificatamente in materia di giustizia amministrativa, ai preesistenti tribunali del lavoro⁶⁷, i quali già funzionano dal 1972 quale giurisdizione speciale (come appena detto, soltanto in primo grado).

Si attende, ora, la riforma del processo amministrativo, secondo quanto auspicato dalla stessa Corte costituzionale ungherese con la decisione n. 1 del 2017, nella quale viene affermato che, sebbene il controllo giudiziario dell'attività amministrativa sia contemplato dall'ordinamento magiaro *post-socialista*, «*However, several structural changes have taken place since 1991, in view of which complete renewal of the administrative procedural law and of the procedural law, the complex rewording of the administrative official procedural law and of the administrative procedure law became necessary*»⁶⁸.

La questione, peraltro, è piuttosto intricata, poiché il nuovo codice di procedura civile ungherese del 2016 prevede che, in futuro, le controversie di diritto

⁶¹ Con la maggioranza di due terzi dei componenti.

⁶² Formata da Fidesz nonché dal Partito popolare democratico-cristiano (KNDP).

⁶³ Speculare è la previsione del (nuovo) secondo comma dell'art. 25 della Legge fondamentale che, per la Curia, stabilisce che quest'ultima «*shall ensure uniformity of the application of the law by the regular courts, and shall take uniformity decisions which shall be binding on the regular courts*».

⁶⁴ Le informazioni relative alla riforma costituzionale del 2018 si trovano nel *website* di *Daily News Hungary*, www.dailynewshungary.com. Si è trattato del settimo emendamento costituzionale; nella nostra dottrina, v. G. Poggeschi, *Il cosiddetto pacchetto legislativo "stop-Soros" e la nuova revisione costituzionale ungherese: un altro passo (xenofobo) verso il consolidamento di una "democrazia illiberale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2018 (www.dpce.it), 617 ss. Per le precedenti revisioni costituzionali, cfr. G.F. Ferrari, *La Costituzione dell'Ungheria (2011)*, in M. Ganino (cur.), *Codice delle Costituzioni*, III, Padova, 2013, 387 ss., spec. 389-340; V. Lubello, *Ungheria. Flusso di modifiche alla Legge fondamentale*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2013-2 (www.dpce.it).

⁶⁵ Il codice processuale civile vigente si compone di 633 articoli; esso prende il posto del codice di rito civile approvato con la Legge III del 1952. Il c.d. *old CPC* del 1952 fu emendato oltre cento volte; a sua volta, il codice del 1952 aveva abrogato la codificazione processual-civilistica adottata con la Legge I del 1911 (*id est*, il primo c.p.c. nella storia ungherese). Cfr. L. Pribula, *The New Civil Procedure Code in Hungary*, in *SUBB (Studia Universitatis Babeş-Bolyai) Iurisprudentia*, 2017, n. 1, 79 ss.

⁶⁶ Approvata dal Parlamento ungherese il 22 novembre 2016.

⁶⁷ Sui quali v. J. Hajdù, *Labour Law in Hungary*, Alphen aan den Rijn (Netherlands), 2011, 275 ss.

⁶⁸ La decisione 1/2017 (I.17.) AB (della Corte costituzionale) si trova menzionata nella Relazione di accompagnamento del Ministro della Giustizia citata *retro*, nella nota 50.

amministrativo debbano essere (trattate e) decise seguendo una procedura diversa da quella contemplata per il contenzioso civile. Il Parlamento ungherese aveva adottato, in data 6 dicembre 2016, il nuovo codice sul procedimento giurisdizionale amministrativo, ma la deliberazione parlamentare è stata impugnata dal Capo dello Stato davanti alla Corte costituzionale, la quale ultima, con la decisione n. 1 del 2017 sopra richiamata⁶⁹ ha annullato il codice processuale amministrativo, motivando il *decisum* con il fatto che la legge era stata approvata dal Parlamento con la maggioranza semplice e non con la maggioranza dei due terzi, necessaria invece nel caso in esame perché – ad avviso dei giudici della legittimità costituzionale – le regole processuali amministrative, che dovevano essere applicate dai tribunali amministrativi e del lavoro, creavano in realtà nuove corti, cosicché si rendeva necessaria l'adozione della legge *de qua* con la maggioranza qualificata dei due terzi. Il fatto è – almeno così sembra – che la modifica della legge processuale deve accompagnarsi alla revisione dell'organizzazione giudiziaria; ciò allo scopo di sfuggire alla critica – accolta dalla Corte costituzionale – secondo cui la nuova legislazione processuale amministrativa istituisce surrettiziamente nuovi organi giurisdizionali.

4. La corruzione nella pubblica amministrazione ungherese: alcuni dati empirici

Il Governo ungherese ha avviato all'inizio degli anni duemila un ambizioso progetto di attuazione del *Global Programme Against Corruption*. (GPAC) predisposto⁷⁰ dalle Nazioni Unite. Nell'ambito del progetto⁷¹ è stata commissionata ad alcune agenzie indipendenti di ricerca, che operano nel settore delle indagini socioeconomiche applicate, l'effettuazione di sondaggi anonimi d'opinione circa la percezione della corruzione nella pubblica amministrazione, sia centrale che locale, da parte dei cittadini ungheresi. Gli istituti di ricerca incaricati sono stati la *Gallup Market Research Agency*, la cui sede centrale si trova a Washington (DC)⁷², e il *Tárki Social Research Institute*, i cui uffici operativi sono invece a Budapest⁷³.

I risultati dei sondaggi sono stati preoccupanti, mostrando un livello di percezione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche ben superiore a quanto si potrebbe desumere dai dati del contenzioso penale⁷⁴.

Scendendo nel dettaglio, si rileva per esempio che la popolazione ungherese pensa che il 39% dei funzionari e degli agenti addetti alla regolazione del traffico veicolare (urbano ed extraurbano) siano corrotti, con la percentuale che sale al 53% nella capitale Budapest, per scendere al 37% nelle aree rurali, al 35% nelle grandi

⁶⁹ In questo paragrafo.

⁷⁰ Nel 1999. Il programma è stato elaborato congiuntamente da *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) e *United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute* (UNICRI).

⁷¹ Sul quale v. A. Batory, *Post-accession malaise? EU conditionality, domestic politics and anti-corruption policy in Hungary*, in D. Schmidt-Pfister, H. Moroff (Eds.), *Fighting Corruption in Eastern Europe. A Multi-level Perspective*, London-New York, 2012, 57 ss., spec. 65 ss.

⁷² V. il sito Internet www.gallup.com.

⁷³ V. il website www.tarki.hu.

⁷⁴ Che è stato esaminato *supra*, nel paragrafo 2.

città e al 33% nelle città medio-piccole. I funzionari delle imposte erariali e delle dogane sono – ad opinione dei cittadini magiari – corrotti nel 28% dei casi, con una corruzione che è (percepita come) maggiore nelle città grandi (30%), di poco minore nelle aree rurali (29%) nonché nelle città medio-piccole, mentre piuttosto inferiore a Budapest (23%). Nel comparto dei Ministeri, considerando anche le sedi decentrate, la corruzione è percepita dalla popolazione come riguardante complessivamente un quinto dei dirigenti, funzionari e impiegati; in particolare, il 14% dei dipendenti ministeriali secondo i residenti a Budapest, il 18% nelle città grandi, ancora il 18% nelle città medio-piccole e un quarto di residenti nelle aree rurali.

Quanto agli agenti di polizia, si ritiene (*id est*, la popolazione ritiene) che siano corrotti il 19% degli agenti; così la pensa il 24% degli intervistati nella capitale, il 13% nelle città grandi, il 18% nelle città medio-piccole e il 20% nelle aree rurali.

Per quanto riguarda, poi, i magistrati nonché gli altri addetti agli uffici giudiziari, la percentuale dei corrotti – nell’opinione della popolazione dell’Ungheria – è tra le più basse dell’intero macro-settore della pubblica amministrazione. Essa, infatti, è complessivamente del 13%; in particolare, si attese all’8% nella capitale, all’8% nelle grandi città, al 14% nelle città medio-piccole e al 17% nelle aree rurali.

Tra le curiosità, va infine segnalato che tra i dipendenti pubblici meno corrotti vi sarebbero i lavoratori del catasto, considerati corrotti dalla popolazione nel 10% dei casi, che salgono all’11% dei casi a Budapest, per scendere al 9% dei casi nelle città grandi, per poi risalire nuovamente al 10% nelle città medio-piccole e all’11% nelle aree rurali.

I rapporti in esame, peraltro, contengono anche molti altri dati interessanti sulla corruzione nella pubblica amministrazione in Ungheria. Per esempio, essi mostrano che (ben) il 78% della popolazione ritiene che almeno nell’80% dei procedimenti di competenza degli enti locali/territoriali vengano applicate non soltanto le regole “ufficiali”, ma altresì regole informali e non scritte. Inoltre, allorché è stato chiesto agli uomini d’affari (operanti nel settore delle piccole e medie imprese) quale sia il livello (percepito) di corruzione nelle amministrazioni pubbliche, essi hanno risposto che tale livello è «alto» nel 53% degli investimenti statali, come anche (53%) negli appalti pubblici, con la percentuale (di percepiti come corrotti) che scende al 46% per l’ottenimento di documentazione tecnica per i veicoli, al 41% per i permessi di competenza delle amministrazioni comunali, al 38% per le licenze commerciali, al 37% per lo sdoganamento delle merci, al 30% per gli interventi di protezione ambientale, al 26% per i permessi di residenza e di lavoro, al 18% per gli interventi riguardanti la sicurezza sul lavoro, al 17% per quelli concernenti la tutela della salute nonché, infine, al 13% (che rappresenta il livello più basso) per i provvedimenti di competenza dell’autorità giudiziaria.

5. Violazioni etiche dei dipendenti pubblici, responsabilità disciplinare e responsabilità sussidiaria della pubblica amministrazione

In assenza di un codice etico dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche⁷⁵,

⁷⁵ Si veda l’indagine comparativa di J. Palidauskaitė, *Codes of Conduct for Public Servants and Central European Countries: Comparative Perspective*, nel sito Internet dell’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE, www.oecd.org).

di cui peraltro è diffusamente avvertita l'esigenza⁷⁶, la reazione dell'ordinamento ungherese rispetto ai comportamenti illegittimi dei lavoratori pubblici, inclusi ovviamente i casi di corruzione, non può certo essere limitata alla sanzione penale⁷⁷, ma comprende altresì le sanzioni disciplinari.

La normativa di riferimento si trova contenuta nella Legge XXIII del 1992⁷⁸, ampiamente modificata⁷⁹ (*recte*: quasi integralmente sostituita) dalla Legge CXCIX del 2011⁸⁰, quest'ultima entrata in vigore il 1° marzo 2012, sullo statuto giuridico-legale dei dipendenti pubblici⁸¹. Essa si applica a tutti i dipendenti pubblici, legati da rapporto di lavoro subordinato sia con lo Stato che con i Comuni e le Contee. Alcune differenziazioni tra lo *status* dei dipendenti comunali, delle Contee, dell'amministrazione di Budapest-capitale, nonché dei lavoratori dei Ministeri e delle altre organizzazioni amministrative centrali sono state da ultimo introdotte, mediante la Legge LII del 2016⁸², le cui disposizioni sono diventate, o diventeranno, vigenti alle scadenze rispettivamente previste del 1° luglio 2016, 1° gennaio 2017 e 1° gennaio 2019⁸³.

Per quanto qui rileva, vengono in considerazione gli articoli da 50 a 58/A della legge sullo statuto giuridico-legale dei dipendenti pubblici (come successivamente modificata e integrata). È previsto, in particolare, un procedimento disciplinare che si svolge in contraddittorio con il dipendente pubblico "incolpato". Le sanzioni disciplinari vanno da un minimo, rappresentato dal semplice rimprovero scritto, fino alla destituzione, passando per i gradi intermedi del prolungamento (non eccedente i due anni) del periodo necessario per avanzamenti di carriera, della diminuzione ovvero della revoca di indennità, della retrocessione nelle classi stipendiali, nonché della revoca di indennità (fino ad allora) percepite *ad personam*. Le violazioni disciplinari sono prescritte se sono trascorsi oltre tre anni dalla commissione dell'illecito disciplinare, ovvero più di tre mesi dalla scoperta

⁷⁶ Ne viene, infatti, auspicata l'approvazione nella letteratura magiara; cfr. L. Domokos, G. Pulay, J. Szatmári, S. Gergely, Z.G. Szabó, *Establishing the Culture of Integrity in the Hungarian Public Sector*, Budapest, 2016. Il Governo nazionale ungherese ha pubblicato fin dal 2013 un *Green Book* per assistere le amministrazioni pubbliche del Paese nella redazione di codici deontologici o di etica professionale.

⁷⁷ Su cui v. sopra, nei paragrafi 1-2.

⁷⁸ Atto XXXIII del 1992. Legge sullo *status* dei dipendenti pubblici.

⁷⁹ Dopo alcune revisioni "minori" del 2001, 2006-2008 e 2010.

⁸⁰ Atto XXXIII del 1992. Legge sullo *status* dei dipendenti pubblici. Il testo legislativo, nella versione consolidata, è consultabile in lingua inglese nel *website* dell'Organizzazione internazionale del lavoro (www.ilo.org).

⁸¹ Per i lavori preparatori, e le scelte sottese di politica legislativa, v. G. Gajduschek, *Politicisation, professionalisation, or both? Hungary's civil service system*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2007, 343 ss.; Id., *Socialist and Post-Socialist Civil Service in Hungary*, in A. Jakab, P. Takács, A.F. Tatham (Eds.), *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005*, Alphen aan de Rijn (Netherlands), 2007, 123 ss.

⁸² Atto LII del 2016. Legge sui funzionari statali.

⁸³ Le innovazioni contemplate dalla Legge LII del 2016 riguardano principalmente la struttura della retribuzione dei dipendenti pubblici e il meccanismo delle progressioni di carriera, che saranno sempre più orientati a valorizzare i risultati raggiunti, piuttosto che il tempo trascorso sul posto di lavoro (per lo svolgimento di c.d. straordinari) ovvero la mera anzianità di servizio. Si veda il commento (aggiornato e) approfondito di T. Prugberger, H. Tóth, A. Szöllős, *The Development of the Hungarian Labour and Public Service Laws After the Regime Change*, in *Civic Review*, 2018, 337 ss.

dell'illecito medesimo. Il dipendente pubblico al quale sia stata irrogata una sanzione disciplinare per violazione dei doveri e delle responsabilità inerenti all'ufficio ricoperto è tenuto al risarcimento del danno, nella misura massima di tre mensilità di stipendio, salve le ipotesi di colpa grave o di dolo. L'onere della prova resta a carico del datore di lavoro.

Data la (estrema) limitatezza del risarcimento monetario al quale può essere tenuto il dipendente pubblico a seguito dell'irrogazione nei suoi confronti di una sanzione disciplinare, appare di speciale rilevanza il fatto che nell'ordinamento ungherese l'amministrazione pubblica sia solidalmente obbligata a risarcire il danno eventualmente causato dal comportamento (ovvero dall'omissione) illegittimo(/a) del dipendente; ciò vale ovviamente anche nei casi di corruzione (attiva o passiva) del dipendente pubblico "infedele".

La responsabilità sussidiaria (o "vicaria") della pubblica amministrazione per l'illecito del dipendente ha una lunga tradizione nel diritto pubblico ungherese. Essa era, infatti, già prevista, nel diritto magiaro anteriore alla seconda guerra mondiale e venne poi mantenuta, derogando in parte al "dogma" socialista per cui la pubblica amministrazione non può agire a danno dei cittadini⁸⁴, anche durante il periodo della "sovietizzazione" del diritto ungherese⁸⁵. In particolare, le disposizioni rilevanti nel diritto pubblico magiaro presocialista erano contenute negli art. 435 del codice di procedura civile⁸⁶, 198 del codice penale⁸⁷ e 86-87, 89-90 della legge comunale⁸⁸. La responsabilità in via generale della pubblica amministrazione per il fatto illecito del dipendente era, altresì, contemplata dall'art. 1735 del progetto di codice civile⁸⁹ del 1928; tale codificazione, peraltro, non venne definitivamente approvata e, quindi, non entrò mai in vigore. Nondimeno, tale disposizione influenzò la pratica dei tribunali in materia di responsabilità della pubblica amministrazione, soprattutto negli anni trenta del secolo scorso⁹⁰. Il progetto di codificazione civile del 1928, alla cui redazione partecipò in maniera determinante il giurista ungherese Béla Szászy⁹¹, veniva infatti abitualmente considerato dai tribunali magiari quale una sorta di *ratio scripta*.

Mediante il richiamo all'art. 1735 del progetto di codice civile del 1928, si espresse dunque la decisione del *plenum* della *Kúria* (Corte suprema) n. 976 del 1933, la quale a sua volta evocò risalenti pronunce giudiziarie conformi *in subiecta materia*, con speciale riferimento alle sentenze della *Kúria* n. 40 del 1888, 190 del 1899, 166 del 1905, 189 del 1906, 167 del 1909 e 84 del 1917, che affermarono, dando così vita

⁸⁴ Si veda M. Mazza, *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione nelle Repubbliche ex sovietiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 549 ss.

⁸⁵ Cfr. Z. Szirmai, *Hungary*, in AA.VV., *Governmental Tort Liability in the Soviet Union, Bulgaria, Czechoslovakia, Hungary, Poland, Roumania and Yugoslavia*, introduction and conclusion by D.D. Barry, Leiden, 1970 (*Law in Eastern Europe*, n. 17), 199 ss.

⁸⁶ Legge I del 1911.

⁸⁷ Legge V del 1878.

⁸⁸ Legge XXI del 1886

⁸⁹ Su alcuni aspetti storici del diritto civile magiaro, v. G. Ajani, *La revisione del PTK ungherese e alcune innovazioni nel diritto civile socialista*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 126 ss., in relazione al codice civile della Repubblica popolare ungherese adottato con la Legge IV del 1959 (entrata in vigore il 1° maggio 1960).

⁹⁰ Cfr. Z. Szirmai, *Hungary*, cit., 201-202.

⁹¹ Vissuto tra il 1865 e il 1931, Szászy viene ricordato come "l'Eugen Huber ungherese".

a un orientamento giurisprudenziale consolidato, la responsabilità concorrente dello Stato per *culpa in eligendo sive custodiendo*⁹², in applicazione del principio (o criterio) generale *respondeat superior*. Il principio fondamentale della responsabilità sussidiaria della pubblica amministrazione venne mantenuto fermo – come si è detto innanzi⁹³ – anche durante il periodo socialista del diritto ungherese, essendo stato per la prima volta affermato *expressis verbis* dalla sentenza (decisione plenaria) della Corte suprema di Budapest m- 1051 del 1953⁹⁴.

6. Forme istituzionali alternative di prevenzione della corruzione: vigilanza di soggetto indipendente, controlli interni, agenzie anti-corruzione

Un importante organismo indipendente di vigilanza in materia (anche) di corruzione è rappresentato dall'Ufficio di Revisione Statale⁹⁵. Creato con Legge XXXVIII del 1989, ora sostituita dalla Legge LXVI del 20 giugno 2011⁹⁶, l'Ufficio di Revisione Statale⁹⁷ è indipendente dagli altri poteri dello Stato⁹⁸, incluso il Parlamento al quale è tenuto a presentare annualmente una relazione sull'attività di vigilanza svolta. L'Ufficio di Revisione Statale esercita la supervisione finanziaria ed economica sulle spese delle amministrazioni pubbliche, sia centrali che locali. Le garanzie di indipendenza dell'Ufficio di Revisione Statale discendono, *inter alia*, dal fatto che il Presidente viene eletto dal Parlamento con la maggioranza di due terzi per la durata di dodici anni, come anche dal livello retributivo piuttosto elevato dei membri dello *staff*, che è di circa l'80% superiore a quello degli altri dipendenti pubblici (di grado corrispondente), al fine di prevenire sempre possibili tentativi (e "tentazioni") di corruzione. Le spese sottoposte al controllo economico-finanziario dell'Ufficio di Revisione Statale sono molteplici. Esse includono le uscite del bilancio dello Stato, quelle del Fondo pensioni nonché del Fondo per la tutela della salute, e inoltre le spese degli enti locali/territoriali, dei partiti politici (che ricevono un finanziamento pubblico), dell'Agenzia (statale) per le privatizzazioni⁹⁹ e della Banca nazionale ungherese. I poteri di indagine dell'Ufficio di Revisione Statale sono penetranti, anche tenuto conto che ad esso non è opponibile il segreto bancario¹⁰⁰.

Nel contesto dei controlli interni, spicca il ruolo svolto dall'Ufficio per il Controllo del Governo (GCO), inizialmente istituito con il decreto governativo n. 61 del 1999 ed ora regolato dal decreto governativo n. 335 del 23 dicembre 2011,

⁹² Anche *culpa in eligendo sive inspiciendo*.

⁹³ In questo paragrafo.

⁹⁴ Cfr. Z. Szirmai, *Hungary*, cit., 208, testo e nt. 27, dove sono riportati ampi stralci della sentenza menzionata.

⁹⁵ La sigla magiara è ÁSZ.

⁹⁶ Entrata in vigore il 1° luglio 2011; a commento, v. L. Domokos, *Culmination of the Powers of the State Audit Office of Hungary within the Scope of New Legislation on Public Funds*, in *Public Finance Quarterly*, 2016, 291 ss..

⁹⁷ Ossia, la Corte dei conti; cfr. G.F. Ferrari, *La Costituzione dell'Ungheria (2011)*, cit., 400.

⁹⁸ Sul tema, v. J. Alventosa, *The Independence of the external control of States*, in *Public Finance Quarterly*, 2014, 413 ss.

⁹⁹ Creata con la Legge XXXIX del 1995 sulla Privatizzazione (in vigore dal 9 giugno 1995).

¹⁰⁰ Sui rischi di corruzione nella PA e i correlati poteri di controllo dell'Ufficio di Revisione Statale, v. M. Benedek, *The Status of Public Sector Integrity, by Institutional Category*, doc. datato 24-10-2017 disponibile nel sito Internet www.aszhirportal.hu.

adottato in attuazione dell'art. 63, comma 1, della Legge CXCV del 2011 sulla finanza pubblica¹⁰¹. Il GCO agisce sotto la supervisione del Primo Ministro, e non dispone di indipendenza. Le verifiche di competenza del GCO sono svolte sulla base di un piano annuale di controllo approvato dall'Esecutivo. Tuttavia, su richiesta sia del Governo che del Primo Ministro oppure del Segretario di Stato responsabile per gli affari giuridici presso l'Ufficio del Primo Ministro, il Presidente del GCO può avviare indagini straordinarie. I controlli contabili ed economico-finanziari del GCO, che si estendono sia all'amministrazione centrale che a quelle periferiche, sono un rilevante strumento a disposizione del Primo Ministro, il quale vi fa ricorso mediamente nel 30% dei casi, spesso in relazione a (presunte) ipotesi di corruzione. Tra l'altro, il caso di corruzione presso il ministero dell'Agricoltura e dello Sviluppo rurale, che, tra il 2000 e il 2002, diede vita ad accertamenti dell'autorità giudiziaria penale, era stato promosso (anche) a seguito di una segnalazione del GCO¹⁰².

Speciali funzioni e poteri sono attribuiti al Presidente del GCO, la cui designazione è di competenza del Primo Ministro. In particolare, sulla base del settimo comma dell'art. 6 del decreto governativo n. 212 del 1° luglio 2010 sui compiti e la sfera di autorità dei ministri e del Segretario di Stato presso l'Ufficio del Primo Ministro, il Presidente del GCO non soltanto si occupa dell'aggiornamento professionale dei responsabili delle unità di controllo interno dei ministeri, promuovendo appositi convegni e conferenze, ma dispone di poteri incisivi, che si estendono alla proposta di nomina, revoca e trasferimento dei responsabili degli uffici ministeriali di controllo interno, nonché anche alla richiesta di pensionamento obbligatorio dei responsabili medesimi.

Fra i doveri del Presidente del GCO è, infine, compresa la presentazione, entro il 30 giugno di ciascun anno, di una relazione sull'attività svolta nell'anno precedente. La relazione viene presentata al Governo, attraverso il Segretario di Stato responsabile per gli affari giuridici presso l'Ufficio del Primo Ministro. La relazione annuale deve evidenziare, tra l'altro (ma *in primis*), le anomalie di natura contabile ed economico-finanziaria che possono essere sintomo di fenomeni di corruzione, e ciò anche nelle ipotesi in cui le risorse economiche derivino da programmi internazionali di aiuto ovvero da schemi di finanziamento dell'Unione europea.

Tra le agenzie anti-corruzione che non dispongono di indipendenza emerge, altresì, il Centro per il coordinamento contro il crimine organizzato¹⁰³. Si tratta di un organismo, creato dalla Legge CXXVI del 2000 nonché regolato dai decreti governativi n. 70 del 20 aprile 2001 e n. 305 del 23 settembre 2006, posto alla diretta dipendenza del Governo centrale, che lo controlla attraverso il ministero degli Interni. Il Centro non svolge direttamente attività investigative, ma si occupa del coordinamento tra le istituzioni e agenzie che indagano sui fenomeni della criminalità organizzata, inclusi la polizia e gli organi del pubblico ministero. Il Centro per il coordinamento contro il crimine organizzato viene in rilievo, sotto il profilo in esame

¹⁰¹ Gli artt. 63-67 della Legge CXCV del 2011 sono dedicati al GCO (v. nel sito Internet del GCO, all'indirizzo kehi.kormany.hu, e *ivi* spec. il doc. dal titolo *The Internal Control Scope of the Office*).

¹⁰² V. sopra, nel paragrafo 2, e inoltre E. Barrett, *Corruption and Anti-corruption Policy in Hungary*, nel *Dossier*, a cura dell'*Open Society Institute*, dal titolo *Monitoring the EU Accession Process: Corruption and Anti-corruption Policy*, Budapest, 2002, 233 ss., spec. 250.

¹⁰³ La denominazione per esteso in ungherese è *Szervezett Bűnözés Elleni Koordinációs Központ* (SZEBEK), ossia «Centro di coordinamento della prevenzione della criminalità organizzata».

nel presente studio, poiché una delle più frequenti occasioni di riunione presso il Centro è rappresentata dall'esigenza di contrastare i reati di corruzione (nonché di riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite¹⁰⁴).

7. Segue: *Ombudsmanship* e legislazione sul(la tutela del) *whistleblower*

Tra i soggetti istituzionali di garanzia, anche il ruolo dell'*Ombudsman* può essere evidenziato dal punto di vista del contrasto ai fenomeni di corruzione nella pubblica amministrazione¹⁰⁵.

L'*Ombudsman* è stato istituito in Ungheria dalla Legge LIX del 1° giugno 1993¹⁰⁶, con la denominazione di Commissario parlamentare; il Parlamento deve eleggere il Commissario parlamentare, Ufficio composto da tre soggetti istituzionali¹⁰⁷ che rimangono in carica per sei anni¹⁰⁸, con la maggioranza qualificata di due terzi¹⁰⁹. Si registrarono difficoltà nel raggiungimento della prescritta maggioranza, cosicché l'elezione del primo *Ombudsman* avvenne soltanto nel 1995. Con la modificazione della legge sull'*Ombudsman* approvata nel 2007, l'Ufficio del Difensore civico nazionale venne riorganizzato, mediante la previsione non più soltanto di tre (come era in origine) ma di quattro Commissari parlamentari¹¹⁰, denominati Commissario parlamentare per i diritti civili (*Ombudsman* di competenza generale), Commissario parlamentare per le minoranze nazionali ed etniche e Commissario per la protezione dei dati, a cui venne aggiunto l'*Ombudsman* per le generazioni future (quest'ultimo responsabile per le questioni ambientali, tanto da essere frequentemente chiamato *Ombudsman* ambientale). Più recentemente, peraltro, la nuova normativa primaria sull'*Ombudsman*, vale a dire la Legge CXI del 2011¹¹¹ sul Commissario per i diritti fondamentali, ha dato una nuova configurazione istituzionale all'Ufficio del Difensore civico, al quale sono stati assegnati, oltre al Commissario/*Ombudsman* per i diritti fondamentali, due Vice-Commissari, rappresentati rispettivamente dal Vice-Commissario per i diritti fondamentali responsabile per la protezione dei diritti delle minoranze nazionali, nonché dal Vice-Commissario per i diritti fondamentali responsabile per la protezione dell'interesse

¹⁰⁴ Sulla connessione tra corruzione e riciclaggio di denaro, v. D. Chaikin, J.C. Sharman, *Corruption and Money Laundering. A Symbiotic Relationship*, New York, 2009, i quali parlano di «*twin problems of corruption and money laundering*» (cfr. 1).

¹⁰⁵ Sull'attività svolta dall'*Ombudsman*, cfr. M. Szabó, *Enhancing the Effectiveness of Basic Rights Protection in the Ombudsman's Activity: Toward a European Type of Ombudsman System*, in P. Krasztev, J. Van Til (Eds.), *The Hungarian Patient. Social Opposition to an Illiberal Democracy*, Budapest, 2015, cap. 3, pos. 949-1093 (ebook).

¹⁰⁶ Comunemente chiamato *old Ombudsman Act*.

¹⁰⁷ Di cui v. subito nel testo.

¹⁰⁸ Con possibilità di essere rieletto soltanto una volta.

¹⁰⁹ Anche attualmente, come si vedrà subito (in questo stesso paragrafo), l'*Ombudsman* nazionale (competente per la tutela dei diritti fondamentali) viene eletto con il voto favorevole dei due terzi dei membri del Parlamento e per la durata di sei anni.

¹¹⁰ Sugli *Ombudsmen/Ombudspersons*, creati con la riforma legislativa del 2007, v. S. Colagrossi, *L'Ombudsman nei "nuovi" paesi dell'Unione Europea*, in A. Celotto (cur.), *Il "ruolo" del Difensore civico. Aspetti evolutivi e comparati*, Napoli, 2008, 17 ss., spec. 37-39.

¹¹¹ In vigore dal gennaio 2012. V. anche, sull'*Ombudsman* per i diritti fondamentali, l'art. 30 della vigente Costituzione ungherese.

delle generazioni future¹¹².

Gli *Ombudsmen* sembrerebbero trovarsi in una posizione istituzionale favorevole al fine di tutelare i diritti costituzionali e legislativi dei cittadini ungheresi nei confronti della pubblica amministrazione, senza certamente escludere gli episodi di (presunta) corruzione. Essi, infatti, sono responsabili unicamente di fronte al Parlamento, al quale devono presentare annualmente una relazione sull'attività svolta. Inoltre, gli *Ombudsmen* hanno il potere di richiedere copia della documentazione amministrativa alle autorità competenti. Tuttavia, la loro azione ispettiva incontra rilevanti ostacoli, sia di diritto che di fatto. Sotto il primo aspetto, è di grande importanza la decisione adottata dalla Corte costituzionale ungherese nel marzo 2001¹¹³, in base alla quale sono sottratti alla supervisione degli *Ombudsmen* gli atti e/o i documenti non soltanto del Parlamento nazionale, degli organi giurisdizionali e dei pubblici ministeri, ma anche del Governo nonché degli organi extra-giudiziari per la risoluzione delle controversie, inclusi dunque gli arbitrati commerciali e gli organismi di mediazione per la tutela dei consumatori, e inoltre la documentazione in possesso dei notai pubblici. Sotto il secondo aspetto, non raramente – e anche al più alto livello – le richieste del Difensore civico non sono accolte dall'amministrazione interessata. Si ricorda, in particolare, il caso del Commissario per la protezione dei dati László Majtényi, il quale nel 1999¹¹⁴ chiese al Governo nazionale di predisporre i verbali delle riunioni dell'Esecutivo, al fine di consentire l'esercizio del diritto costituzionale di accesso alle informazioni, ma tale richiesta dell'*Ombudsman* non ebbe seguito alcuno.

Gli *Ombudsmen* sono importanti nel diritto pubblico ungherese, sotto il profilo del contrasto alla corruzione (sia pubblica che privata), anche perché ad essi fanno capo alcune disposizioni contenute nella Legge CLXV del 2013¹¹⁵ sul c.d. *whistleblowing*. I dati concernenti le segnalazioni dei “fischiatori” (ovvero, gli “informatori”¹¹⁶) sono elaborati¹¹⁷ con l'intervento, per il settore pubblico, del Commissario per i diritti fondamentali¹¹⁸, nonché, per il settore privato¹¹⁹, del

¹¹² La riforma del 2011 è stata valutata criticamente da F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013, 51, testo e nt. 57. Dello stesso autore, v. anche il saggio intitolato *Lo strano caso della nuova Costituzione ungherese e la necessità di ripensare l'architettura istituzionale europea*, in B. Andò, F. Vecchio (cur.), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padova, 2012, 161 ss., che parla di «colonizzazione degli spazi istituzionali» (cfr. 174).

¹¹³ Si veda, a commento della pronuncia costituzionale, E. Barrett, *Corruption and Anti-corruption Policy in Hungary*, cit., 251.

¹¹⁴ Prima, dunque, che la decisione della Corte costituzionale citata sopra, in questo stesso paragrafo, escludesse gli atti e documenti governativi dalla sfera delle attribuzioni dell'*Ombudsman*.

¹¹⁵ Entrata in vigore il 1° gennaio 2014, come dispone l'art. 20 della Legge CLXV/2013, il cui testo è consultabile (nella versione inglese) nel *website* all'indirizzo corruptionprevention.gov.hu. La presentazione del progetto di legge governativo in Parlamento, avvenuta nel maggio 2013, è stata preceduta da una consultazione di organi della PA, iniziata nell'autunno del 2012.

¹¹⁶ O anche “allertatori”.

¹¹⁷ Cd. *electronic whistleblowing system* (per esteso: *protected electronic system for public interest disclosures*; v. art. 4, c. 1, della Legge CLXV/2013).

¹¹⁸ Cfr. art. 4-6 e 8 della Legge CLXV/2013. La Legge medesima, *sub* art. 21, c. 1, ha aggiunto alla Legge CXI del 2011 sul Commissario per i diritti fondamentali (v. *supra*, in questo paragrafo), il nuovo capitolo 11/A, che inserisce nella Legge ult. cit. gli art. 38/A, 38/B, 38/C e 38/D, e inoltre sostituisce con una nuova formulazione il testo originario dell'art. 40, c. 2, lett. a).

Commissario per la protezione dei dati (in entrambi i casi, allo scopo soprattutto di tutelare l'identità del *whistleblower*)¹²⁰.

8. Valutazioni conclusive, tra *law in the books* e *law in action*

Da uno sguardo d'insieme, emerge che la disciplina legislativa ungherese in tema di contrasto alla corruzione pubblica è adeguata, mentre, sul versante giurisprudenziale, giudici e pubblici ministeri hanno svolto indagini, e spesso irrogato condanne penali, per reati di corruzione nella pubblica amministrazione, come anche in presenza di gravi episodi di corruzione politica¹²¹.

La sensazione, ampiamente suffragata dalle rilevazioni dell'opinione pubblica¹²², è però che rimangano non pochi problemi, che possono essere riassunti in tre punti.

Da un primo punto di vista, l'applicazione della normativa anti-corruzione da parte della magistratura e, soprattutto, i controlli interni inclusi quelli disciplinari ed etici sui dipendenti delle amministrazioni pubbliche¹²³, non sono ancora in linea con le esigenze di una capillare prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi. In altri termini, le leggi vi sono ma le istituzioni sono tuttora "deboli" nella fase di attuazione delle previsioni normative.

Da un secondo punto di vista, troviamo aspetti che andrebbero perfezionati, quali la predisposizione di un codice etico per i dipendenti pubblici, nonché più in generale la realizzazione di un vasto piano di ammodernamento dell'amministrazione pubblica magiara, da condurre all'insegna della deregolamentazione, della sburocratizzazione e della semplificazione amministrativa¹²⁴.

Da un ultimo punto di vista, permane un fitto "intreccio" di interessi tra politica, amministrazione e imprenditori, che ha occasionato interventi della magistratura ma che sembra, sulla base dei sondaggi d'opinione, ben più diffuso di quanto è stato fino a qui possibile accertare in sede giudiziaria¹²⁵.

Molto, in definitiva, rimane da fare se si suole sradicare la *network-type corruption* in Ungheria. Ed infatti, come è stato osservato, «The multiplayer network type of corruption has always existed in postcommunist Hungary but it has been

Le modifiche specificano i compiti del Commissario per i diritti fondamentali in materia di *whistleblowing* nel settore pubblico.

¹¹⁹ Si veda l'art. 14 della Legge CLXV/2013.

¹²⁰ Cfr. L. Valli, *Protezione del whistleblower nei Paesi OCSE. Un confronto tra le legislazioni dei Paesi OCSE*, Roma, giugno 2018 (doc. predisposto a cura dell'Autorità Nazionale Anticorruzione-ANAC); La citata Legge CLXV/2013 non prevede, a differenza di altre legislazioni (Australia, Belgio, Canada, Corea, Giappone, Israele, Slovacchia e USA), incentivi e/o riconoscimenti per il *whistleblower* (cfr., sul punto, L. Valli, *Protezione del whistleblower nei Paesi OCSE. Un confronto tra le legislazioni dei Paesi*, cit., 8). Tuttavia, ai sensi dell'art. 12, c. 3, della Legge CLXV/2013, il *whistleblower* ha diritto all'assistenza legale (*id est*, gratuito patrocinio) ex Legge LXXX del 2003.

¹²¹ V. sopra, nei paragrafi 1-2.

¹²² V. *ante*, nel paragrafo 5.

¹²³ Cfr. *retro*, nei paragrafi 5-7.

¹²⁴ Sia pure tenendo conto che la stessa semplificazione costituisce talvolta una sorta di "mito"; cfr. F. Pinto, *Il mito della corruzione. La realtà della malamministrazione*, Roma, 2018, sub IV, *Ricette semplici e ricette complicate*, 4.2, *L'illusione della semplificazione*, 119 ss.

¹²⁵ Specialmente in alcuni settori, come quello degli appalti pubblici (v. *supra*, nel paragrafo 2).

more widespread since the early 2000s. There are members in all groups in Hungarian society who occasionally use their informal networks for corrupt transactions. For this, they often use intermediaries when ex-classmates, colleagues, neighbors, or family members help them find corrupt partners»¹²⁶. Cosicché, attualmente, «We cannot understand and interpret the public administration system without considering corruption as one of the main explanatory factors»¹²⁷.

Il sistema è corrotto, in ultima analisi, per l'(ancora) alta frequenza, giorno per giorno, dei fenomeni di corruzione nella pubblica amministrazione (c.d. *day-to-day corruption*), fino al punto che, nell'opinione di molti (non soltanto, dunque, di accademici, imprenditori, ecc., ma anche di semplici cittadini), i rapporti sia civili che amministrativi e, più in generale, d'affari non sono normalmente "gestibili" se non ricorrendo alla corruzione e/o al clientelismo¹²⁸. L'Ungheria, dunque, costituisce tuttora un esempio notevole di *crony capitalism*; né sembra che, per i motivi innanzi esaminati¹²⁹, la riforma costituzionale del giugno 2018 rappresenti un passo efficace nella direzione della (maggiore) separazione tra politica e amministrazione, idonea ad arrestare la deriva del Paese verso il "de-consolidamento" democratico¹³⁰.

L'auspicio, in definitiva, è che l'Ungheria, ora fortemente caratterizzata da diffusa corruzione politica e amministrativa, non diventi una sorta di punto di partenza ideale per i comparatisti interessati a elaborare una teoria della "de-democratizzazione"¹³¹.

¹²⁶ Cfr. D. Jancsics, *From Local Cliques to Mafia State: The Evolution of Network Corruption*, in B. Magyar, J. Vászrhelyi (Eds.), *Twenty-Five Sides of a Post-Communist Mafia State*, Budapest, 2017, 129 ss., spec. 142-143.

¹²⁷ *Ibid.*, 143.

¹²⁸ Cfr. B. Magyar, *Magyar polip – A posztkommunista maffiaállam*, I-II, Budapest, 2013-2014, trad. ingl., *Post-Communist Mafia State. The Case of Hungary*, prefaz. di K.L. Scheppele, Budapest, 2016.

¹²⁹ V. *retro*, nella parte finale del paragrafo 3.

¹³⁰ Sul quale v. ora M. Bogaards, *De-democratization in Hungary: diffusely defective democracy*, in *Democratization*, DOI: 10.1080/13510347.2018.1485015, giugno 2018.

¹³¹ Per l'opportuna distinzione, nell'ambito della teoria della democrazia, tra «democrazia effettiva» e «democrazia puramente di facciata», v. per esempio M. Volpi, *Democrazie senza Governo?*, Editoriale in questa *Rivista*, 2018, n. 2, spec. XI-XII. Sui casi di Ungheria e Polonia, cfr. da ultimo J. Sawicki, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018.

La corruzione in Romania

di Ramona Moldovan

Abstract: The corruption in Romania – The evolution of the phenomenon of corruption in the Romanian society has led in recent years to a series of legislative measures meant not only to fight against, but also to prevent corruption. However, public opinion considers corruption to continue to be one of the major issues of society. The article analyzes the efforts in the anti-corruption fight, both of the legislator and of the civil society, the elements of the corruption offense and the methods that could lead to the prevention, or at least the reduction of corruption in the Romanian society.

Keywords: Corruption; public opinion; Romania.

1. Breve storia della legislazione sulla corruzione in Romania

Quando si parla della Romania agli stranieri, pochi sono quelli che non pensano alla Transilvania (una delle regioni storiche del Paese) e alla famosa leggenda di Dracula, descritto come un personaggio crudele e negativo. Tuttavia, quello che sfugge spesso è il fatto che la creazione di questo personaggio fittizio fu ispirata da un personaggio storico reale, Vlad Țepeș¹, considerato dagli storici² uno dei primi, se non il primo, ad aver tentato di contrastare le pratiche di corruzione. Egli condannò più di 500 governatori alla pena di morte per il coinvolgimento in atti di corruzione, influenza e complotto.

Le prime disposizioni legali in materia di corruzione nei paesi rumeni risalgono all'epoca del dominio dei Fanarioti. Durante questo periodo, qualsiasi cosa poteva costituire oggetto di mercimonio: persino per ottenere il diritto di governare era comune partecipare ad un'asta, ma anche dopo essersela aggiudicata il governatore doveva continuare ad offrire doni al sultano. Una statistica del 1980 indica che circa il 45% del budget del Paese è stato utilizzato per corrompere i leader ottomani, il 30% per i benefici finanziari del sovrano e il restante 25% per le reali necessità del Paese³.

¹ Principe di Valacchia nel 1448, 1456-1462 e 1476

² M. Maxim, C. Mureșan, Șt. Ștefănescu, T. Teotei, I. Toderaș, V. Vătășianu, *Istoria românilor*, vol. IV, Bucarest, 2001, pp. 352-363

³ O.A. Sabău-Pop, *Corupția și combaterea fenomenului în mijloace juridice*, Bucarest, 2010, p. 34, P. Abraham, *Corupția. Cauze. Mecanisme. Efecte. Soluții*, Bucarest, 2005, p. 400; C. C. Giurăscu, *Istoria românilor*, Vol. II, partea I, Bucarest, 1937, p. 387.

Il Codice penale rumeno del 1884 prevedeva come reato gli atti di corruzione, più precisamente il traffico di influenze di cui all'art. 146 e “ricevere la tangente”⁴ (corruzione passiva, ossia percepire “bustarelle”) di cui agli artt. 144 e 145, ma senza prevedere la forma di corruzione attiva (“dare la tangente”). In dottrina⁵ si ritiene che la mancanza di prevedere la corruzione attiva nel codice penale sarebbe dovuta al fatto che lo scopo del legislatore in quel momento era di facilitare la denuncia dell'azione. Nella pratica giudiziaria, tuttavia, anche in assenza di esplicita incriminazione, il corruttore veniva ugualmente condannato come agente provocatorio per il reato di corruzione (istigatore).

Successivamente, attraverso il Codice penale del 1936, furono previsti quattro reati di corruzione, ovvero ricevere la tangente, dare la tangente, traffico d'influenza e ricezione di indebiti benefici; il Codice penale del 1969⁶ ha sostanzialmente assunto i concetti del precedente codice penale nel campo dei reati di corruzione. Tuttavia, questi reati non sono stati regolamentati distintamente come reati di corruzione, ma sono stati inseriti nel capitolo “Reati di servizio o in connessione con il servizio”.

Per la prima volta, indirettamente, il concetto di corruzione è stato disciplinato nella legislazione rumena dalla l. nr. 83/1992⁷ sulla procedura d'urgenza di persecuzione e perseguimento di determinati reati di corruzione, limitatamente ai reati di ricevere, dare la tangente, ricevere indebiti benefici e traffico d'influenza. La dicitura utilizzata dal legislatore “alcuni reati di corruzione”, pur seguita da una lista che ha limitato il riferimento ai soli reati di cui agli artt. 254-257 del Codice penale, ha confermato quelle asserzioni dottrinali a sostegno della tesi che, oltre a questi quattro, sarebbero configurabili altri reati di corruzione⁸.

Restava il fatto che né il Codice penale, né la legislazione speciale avevano fornito una definizione chiara del concetto di “corruzione”. La situazione è stata risolta con l'introduzione della l. nr. 78/2000 sulla prevenzione, scoperta e sanzione di atti di corruzione, legge adottata sia alla luce dell'evoluzione del fenomeno criminale nella sfera dei pubblici uffici, sia come attuazione degli atti internazionali in materia cui lo Stato rumeno ha aderito. Quindi, l'art. 5 della legge ha stabilito come reati effettivamente di corruzione i fatti incriminati dagli artt. 254-257 del Codice penale all'epoca in vigore: ricevere la tangente, dare la tangente, ricevere indebiti benefici, e traffico di influenza. L'art. 2 ha però circoscritto lo scopo di questa normativa speciale: “Le persone di cui all'art. 1 sono tenute a svolgere i loro propri compiti nell'esercizio delle loro funzioni, attribuzioni o incarichi affidati, con il rigoroso rispetto delle leggi e delle regole di condotta professionale, e a garantire la protezione e la realizzazione dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini senza

⁴ Per la traduzione in italiano dei reati di “darea de mită” e “luarea de mită” del Codice penale rumeno, si utilizza “Il Compendio di nozioni legali”, creato tramite il Programma europeo Giustizia penale, Multilingua 2010, dal sito del Pubblico Ministero della Romania http://old.mpublic.ro/ump/multilingua_compendiu.pdf.

⁵ V. Dobrinioiu, M. A. Hotca, N. Neagu, M. Murea, C. Cășuneanu, *Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea descoperirea și sancționarea faptelor de corupție*, Bucarest, 2009, p. 52; I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *Tratat de drept și procedură penală*, ed. a II-a, Bucarest, 1925, p. 565

⁶ Pubblicata in G. Uff. nr. 79-79 bis/ 21.06.1968.

⁷ Pubblicata in G. Uff. nr. 173 din 22.07.1992.

⁸ O.A. Sabău-Pop, *op.cit.*, p. 28.

utilizzare le funzioni, i doveri o gli incarichi ricevuti, per acquisire per loro o altre persone denaro, beni o altri indebiti benefici”.

Ai sensi dell'articolo 1 di questa legge speciale, la normativa si applica alle seguenti persone: a) coloro che esercitano una funzione pubblica, indipendentemente dal modo in cui ne sono stati investiti, all'interno di autorità pubbliche o istituzioni pubbliche; b) coloro che esercitano, in via permanente o temporanea, in conformità con la legge, una funzione o un compito, nella misura in cui partecipano al processo decisionale o possono influenzarlo, nei servizi pubblici, nelle aziende private, nelle aziende nazionali, nelle società nazionali, nelle unità cooperative o in altri agenti economici; c) coloro che esercitano poteri di controllo, secondo la legge; d) coloro che forniscono assistenza specializzata alle unità di cui al punto a) e b) nella misura in cui partecipano o influenzano il processo decisionale; e) coloro che, indipendentemente dalla loro qualità, effettuano, controllano o forniscono assistenza specializzata nella misura in cui partecipano o influenzano il processo decisionale in relazione a: operazioni che implicano movimenti di capitali, operazioni bancarie, operazioni in valuta estera o di credito, collocamenti, borsa, assicurazioni, collocamenti reciproci o conti bancari e conti assimilati, transazioni commerciali nazionali e internazionali; f) coloro che detengono una posizione di comando in un partito politico o in un raggruppamento politico, in un sindacato, in un'organizzazione di datori di lavoro o in un'associazione o fondazione senza scopo di lucro; g) persone diverse da quelle di cui ai punti a) e f), alle condizioni previste dalla legge.

Questa legge stabilisce all'art. 5 una classificazione dei reati, classificandoli in quattro categorie: a) reati di corruzione; b) reati assimilati a reati di corruzione; c) reati direttamente connessi a reati di corruzione; d) delitti contro gli interessi finanziari delle Comunità europee. Una semplice lettura di questa classificazione trasmette l'idea che la sfera della nozione di reati di corruzione, alla luce dello scopo regolato dall'art. 2 della legge, non era più limitato ai classici reati coperti dal Codice penale in vigore in quel momento, ma invece veniva aggiunto un numero considerevole di reati, classificati come reati di servizio⁹.

Nel 2014 è stato introdotto un nuovo Codice penale (l. nr. 286/2009) che ha riprodotto con alcune modifiche le incriminazioni del precedente Codice penale: sono rimasti i reati di ricevere la tangente, dare la tangente e il traffico d'influenza, mentre è stato introdotto il reato di “acquisto d'influenza”¹⁰. Inoltre, il reato di ricevere indebiti benefici è stato integrato nella corruzione passiva (ricevere la tangente). Questo Codice disciplina nel Capitolo V della Parte Speciale “Corruzione e reati di servizio” i reati di corruzione, ma anche - appunto - quelli di servizio.

Il nuovo Codice penale disciplina dunque i due capitoli del titolo V della parte speciale stabilendo di fatto l'ordine dei valori sociali tutelati dalla legge penale e, di conseguenza, l'ordine delle incriminazioni, poiché ha certamente posto in una posizione di regolamentazione prominente i reati di corruzione, sottolineando pertanto l'importanza di questi, nel contesto della lotta anticorruzione, sia in Romania che nel contesto socio-politico europeo.

⁹ A. Fanu-Moca- *Infrațiunile de corupție*, in *Analele Universității de Vest din Timișoara, seria Drept*, p. 7

¹⁰ Questo reato era precedentemente regolato soltanto dalla Legge Speciale (Legge n. 78 del 2000) sulla lotta alla corruzione.

Inoltre, a seguito della ratifica da parte della Romania del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa (l. nr. 260/2004), è stato necessario completare il quadro dei reati di corruzione con una disposizione relativa all'estensione delle rispettive norme penali anche ai fatti commessi da persone coinvolte nei procedimenti di arbitrato interno o internazionale (articoli da 2 a 4 del Protocollo).

2. Analisi dei reati di corruzione

Come abbiamo visto, nella legislazione rumena ci sono quattro reati principali considerati reati di corruzione, oltre ad altri reati assimilati o connessi ai reati di corruzione. Di seguito analizzeremo i quattro principali reati - ricevere la tangente (corruzione passiva), dare la tangente (corruzione attiva), traffico d'influenza, acquisto d'influenza - stabilendo gli elementi del reato, così come sono attualmente previsti nella legislazione rumena¹¹.

Ricevere la tangente (corruzione passiva)

Questo reato è regolato dall'art. 289 del Codice penale e dall'art. 7 della l. nr. 78/2000. I testi normativi vigenti incriminano una variante tipo, una variante assimilata, una variante attenuante e una variante aggravata¹².

Ai sensi dell'art. 289 comma 1 del nuovo Codice penale costituisce reato il comportamento del pubblico ufficiale che riceve per se stesso o per conto di terzi denaro o altri benefici o ne accetta la promessa in relazione all'adempimento, accelerazione o ritardo relativamente all'espletamento di un atto rientrante nei suoi doveri o in connessione con l'esecuzione di un atto a questi contrario. Autore del reato nella sua forma base può essere il pubblico dipendente, come definito dall'art. 175 comma 1 c.p.

Al secondo comma è prevista la variante assimilata, per colui che riveste un pubblico incarico ai sensi dell'art. 175 comma 2 c.p. (pubblico ufficiale assimilato): tale condotta configura reato solo quando il soggetto ponga in essere atti diretti al non adempimento o ritardo nell'esecuzione di un atto che è obbligato a compiere in forza dei doveri scaturenti dal proprio ufficio o al compimento di un atto che è contrario ai doveri in questione.¹³

La versione attenuata è fornita dall'art. 308 c.p., che punisce la stessa condotta prevista dall'art. 289, nel caso in cui sia commessa da o in relazione a soggetti che esercitano, in via permanente o temporanea, con o senza compenso, un servizio di qualsiasi tipo al servizio di una persona fisica, come previsto dall'art. 175 comma 2, o all'interno di qualsiasi persona giuridica. In questi casi i limiti speciali della sanzione saranno ridotti di un terzo, secondo quanto previsto dall'art. 308 c.p.

¹¹ L'articolo analizza i reati previsti dalla legislazione rumena al momento della stesura; a causa delle frequenti modifiche legislative nel nostro Paese, alcuni aspetti potrebbero essere modificati fino al momento della pubblicazione.

¹² Al. Boroï, *Drept penal. Partea specială*, Bucarest, 2006, p. 328.

¹³ Ex art. 175 NCP è considerato funzionario pubblico ai sensi del diritto penale la persona che con o senza retribuzione, su base permanente o temporanea, esercita attribuzioni stabilite dalla legge per l'espletamento dei poteri legislativo, esecutivo o giudiziario o un pubblico ufficio di qualsiasi tipo anche in forma autonoma.

La versione aggravata è fornita dall'art. 7 della Legge 78/2000, secondo il quale, quando il soggetto attivo è uno dei soggetti espressamente previsti dal testo normativo, i limiti di pena previsti dall'art. 289 c.p. devono essere aumentati di un terzo. Queste persone sono: a) le persone che esercitano una funzione di pubblica dignità; b) giudici o pubblici ministeri; c) persone che sono organo giudiziario inquirente o che hanno il potere di accertare o sanzionare le contravvenzioni; d) le persone di cui all'art. 293 c.p., ossia le persone che, sulla base di un accordo arbitrale, sono chiamate a pronunciarsi su una controversia che è loro data dalle parti di questo accordo, indipendentemente dal fatto che la procedura di arbitrato sia basata sulla legge rumena o su un'altra legge.

L'atto incriminato dal legislatore può avere tre forme: richiedere, ricevere o accettare la promessa. *Richiedere* implica una richiesta di denaro, diretta o indiretta, o di altri indebiti vantaggi per se stesso o per un altro, e non è necessario che la richiesta presentata a tale riguardo sia soddisfatta. *Ricevere* comporta la ricezione, diretta o indiretta, per sé o per un altro, di denaro o altri indebiti benefici su iniziativa del corruttore. E *accettare* la promessa di denaro o altri indebiti benefici comporta l'espresso o tacito (ma insindacabile) accordo dell'autore per quanto riguarda l'offerta fatta. Se, prima di ricevere, la persona aveva accettato la promessa di ricevere tali beni, l'atto si ritiene consumato al momento dell'accettazione.

La dazione può avvenire in qualsiasi modo, attraverso il trasferimento materiale del denaro o tramite bonifici bancari o stipulando contratti simulati. Il reato è configurato nel momento in cui vi è l'accordo e l'autore accetta di ricevere tali benefici.

Una novità nel Codice penale attuale, rispetto al precedente, è che il reato di ricevere indebiti benefici presente nel vecchio Codice penale è diventato parte del reato di ricevere la tangente. Il nuovo Codice penale prevede, nel caso del reato di ricevere la tangente, che l'atto debba essere commesso “*in connessione con l'adempimento, il non adempimento, l'accelerazione o il ritardo nell'esecuzione di un atto che rientra nei suoi doveri o in connessione con l'esecuzione di un atto contrario a questi doveri*”, e non, come era previsto nel vecchio Codice penale, *per gli scopi di adempimento, non adempimento, accelerazione o ritardo*. In questo contesto, non possiamo parlare della depenalizzazione del reato di ricevere indebiti benefici, poiché gli stessi fatti sono ancora oggi inclusi nel contenuto costitutivo del reato di corruzione.

Dare la tangente (corruzione attiva)

Questo reato può essere commesso da una qualsiasi persona fisica o giuridica¹⁴ che abbia la capacità di stare in giudizio. Si configura offrendo, promettendo o dando, direttamente o indirettamente, denaro o altri benefici a un dipendente pubblico in relazione all'adempimento o inadempimento di un atto contrario ai doveri del proprio ufficio.

L'articolo 308 del nuovo Codice penale (NCP) prevede la variante attenuata del reato, quando la persona offre, promette o dà, non ad un pubblico dipendente, ma a

¹⁴ Anche una società può essere condannata per aver commesso un reato di corruzione, come ad esempio, nel caso in cui un socio o un amministratore offrono o cedono denaro a un impiegato di una società di controllo per non far risultare eventuali irregolarità ed evitare che la società venga sottoposta a sanzioni.

un dipendente pubblico assimilato: si tratta di quei soggetti che, per qualsiasi motivo, esercitano in via permanente o temporanea, con o senza compenso, qualsiasi prestazione al servizio delle persone, come stabilito dall'art. 175, comma 2 NCP.

La “bustarella” può essere data anche tramite una terza persona che, in tal caso, viene considerato un complice oppure un istigatore del reato, a seconda della natura effettiva degli atti che ha posto in essere.

Il reato si configura quando vengono promessi, offerti o dati denaro o vantaggi di altro genere a un pubblico dipendente in relazione all'adempimento o inadempimento, accelerazione o ritardo di un atto che rientra nel campo dei suoi obblighi o per la commissione di un atto che si pone in contrasto con gli stessi. I requisiti essenziali per la configurazione della fattispecie contemplano la promessa, offerta o dazione di denaro o altre utilità indebite al funzionario pubblico verso la controprestazione da parte di quest'ultimo circa il ritardo, l'accelerazione o altre tipologie di benefici riguardo ad atti o comunque obblighi che rientrano nel suo ufficio.

La promessa di denaro o altri indebiti benefici può essere fatta verbalmente o per iscritto, espressamente o implicitamente, e non è necessario che i beni promessi siano presentati alla persona, o la promessa sia accettata o meno dal destinatario. Offrire denaro o altri indebiti benefici, al contrario di promettere, implica che i beni offerti siano presentati, ma resta irrilevante la circostanza che l'offerta sia stata accettata o meno. La dazione, invece, implica l'effettiva ricezione, diretta o indiretta, di denaro o altri vantaggi da parte della persona.

A differenza del vecchio codice, che richiedeva la promessa, l'offerta o la concessione di denaro o altri benefici *prima* dell'atto, o al più tardi durante lo svolgimento, il nuovo c.p. si limita a dichiarare che l'atto deve essere compiuto “*in relazione all'adempimento, inadempimento, ritardo nell'esecuzione di un atto che rientra nelle sue funzioni o in connessione con l'esecuzione di un atto contrario a questi doveri*”. Il legislatore ha quindi incriminato anche l'azione intrapresa in una fase successiva. La promessa o dazione del denaro o degli altri benefici può collocarsi quindi in un arco temporale che va dal momento che precede la controprestazione da parte del dipendente fino a un momento successivo: non si richiede quindi espressamente che questa si debba collocare antecedentemente rispetto all'operato del funzionario.

L'art. 290 del Codice penale regola, al secondo comma, una causa di non imputabilità e, al terzo comma, una causa di non punibilità. Secondo l'art. 290 comma 2, “l'atto non costituisce reato quando il corruttore è stato costretto con qualsiasi mezzo dalla persona corrotta”, mentre, secondo il comma 3 dello stesso articolo, “questo non viene punito se denuncia l'atto prima che l'organo giudiziario investigativo ne sia stato informato”.

Tuttavia, questa causa di non punibilità è attualmente in fase di cambiamento. La legge che modifica il Codice penale, che al momento della stesura del presente studio è stata approvata in entrambe le camere del Parlamento, ma ancora non è stata promulgata e pubblicata, prevede un periodo di 6 mesi in cui il corruttore deve denunciare l'atto al fine di beneficiare della causa di non punibilità.

Traffico di influenza

L'art. 291 comma 1 regola il reato di traffico d'influenza nella forma semplice, mentre l'art. 7 della l. n. 78/2000 disciplina la forma aggravata, alle stesse condizioni, legate alla qualità del soggetto attivo, previste per le fattispecie di corruzione attiva e passiva. La criminalizzazione del traffico illecito d'influenza mira ad assicurare la buona reputazione delle entità statali e dei pubblici dipendenti, eliminando possibili sospetti circa la corruttibilità e le conseguenze di delegittimazione degli organi statali che ne derivano a livello sociale.

L'articolo 291 del NCP recita che è punito colui che richiede, riceve o accetta, direttamente o indirettamente, anche per conto di terzi, del denaro o altri benefici per esercitare pressione su di un dipendente pubblico affinché costui realizzi, non adempia, affretti o ritardi l'espletamento di atti che rientrano nelle funzioni o compia atti che si pongano in contrasto con i suoi doveri. Ai sensi dell'articolo 7 della l. n. 78/2000 è prevista anche la variante aggravata del reato quando questo è posto in essere coinvolgendo chi esercita una funzione di dignità pubblica.

La dottrina¹⁵ ha sintetizzato tre requisiti essenziali per l'esistenza del reato. Prima di tutto, l'autore deve avere sull'impiegato pubblico un'influenza reale, o far trasparire l'esistenza di una tale influenza, di modo che quest'ultima costituisca effettivamente il fattore determinante della richiesta dell'acquirente. In secondo luogo, occorre che l'autore prometta di far agire il funzionario nel senso desiderato dall'interessato, ossia dall'acquirente dell'influenza indebita (ciò implica che il funzionario pubblico può non avere ancora assunto la decisione agognata dall'interessato). Questo requisito è soddisfatto anche se non è nominato in modo esplicito il funzionario pubblico, ma ci si riferisce genericamente all'organo statale, all'istituzione pubblica o a qualsiasi altra persona giuridica cui appartiene il funzionario che ha il potere di agire. Invece non sarebbe configurabile il reato di traffico d'influenza, ma tutt'al più potrebbe parlarsi di truffa, nel caso in cui venisse assicurata una influenza esercitata su un funzionario che però non sia competente. In terzo luogo, l'atto deve essere commesso prima o in concomitanza con l'atto che rientra nelle funzioni dell'impiegato pubblico, altrimenti, anche in questo caso, si potrebbe ricadere nel reato di truffa.

La legislazione nazionale riflette quelle che sono le posizioni espresse dai più alti organi europei, sanzionando il comportamento di chi esercita la propria influenza per condizionare indebitamente le decisioni di pubblici funzionari nazionali o internazionali. La Convenzione penale sulla corruzione adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata dalla Romania con l. n. 27/2002, all'articolo 12 ha stabilito che ciascuna delle parti è tenuta ad adottare misure legislative e di altra natura eventualmente necessarie, mirate a sanzionare quei comportamenti finalizzati a offrire o concedere qualsiasi vantaggio indebito dietro corrispettivo, nei confronti di chi influenza o tenta di influenzare le decisioni di uno dei soggetti di cui agli artt. 2, 4-6 e 9-11. Nelle disposizioni contenute in questi articoli si fa riferimento ai pubblici ufficiali nazionali, ai membri di assemblee pubbliche nazionali, pubblici ufficiali stranieri, funzionari internazionali, membri di

¹⁵ V. Dobrinoiu, *Infracțiuni de corupție și de serviciu* in V. Dobrinoiu e.a., *Noul Cod penal comentat. Partea specială*, vol. II, Bucarest, 2012 p. 554-556; M. Udroișu- *Drept penal. Partea specială. Noul Cod penal*, Bucarest, 2014, pp. 357-358

assemblee parlamentari internazionali, giudici e funzionari di tribunali internazionali. A nulla rileva il fatto che il vantaggio indebito sia utile per chi lo chiede o per terzi.

L'acquisto dell'influenza

Tale tipologia di reato è previsto dall'articolo 292 Codice penale nella forma semplice, e dall'articolo 308 Codice penale nella versione attenuata. Il reato consiste nella promessa, l'offerta o la concessione di denaro o altri benefici, direttamente o indirettamente, a una persona che ha un'influenza o dà l'impressione di avere un'influenza su un dipendente pubblico, al fine di determinare che quest'ultimo realizzi, non adempia, affretti o ritardi l'espletamento di atti che rientrano nelle funzioni o che compia atti che si pongono in contrasto con i suoi obblighi.

Il comma 2 dell'articolo 292 Codice penale regola una causa di non punibilità, qualora l'autore del reato denunci l'atto prima che l'organo giudiziario investigativo ne sia stato informato. La ratio di questa causa di impunità è duplice: da un lato si è tenuto conto del fatto che l'auto-denuncia dell'autore dovrebbe indicare il suo rammarico per l'atto commesso, con la conseguenza che il soggetto non costituirebbe più un grave pericolo sociale; d'altra parte, il legislatore, con l'obiettivo di scoprire e sanzionare gli autori del reato di traffico d'influenza, nonché di prevenire tali atti, instilla, con l'introduzione di questa causa di non punibilità, il timore di essere denunciati in coloro che sarebbero tentati a commettere le condotte incriminate.

3. La nozione di impiegato pubblico ai sensi del diritto penale

480

L'art. 175 del Codice penale offre la definizione di pubblici dipendenti ai sensi della legge penale. È considerato funzionario pubblico la persona che, con o senza retribuzione, su base permanente o temporanea, esercita attribuzioni e responsabilità stabilite dalla legge per l'espletamento dei poteri legislativo, esecutivo o giudiziario, o una funzione pubblica di qualsiasi tipo, oppure esercita, da solo o insieme ad altre persone, all'interno di un operatore economico o una persona giuridica con capitale di Stato completo o maggioritario, attribuzioni relative alla realizzazione del suo oggetto di attività.

Lo scopo dell'uso da parte del legislatore dell'espressione "funzione pubblica di qualsiasi tipo" e non semplicemente "funzione pubblica" è dovuto all'esigenza di evitare la sovrapposizione tra la nozione di "funzione pubblica", ai sensi della l. nr. 188/1999 e successive modifiche concernente lo statuto dei dipendenti pubblici, e l'espressione utilizzata nell'art. 175.1, lett. b), in modo da delimitare coloro che sono considerati pubblici dipendenti ai fini del diritto penale.

Determinanti per includere o escludere dallo spettro applicativo della norma alcune figure professionali sono alcuni criteri, quali la natura del servizio fornito, la base giuridica su cui tale attività viene svolta o il rapporto giuridico tra l'interessato e le pubbliche istituzioni. Alcune figure di liberi professionisti sono considerati per l'ordinamento rumeno pubblici dipendenti, ai sensi del secondo comma dell'art. 175 del Codice penale, quando esercitano un servizio pubblico o sono assoggettati al controllo di una pubblica autorità: "è considerato funzionario pubblico, ai sensi della legge penale, la persona che esercita un servizio di interesse pubblico per il quale è stato investito dalle pubbliche autorità o che è soggetto al controllo o supervisione per l'esecuzione del rispettivo servizio pubblico". Fra chi svolge il servizio e la

pubblica autorità non vi sono relazioni: il disposto del secondo comma dell'articolo 175 NCP riguarda quelle figure professionali che svolgono il loro operato senza una previa assunzione in unità pubbliche. L'accezione del secondo comma è estremamente ampia ed è suscettibile di ricomprendere un gran numero di figure professionali come notai, ufficiali giudiziari, avvocati e altri ancora.

Possiamo notare quindi che il significato della nozione di dipendente pubblico nel diritto penale non è certamente equivalente a quella del diritto amministrativo. Nel diritto penale, la nozione di pubblico dipendente ha infatti una portata più ampia, a causa del carattere dei rapporti sociali che si tenta di difendere attraverso la criminalizzazione di alcuni fatti socialmente pericolosi. La richiesta di difendere e promuovere gli interessi della comunità impone il più alto grado di protezione possibile e pertanto rende necessario l'uso della legislazione penale.

Il concetto di funzione pubblica è in stretta correlazione con la nozione di interesse pubblico, dato che entrambi perseguono la soddisfazione dei bisogni generali sulla base di prerogative costituzionali che sanciscono una prevalenza del pubblico interesse su quello privato. Il dipendente pubblico svolge la sua attività col fine di perseguire l'interesse generale e nell'esercizio del suo ufficio non può, in alcun modo, anteporre l'interesse personale a quello generale.

Per giungere ad un'interpretazione unitaria delle disposizioni di legge relative alla definizione della nozione di impiegato pubblico ai sensi del diritto penale, l'Alta Corte di Cassazione e di Giustizia ha emesso diverse "sentenze su questioni di diritto"¹⁶, nelle quali ha affermato che: è dipendente pubblico ai sensi dell'art. 175 comma 2 del Codice penale (cioè dipendente pubblico assimilato) sia il perito¹⁷, sia il dipendente della banca, qualora si tratti di una società bancaria interamente privata, autorizzata e controllata dalla Banca nazionale di Romania¹⁸. Allo stesso tempo, ha stabilito che rientra nella nozione di impiegato pubblico stipulato nell'art. 175 comma 1 lettera b) - persona che esercita un ufficio pubblico di qualsiasi tipo - il medico con un contratto di lavoro in un'unità ospedaliera del sistema sanitario pubblico¹⁹, o l'insegnante di una scuola pubblica²⁰.

4. Sanzioni applicate ai dipendenti pubblici accusati di reati di corruzione

Il legislatore ha stabilito per i reati di corruzione la pena della reclusione: la più grave, tra 3 e 10 anni, è prevista per il reato di ricevere la tangente. La l. n. 78 del 2000 prevede un aumento dei limiti di pena per i reati di corruzione se sono

¹⁶ Una procedura introdotta nell'ordinamento rumeno nel 2014, ai fini di garantire l'uniforme interpretazione della legge penale.

¹⁷ Decisione della Corte di Cassazione - Collegio dei giudici per l'interpretazione di questioni legali in materia penale, n. 20 del 2014, Pubblicata in M.Of. della Romania n. 766 del 22 ottobre 2014.

¹⁸ Decisione della Corte di Cassazione - Collegio dei giudici per l'interpretazione di questioni legali in materia penale, n. 18 del 2017, Pubblicata in M.Of. della Romania n. 545 dell'11 luglio 2017.

¹⁹ Decisione della Corte di Cassazione - Collegio dei giudici per l'interpretazione di questioni legali in materia penale, n. 26 del 2014, Pubblicata in M.Of. della Romania n. 24 del 13 gennaio 2015.

²⁰ Decisione della Corte di Cassazione Collegio dei giudici per l'interpretazione di questioni legali in materia penale, n. 8 del 2017, Pubblicata in M.Of. della Romania n. 290 del 25 aprile 2017.

commessi da una persona che: esercita una funzione di dignità pubblica; è un giudice o un pubblico ministero; è un organo giudiziario inquirente o ha attribuzioni di accertamento o sanzione di contravvenzioni; è un membro di un tribunale arbitrale.

Oltre alla pena principale, al funzionario accusato di atti di corruzione sarà vietato di esercitare la sua professione o attività.

Allo stesso tempo, viene prevista la misura della confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato di corruzione: “denaro, valori o altri beni ricevuti sono soggetti a confisca e, quando non sono più disponibili, viene ordinata la confisca per equivalente”. Come si evince dal testo normativo, il denaro o qualsiasi altro bene deve essere stato effettivamente ricevuto, mentre i beni soltanto promessi non possono essere confiscati. Nel caso della corruzione attiva, tuttavia, si confiscano anche i beni offerti, anche quando la dazione non sia ancora avvenuta.

Ultima nota ma non meno importante: una disposizione generale del codice penale (articolo 112¹ lit.m del codice penale) consente che, se una persona è condannata per reati di corruzione si può applicare la misura della confisca estesa, vale a dire anche con riguardo ai beni ottenuti negli ultimi 5 anni prima che il reato fosse commesso, sempre che il valore di questi beni superi nettamente il reddito ottenuto legalmente e il giudice sia convinto che provengano da attività criminali.

5. Effetti nello spazio pubblico e nell'opinione pubblica

Secondo il sondaggio faccia a faccia “Eurobarometro speciale”, che ha attirato quasi 28.000 risposte, circa un europeo su dodici (8%) afferma di aver subito o visto un caso di corruzione negli ultimi 12 mesi e un quarto (26%) ritiene di essere personalmente colpito dalla corruzione nella propria vita quotidiana. Poco meno di un quarto (23%) concorda sul fatto che gli sforzi del loro governo sono efficaci nell'affrontare la corruzione, e circa un quarto (26%) pensa che nel loro Paese ci siano abbastanza procedimenti penali per dissuadere le persone da pratiche corrotte²¹.

Le percezioni relative alla corruzione, in realtà, sono generalmente ancora più elevate. L'esperienza della corruzione non è uniforme in tutta l'UE: nel caso di Danimarca, Finlandia, Lussemburgo, Svezia e Regno Unito, meno dell'1% degli intervistati ha dichiarato di aver percepito un atto di corruzione negli ultimi 12 mesi, mentre in altri Paesi come Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Grecia, Ungheria, Lituania, Polonia, e tra questi anche la Romania, il dato si attesta tra il 6% e il 29%.

In Romania, come in altri Paesi europei, è ancora presente la “cultura dei doni” verso chi esercita determinati ruoli o professioni e ciò molto spesso non è nemmeno percepito come corruzione ma solo come atto di cortesia. Pensiamo qui soprattutto alla corruzione nel campo sanitario.

Laddove esiste, la corruzione nell'assistenza sanitaria pubblica tende ad essere altamente visibile al pubblico, poiché la maggior parte delle persone, nel corso dell'anno, ha in qualche modo sempre contatti con il sistema sanitario pubblico. Secondo il sondaggio speciale Eurobarometro del 2013, circa tre quarti degli europei (77%) hanno visitato un operatore sanitario pubblico o un'istituzione di assistenza sanitaria pubblica negli ultimi 12 mesi. In tutta l'UE, un intervistato su 20 (5%) che

²¹ *Quality of Public Administration A Toolbox for Practitioners, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015*, p. 103.

aveva visitato un medico o un'istituzione sanitaria pubblica ha affermato che, oltre alle tasse ufficiali, avevano corrisposto un pagamento extra o un regalo prezioso al medico o avevano fatto una donazione ospedaliera. In alcuni casi, questo pagamento è stato richiesto, in altri è stato offerto o ritenuto prevedibile, prima o dopo il trattamento. Il Paese con la maggiore percentuale di risposte che hanno confermato queste pratiche è stato la Romania (28%), seguita poi da Lituania (21%), Grecia (11%) e Ungheria (10%)²².

Ma la corruzione non si diffonde solo nel sistema sanitario. Al fine di ottenere un quadro più preciso dell'estensione della diffusione della corruzione in Romania, abbiamo analizzato il rapporto più recente dell'Organizzazione internazionale per la trasparenza e il rapporto della Direzione nazionale anticorruzione per il 2017.

Le relazioni annuali Transparency International sulle percezioni della corruzione sono particolarmente rilevanti da un punto di vista sociologico, dato che riescono ad analizzare fino a che punto la corruzione colpisce le vite dei cittadini comuni. A tal fine, Transparency International interroga regolarmente il pubblico in merito alle loro opinioni sulla corruzione. In particolare, viene chiesto in che misura i cittadini siano dell'opinione che il fenomeno della corruzione esista nelle istituzioni pubbliche, quali esperienze abbiano vissuto e come stimino l'evoluzione della corruzione in Romania.

Nel febbraio di quest'anno, Transparency International ha elaborato una relazione annuale sul *Global Corruption Perceptions Index* (CPI), arrivando a determinare la misura della corruzione nel settore pubblico grazie all'aiuto di esperti di consulenza e uomini d'affari provenienti da 180 Paesi inclusi nell'analisi. Secondo questo rapporto, nel 2016, la Romania è al 59° posto nel mondo e 25° nell'Unione europea.

Per anni, lo spazio pubblico della Romania è stato invaso dal fenomeno della corruzione. In generale, le statistiche nazionali mostrano che i rumeni credono che la società sia soffocata dalla corruzione. Alla domanda: "Quale pensi sia il problema più serio della Romania?", il 51% degli intervistati lo ha individuato nella corruzione. Ovviamente, sorge la domanda: per quale motivo la Romania viene considerata un Paese "corrotto" dai suoi stessi cittadini? Per rispondere a questa domanda, molto utile è un altro dato risultante dal sondaggio: la maggior parte dei cittadini intervistati ha affermato che le loro opinioni sulla corruzione si basano sulle informazioni disponibili o trasmesse dai media (oltre il 55% degli intervistati).

Purtroppo, oggi il ruolo dei media non è limitato *all'informazione*, ma anche alla *formazione* dell'opinione pubblica. Come mostrato in una ricerca²³, i media hanno superato il ruolo di intermediario, diventando la fonte diretta del messaggio. In Romania, essi svolgono un ruolo di primo piano nel plasmare opinioni e atteggiamenti, non indirettamente, ma esplicitamente attraverso opinionisti politici, economici o sociali. Pertanto, possiamo affermare che l'opinione pubblica sulla corruzione è rilevante per determinare il grado effettivo di corruzione in Romania? Sicuramente no.

²² *Quality of Public Administration A Toolbox for Practitioners, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015*, p. 112.

²³ I. Ghiță, *Rolul Mass-mediei românești în formarea opiniei publice*, in *Communication and Argumentation in Public Sphere*, Galați University Press, 2007, p. 242.

D'altra parte, abbiamo analizzato i rapporti della Direzione nazionale anticorruzione²⁴. Da questa analisi possiamo vedere che nel 2017 il numero di reati di corruzione per i quali la Direzione nazionale anticorruzione ha depositato la richiesta di rinvio a giudizio è 313, di cui 144 per “ricevere la tangente”, 65 per “dare la tangente”, 83 per “tratta d'influenza” e 21 per “acquisto d'influenza”. Ma nemmeno questi numeri riflettono accuratamente il livello di corruzione in Romania; se, da un lato, è indiscutibile che non tutti i fatti di corruzione siano stati scoperti e giudicati, dall'altro si può notare il gran numero di assoluzioni ordinate dai giudici. La percentuale di assolti nei casi in cui la DNA ha chiesto il rinvio a giudizio (compresi tutti gli altri reati assimilati ai reati di corruzione), secondo l'indicatore statistico stabilito dal Consiglio Superiore della Magistratura²⁵, è stata del 12,2%. Pertanto, dei 997 imputati rinviati al giudizio nel 2017, 122 imputati sono stati assolti.

La copertura mediatica (a volte esagerata e in violazione della presunzione di innocenza) della lotta anticorruzione ha creato una vera cultura della popolazione rumena volta a combatterla. Negli ultimi anni, in Romania sono nate numerose associazioni e organizzazioni non governative e apolitiche per promuovere e sostenere iniziative, azioni e misure concrete per combattere la corruzione. Le proteste pubbliche da queste organizzate e l'intensa attività sui *social network* hanno attirato un gran numero di persone, soprattutto tra i giovani. Fino a poco tempo fa, era registrabile una mancanza di interesse tra la popolazione più giovane con riguardo ai problemi sociali e politici della comunità, mentre ora il loro coinvolgimento e la posizione sulla corruzione sta diventando sempre più pronunciata.

Se, da un lato, la lotta anticorruzione è diventata sempre più sostenuta dall'opinione pubblica, la fiducia nell'attività degli organi specializzati è stata “attenuata” dalla recente declassificazione di un documento - Protocollo concluso tra la Direzione nazionale anticorruzione e il Servizio di intelligence rumeno - che ha sollevato dubbi riguardando il coinvolgimento dei servizi segreti nell'attività investigativa e nelle attività dei P.M.

6. Come prevenire il fenomeno?

La corruzione è un fenomeno complesso e plurivalente che causa molteplici cause ed effetti e ha uno sviluppo estremamente vario. Pertanto, i metodi di lotta o prevenzione dovrebbero essere ugualmente diversi. Non si può certamente ambire a sradicare totalmente il fenomeno, ma si può ragionevolmente pensare di ridurlo entro limiti ragionevoli.

Un primo aspetto che è stato considerato importante nella lotta contro la corruzione in Romania è stato il cambiamento nella politica criminale. Gli obiettivi della politica criminale, in termini di legislazione, erano: la modifica della legge sulla prevenzione e il controllo della corruzione e riciclaggio di denaro per la piena armonizzazione della legislazione nazionale con l'*acquis* comunitario; l'adozione di una legislazione speciale in materia di prevenzione e controllo della criminalità, per

²⁴Sul sito Ufficiale della Direzione Nazionale Anticorruzione https://www.pna.ro/faces/bilant_activitate.xhtml?id=40#cap1_2.

²⁵ Decisione del Consiglio Superiore di Magistratura n. 1265 del 24 novembre 2015.

quanto riguarda la prevenzione e il controllo del traffico di esseri umani e la criminalità attraverso sistemi informatici; la modifica e il completamento della legislazione per garantire la protezione dei testimoni e delle vittime; l'elaborazione di un nuovo Codice penale nel contesto dell'unificazione del diritto penale a livello europeo e che fosse uno strumento funzionale per proteggere la società contro determinate pratiche come la corruzione; la modifica e l'integrazione del Codice di procedura penale alla luce delle decisioni della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo; il miglioramento del diritto commerciale, la riforma del quadro giuridico in materia di fallimento e la procedura transnazionale di fallimento giudiziario; la regolamentazione degli strumenti procedurali per individuare, indagare e perseguire i casi di corruzione; il quadro istituzionale comprendente strutture competenti a prevenire e controllare la corruzione.

In considerazione dell'esistente coinvolgimento delle persone giuridiche in attività criminali, un passo importante è stato anche il cambiamento della legislazione penale, che ha visto l'introduzione della responsabilità penale della persona giuridica. Per quanto riguarda la giurisprudenza, nel 2008 per la prima volta in Romania una persona giuridica è stata rinviata a giudizio per la commissione di un reato di corruzione.

Sebbene l'attività normativa nel campo della lotta contro la corruzione sia estremamente produttiva dal punto di vista dello sforzo quantitativo, gli strumenti normativi sono stati costantemente modificati e integrati, dimostrando una forte instabilità e insicurezza delle istituzioni intenzionate a combattere il fenomeno della corruzione²⁶. Ad esempio, l'Ordinanza di emergenza del governo (O.U.G.) n. 43/2002 sulla Direzione nazionale anticorruzione è stata modificata 25 volte, mentre la legge 78 del 2000 per la lotta alla corruzione è stata emendata 11 volte. Alcune disposizioni legali non sono nemmeno in linea con quelle contenute nella Costituzione rumena, motivo per cui sono state dichiarate incostituzionali e implicitamente hanno prodotto un impatto negativo e persino retroattivo sull'attività della Direzione nazionale anticorruzione.

Un aspetto importante riguarda la scoperta del fatto. Secondo il rapporto DNA 2017, solo nel 9% dei casi la notifica è stata effettuata da un'istituzione pubblica. Ciò indica chiaramente un basso coinvolgimento delle istituzioni pubbliche nella scoperta della corruzione nelle proprie istituzioni. Dato che è certamente più facile rilevare tali atti illeciti all'interno delle istituzioni stesse, è improbabile che, se tutti i fatti venissero segnalati e non "nascosti", il numero di denunce rimarrebbe così basso. Di conseguenza, campagne più intense di sensibilizzazione sull'importanza di denunciare la corruzione da parte dei dipendenti pubblici potrebbero portare a una lotta più efficace contro di essa.

Un altro obiettivo programmatico potrebbe riguardare l'educazione dei bambini e degli studenti all'incorruttibilità, includendo nei piani di studio materie come educazione civica e lo studio degli effetti cui i fenomeni corruttivi conducono. Questo perché, come abbiamo visto, è ancora radicata l'idea di corrispondere "doni" a determinati soggetti operanti nel sistema pubblico, tra cui medici, insegnanti, ufficiali di controllo ecc. Questa mentalità è probabilmente difficile da cambiare con riguardo

²⁶ A.O. Sabau, *op.cit.*, p. 360.

alla popolazione più anziana, ma ciò che si può fare è cercare di sradicarla educando le generazioni future.

Un'altra iniziativa civile per combattere la corruzione ha come oggetto la rimozione dei corrotti dalla politica e dalle istituzioni, chiedendo di modificare la legislazione nel senso di proibire l'occupazione dei posti di dipendenti pubblici, parlamentari, membri del governo ecc. alle persone condannate per reati di corruzione.

Senza avere la pretesa di esaurire i metodi di lotta alla corruzione, ma cercando solo di fare una breve elencazione di alcuni di essi, riteniamo che, a parte ciò che è stato già rilevato, un ruolo importante dovrebbe essere svolto dalla trasparenza nell'organizzazione e nelle fasi decisionali delle istituzioni e delle autorità pubbliche. Ma forse, cosa ancora più importante, potrebbe essere un'iniziativa per modificare la legislazione in modo da rendere più efficace l'applicazione delle disposizioni sulla confisca estesa: questo non solo avrebbe l'effetto di prevenire, ma anche di recuperare notevoli quantità di denaro da parte dello Stato.

A question of political will: Corruption and Public Administration in Ireland

di Gary Murphy, Robert Gillanders e Michael Breen

Abstract: A question of political will: Corruption and Public Administration in Ireland –

The paper provides the reader with a transversal analysis of the issue of corruption in Ireland – including the Irish legislation against corruption and the economical shortcomings of corruption.

Keywords: Ireland; Transparency; Corruption; Public administration.

1. Introduction

At the end of May 2018 the Irish parliament (Oireachtas) passed all stages of the Criminal Justice (Corruption Offences) Bill of 2017. The original bill was introduced in November 2017 by the Minister for Justice and Equality, Charles Flanagan, as the final piece in a range of acts entitled to ensure that Irish politics and public life was clean. The purpose of the bill was to completely modernise Irish anti-corruption laws and make them more accessible to the general public. The Criminal Justice (Corruption Offences) Act 2018 repealed and replaced seven previous Prevention of Corruption Acts dating from 1889 to 2010. The 2018 act was, however, far more than a simple consolidation of the old law. Rather it was a robust and innovative piece of legislation that provided for a number of new offences as well as stronger penalties for those convicted of corruption. The Act followed a range of open government initiatives such as the Freedom of Information Act 2014, the Protected Disclosures Act 2014, and the Regulation of Lobbying Act 2015. In that context the Act enabled the Irish state to meet with some of its international obligations as well as significantly strengthening its legislative defences against white collar crime and corruption.

Some of the key provisions of the Act are the introduction of a new offence of active and passive trading in influence as recommended by GRECO, the Council of Europe's anti-corruption body; a new offence for an Irish official carrying out a corrupt act in relation to his or her office; a new offence of giving a gift, consideration or advantage knowing that it will be used to commit a corruption offence; a new offence for creating or using false documents as required by most International Conventions; and a new offence of intimidation where a threat of harm is used instead of a bribe. The Act also extends the

presumption of corrupt gifts to connected persons; the presumption of a corrupt donation is expanded and makes failure to disclose or return a donation grounds for the presumption to apply. There are also new provisions for the forfeiture of public office and for prohibition from seeking public office for up to ten years for Irish officials. There is a strict liability offence for bodies corporate where any individual connected with the company has been found guilty of corruption with the penalty for the company being an unlimited fine. Finally there are provisions for seizure and forfeiture of bribes.¹

The enactment of this ground breaking piece of legislation came at the end of some two decades worth of hand wringing amongst Irish political elites over allegations of corruption within the body politic. A number of tribunals of inquiry were established in the mid-1990s to investigate such allegations and they dominated Irish political discourse for over fifteen years. The mammoth reports out of these tribunals forced an introspective examination by Irish political elites about undue influence in policy making. Added to this were a number of critical external reports about Ireland's attitude towards corruption, principally from GRECO. The various pieces of legislation enacted from 2014 to 2018 were designed and enacted to ensure that Ireland would continue to have a reputation for clean politics, be an attractive location for foreign direct investment, and an attractive place to work and live.

2. Expert Perceptions and Individual Experiences

Ireland has generally ranked in the higher echelons of states in global comparative assessments of perceived levels of corruption. According to Transparency International's Corruption Perceptions Index (CPI), Ireland is a relatively clean country. The CPI is only comparable year-to-year from 2012 onward. According to this index, Ireland's score has improved from 69 in 2012 to 74 in 2017. The country's rank has also improved, from twenty fifth in 2012 to nineteenth in 2017.² This puts Ireland between the US and Japan, and tenth of 28 EU member states. The World Bank is in agreement, consistently ranking Ireland in the top 10% of countries in the control of corruption between 2005 and 2016.³ In 2017, Ireland was ranked fourteenth out of 109 countries, with a score of 8.74 on a 10-point scale in the Public Integrity Index, which assesses a society's capacity to control corruption and ensure that public resources are spent without corrupt practices.⁴

It is well known that perception based measures of corruption such as these are subject to perception biases. Fan, Lin and Treisman argue that "the businessmen and experts whose perceptions are being tapped might be inferring corruption levels from its

¹ The act is available at www.anticorruption.ie/en/ABC/CriminalJusticeCorruptionOffencesAct2018.pdf/Files/CriminalJusticeCorruptionOffencesAct2018.pdf and also at www.irishstatutebook.ie/eli/2018/act/9/enacted/en/html

² www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table

³ info.worldbank.org/governance/wgi/#reports

⁴ integrity-index.org/country-profile/?id=IRL&yr=2017

hypothesized causes”.⁵ Ireland lacks recent firm-level surveys of corruption which would provide hard evidence on firms’ experiences of paying bribes. However, we do have Eurobarometer data which suggests that petty corruption is not something that Irish people encounter with any regularity or frequency. In an October 2017 survey just 12 per cent of Irish people thought that doing a favour in return for something from the public administration or a public service was acceptable to any extent. Moreover, only 5% of Irish people say they have witnessed acts of corruption or been a victim of corruption in the past year. Furthermore, only 7% of Irish people report that they know someone who has taken a bribe.⁶

Given that some of this is likely to be a misunderstanding of what constitutes corruption it is clear that this kind of petty corruption is not a common occurrence in Ireland. The possibility still remains that firms pay bribes, although this seems unlikely to be a normal part of the business environment. Several studies have noted that corruption is a key predictor of red tape and high levels of regulation.⁷ Although we lack direct measures of corruption in business-state transactions, the World Bank’s Doing Business survey for 2018 suggests that the business environment in Ireland is very clean and favourable.⁸

3. Public Perceptions and Norms in Ireland

While the data suggest that corruption in Ireland is relatively scarce, there is, nevertheless, a widespread belief by Irish people that it is indeed a problem in the country. Indeed, contrary to the improvements in the CPI, Eurobarometer data tells us that 39% of Irish people think that corruption increased between 2014 and 2017.⁹ In the same survey, 68% of Irish people expressed the belief that corruption is widespread in the country. Ireland is typical in the context of Europe – the same share of Irish people (68%) who think that corruption is widespread is the European average. Finland lies at one extreme of this distribution, with 21% who think that corruption is widespread, and Greece at the other with 96%. Despite this, and in line with most EU member states, the perception that corruption is a problem has been falling in Ireland, with a 13-percentage point decrease between 2012 and 2017.

When surveyed about the giving and taking of bribes and the abuse of power for personal gain, Irish people believe that this problem is common among political parties (53%), banks and financial institutions (51%), and politicians at national, regional or local level (47%). Almost every EU member state identifies political parties and politicians as a

⁵ C.S. Fan, C. Lin, D. Treisman, *Political decentralization and corruption: Evidence from around the world*, in 93 *Journal of Public Economics* 14, 15 (2009).

⁶ ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/81007

⁷ M. Breen, R. Gillanders, *Corruption, institutions and regulation*, in 13 *Economics of Governance*, 263-285 (2012).

⁸ www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf

⁹ ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/81007

problem. However, Ireland, Portugal and Spain – three of the EU countries most closely associated with the European banking crisis – are the only three countries in the EU which identify banking as one of the three most common areas for bribery and abuse of power (Greece is an outlier in this regard, at 27%). Even though these categories are identified by Irish people as the common places they perceive corruption to be a problem, the politicians and parties' categories are below the EU average. The third most common EU answer was for "Officials awarding public tenders." Only 34% of Irish respondents view this as a problem compared to 43% in EU member states. This data suggests that Irish conceptions of corruption do not entail day-to-day petty corruption on the part of civil servants but rather entail a form of collusion between the political class and financial institutions.

The available evidence also suggests that there is a strong social norm against corruption in Ireland. The Eurobarometer in 2017 shows that Ireland is third behind Malta and Denmark in terms of the share of people that state that corruption is never acceptable and it is wrong to do a favour in order to get something from the public administration or a public official. At 84%, this share compares favourably to Germany, for instance, at 75%. Similar patterns are evident in attitudes toward giving a gift or money to obtain something from a public official. The Eurobarometer tolerance index reveals that Ireland ranks fifth in the EU in terms of the share of people who view corruption as unacceptable. While no country is completely free from corruption, taken together, these data suggest that corruption in Ireland is not common and there are strong social norms against corrupt behaviour.

The divergence between the reality of corruption and public perceptions is not unique to Ireland and raises the worrying prospect of a self-fulfilling prophecy in which the view that corruption is widespread undermines the norm of viewing corruption as unacceptable. Evidence tells us that one way in which people justify corruption to themselves is through the view that "everybody else is doing it".¹⁰ A view that corruption is common can therefore serve to lower the psychic cost of engaging in acts of corruption. Some member states, and indeed the EU in general, may wish to tackle misperceptions of corruption in order to preserve and improve actual levels of good governance. In that context enforcement of corruption legislation is an important point as it pertains to Ireland.

While Ireland performs well on standard measures of corruption perceptions, it rates poorly in terms of enforcing the OECD's anti-bribery convention. Transparency International's 2018 report on exporting corruption categorises Ireland as having "little or no enforcement" of the convention.¹¹ Ireland's failure to impose sanctions in a single foreign bribery case results in a score of zero placing it in a group of countries that includes China, India, Russia, and Turkey. While Ireland's recent legal reforms impose

¹⁰ J.D. Collins, K. Uhlenbruck, P. Rodriguez, *Why firms engage in corruption: A top management perspective*, in 87 *Journal of Business Ethics* 89-108 (2009).

¹¹ Exporting Corruption: Progress report 2018: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, available at files.transparency.org/content/download/2318/14294/file/2018_Report_ExportingCorruption_English.pdf

more serious sanctions for acts of foreign bribery, the lack of a track record of enforcement is cause for concern. While theory,¹² and evidence,¹³ demonstrate that monitoring and punishment can be an effective deterrent to corruption, zero probability sanctions will not change the calculus of expected costs versus expected benefits.

In addition to undermining global development efforts, this lack of enforcement poses a risk for Ireland's level of corruption at home. Irish firms paying bribes abroad may, through a change in norms or rationalisation, become firms that are willing to engage at corruption at home. To the extent that corruption benefits the firms engaging in it, Ireland's failure to enforce the convention allows such firms to gain an advantage over their competitors. Over time, this could potentially lead to the extreme situation where competitive forces may drive out honest firms, moving Ireland away from a desirable equilibrium of little corruption. While this is unlikely, it is nevertheless something that needs to be guarded against.

A similar problem of lack of enforcement arises when it comes to recommendations from the Council of Europe's anti-corruption body, GRECO. In June 2017 GRECO published a compliance report on Ireland relating to the state's compliance with a 2014 evaluation report on corruption prevention in respect of members of parliament, judges, and prosecutors. The original evaluation report contained 11 recommendations for action. The 2017 compliance report found that Ireland had only fully implemented three of the recommendations and partly implemented a further three. GRECO concluded that Ireland's low level of compliance with the recommendations is "globally unsatisfactory". The then Minister for Justice and Equality Charles Flanagan stated that the report was "obviously disappointing. While much work is underway in relation to all of the recommendations, we fell short of achieving a good report as the legislation in train is hugely complex" and that he was committed to achieving a significantly better result next time around.¹⁴

Unfortunately for Flanagan and the minority Fine Gael led government of which he was a senior minister GRECO's next report into compliance in Ireland in July 2018 followed a similar pattern finding that Ireland's overall implementation of the recommendations made during the fourth round evaluation was low and that Ireland's compliance with the recommendations was again "globally unsatisfactory" as per GRECO standards. Minister Flanagan again expressed his disappointment that more progress has not been made but was keen to highlight the active role the Government had taken on anti-corruption measures in the past year. In that context the enactment of the Criminal Justice (Corruption Offences) Act 2018 which represented a complete overhaul of Ireland's anti-corruption laws that were clearly out of date was described by the government as a vital piece of legislation in the fight against corruption at home and

¹² G.S. Becker, *Crime and punishment: An economic approach*, in N. Fielding e al., *The economic dimensions of crime*, London, 1968, 13.

¹³ K. Abbink, B. Irlenbusch, E. Renner, *An experimental bribery game*, in 18 *Journal of Law, economics, and organization*, 428-454 (2002).

¹⁴ GRECO publishes Compliance Report on Corruption Prevention in Ireland, available at www.justice.ie/en/JELR/Pages/PR17000222

abroad. A dedicated anti-corruption unit in An Garda Síochána was also established in 2018 to ensure more resources were allocated to the successful investigation and prosecution of corruption. Furthermore a revamped website www.anticorruption.ie was launched which provides various links to reports on Ireland and contact details in the event that an individual suspects a corruption offence has taken place.¹⁵ These measures were part of a white collar crime package which was announced by the government in late 2017. This also included including signing up to the international transparency drive known as the Common Reporting Standard to counteract tax evasion which was established back in 2014. At its heart the idea of this package was to essentially make it easier to prosecute people for insider trading, planning corruption and bribery offences.

4. Tribunals of Inquiry

The background to this set of measures lay in a number of tribunals of inquiry established by the state in the mid-1990s. For most of its existence since it declared independence in 1922, the Irish state has operated in a culture of secrecy. The result of such secrecy was that various governments, individual politicians and civil servants became targets for sustained lobbying by all manner of interest groups and private business interests seeking to influence them in order to get favourable policy decisions. Such attempts at influencing policy makers took place behind closed corridors. This became apparent when the Irish state was transfixed by a number of tribunals of inquiries into payments to politicians which laid bare the dark underbelly of lobbying in Ireland as the covert intersection between the policymaking process and those who wanted to influence it was openly revealed. These tribunals manifestly showed that the Irish policymaking process was neither open nor transparent, and was open to corruption.¹⁶ In that context the activities of individuals or groups attempting to influence national and local politicians, as well as public officials, came under particular scrutiny.

The Oireachtas has the power to establish tribunals of inquiry to investigate certain matters of urgent public importance. The original legislation dates from 1921 and has been amended on a number of occasions, most recently in 2004. Since 1991, there have been ten tribunals of inquiry. Four of these pertained to various actions of the Irish police force, the Garda Síochána, two related to cases of blood transfusion, two to payments to politicians, one to planning matters in Dublin, and one to alleged irregularities in the beef processing industry. Two of the most noteworthy the Moriarty Tribunal into payments to politicians and the Mahon Tribunal into planning matters, including rezoning by Dublin authorities were established in 1997 yet took fourteen and sixteen years respectively to conclude and revealed large, covert payments to politicians. The tribunal era did lead to significant changes in the way the Irish political elite looked at themselves

¹⁵ Minister for Justice and Equality welcomes publication of latest anti-corruption report, available at justice.ie/en/JELR/Pages/PR18000225

¹⁶ E. Byrne, *Political Corruption in Ireland 1922-2010: A Crooked Harp?*, Manchester, 2012.

and their administrative structures. In that context tribunals of inquiry are important as they exposed the question of corrupt access to decision making.

For many years the question of access to government was intertwined with financial donations to individual politicians as well as to political parties. The two major parties which have dominated the Irish political landscape since independence Fianna Fáil and Fine Gael received substantial donations from business interests over a long period. In its second interim report of September 2002, the Flood tribunal into planning in Dublin ruled that former minister Ray Burke (who at different times had held the Foreign Affairs, Justice, and Communications portfolios) had received corrupt payments from a succession of builders. It also concluded that Burke, during his time as Minister for Communications in the late 1980s, had made decisions that were not in the public interest after receiving payments from a private radio station's main backer.¹⁷ Burke was eventually jailed for six months in January 2005, becoming the first former minister to be imprisoned on foot of investigations undertaken by a statutory tribunal of inquiry. He pleaded guilty to two counts of lodging false tax returns and later made a settlement of €600,000 with the Criminal Assets Bureau.¹⁸ The link between business contributions to political parties – and by extension to the political process – and favourable treatment for such business interests was palpably proven to Justice Flood's satisfaction. In 2015, the tribunal, then known as the Mahon tribunal, did however, apologise to Burke and a number of businessmen for finding that they had hindered and obstructed its work and that all such findings of hindrance and obstruction made against individuals in its second and third interim reports would be removed. Burke and others were then entitled to claim full legal costs for their appearances at the tribunal.¹⁹

The question of financial donations and influence gained particular notoriety from the difficulties that beset the then Taoiseach, Bertie Ahern after the *Irish Times* revealed in September 2006 that, as Minister for Finance in 1993 and 1994, he had accepted payments of somewhere between €50,000 and €100,000 from a variety of business people. It also revealed that the matter was being investigated by the Mahon tribunal. Ahern went on to lead Fianna Fáil back into government after the 2007 general election. However in the wake of some unconvincing performances at the tribunal, and under pressure from within his own cabinet, he resigned as Taoiseach in May 2008, stating that the effects of the tribunal had taken its toll on him, his party and those closest to him. He insisted that he had done nothing wrong. He was severely criticised in the final Mahon report of March 2012, which found that much of the explanation provided by him as to the source of the substantial funds that he had received was 'untrue'.²⁰ He rejected all such findings.

¹⁷ F. Flood, *The Second Interim Report of the Tribunal of Inquiry into certain planning matters and payments*, Dublin, 2002, 65.

¹⁸ E. Byrne, *Political Corruption in Ireland*, cit., 172.

¹⁹ www.irishtimes.com/news/politics/mahon-tribunal-apologises-to-former-ff-minister-ray-burke-1.2066176

²⁰ A. Mahon, *The Final Report of the Tribunal of Inquiry into Certain Planning Matters and Payments*, 2012, 1473 available at www.planningtribunal.ie/images/finalReport.pdf.

Importantly for Ahern and his defenders, the tribunal did not make a finding of corruption against him and he quickly stated that he had never received a corrupt payment in his life and had always told the truth to the tribunal. In any event, Fianna Fáil started preparing to expel him from the party, but he resigned his membership before that ignominy could be visited upon him. Former Fianna Fáil minister Pádraig Flynn faced similar difficulties after the tribunal found that he had wrongfully and corruptly sought a payment of £50,000 from a developer and then proceeded to utilise the money for his personal benefit.²¹ Flynn also resigned from Fianna Fáil after moves to expel him were initiated.

The Moriarty tribunal, which reported in 2011, thirteen years and six months after it was established was most effective in uncovering a whole host of payments to the former Fianna Fáil leader, Charles Haughey. Haughey had had a long and controversial career and had been Taoiseach on three occasions between 1979 and 1992. The tribunal proved extremely successful in tracking down a complicated money trail to Haughey and estimated that he had received £8.5 million in donations over a period of sixteen years. The tribunal also produced a main finding that Michael Lowry, a Fine Gael minister between 1994 and 1996, had been the recipient of direct financial contributions from businessman Denis O'Brien. In turn, it said, O'Brien had benefited from a decision made by Lowry's Department of Transport, Energy and Communications, namely the awarding of the state's second mobile phone licence to O'Brien's company, Esat Digifone. The tribunal found that a 'cocktail of irregularities' within the evaluation process was complemented by the 'insidious and pervasive influence' of Lowry, who 'not only influenced, but delivered, the result'.²² The tribunal was excoriated by O'Brien and Lowry, both of whom rejected its findings as biased, selective and not substantiated by evidence or fact. They furthermore implied that Justice Moriarty had 'gone rogue and become obsessed with destroying Ireland's international reputation'.²³

From the Hamilton report into the beef industry in 1994, through to the McCracken report in 1997 and the Moriarty report in 2011 into payments to politicians, to the Flood/Mahon report into planning corruption in Dublin in 2012, these tribunals of inquiry uncovered vast, secret and complex payments to politicians. Having heard copious amounts of evidence the judges in each case rejected at least some of the evidence given by certain politicians but, crucially, did not find politicians to have acted corruptly. They did find that an insidious nexus of builders, developers and politicians was at work and that this had led to an unhealthy interlinking of business, private and public interests in Ireland, but that this was necessarily corrupt.²⁴ It did, however, lead to a widespread perception of corrupt influence in how the state decided policy.

²¹ A. Mahon, *The Final Report of the Tribunal of Inquiry*, cit., 2458.

²² See M. Moriarty, *The Moriarty Tribunal Report. Report of the Tribunal of Inquiry into Payments to Politicians and Related Matters, Part 2*, Dublin, 2011, 1050, and E. Byrne, *Political Corruption in Ireland*, cit., 165-166.

²³ E. Byrne, *Political Corruption in Ireland*, cit., 167.

²⁴ G. Murphy, *Electoral Competition in Ireland since 1987: the politics of triumph and despair*, Manchester, 2016.

5. A fragmented regime for fighting corruption?

Despite these numerous tribunals, the Irish state has secured few convictions for corruption-related offences. Moreover, of the small number of convictions there have been, a number of them have been subsequently deemed to be unsafe or overturned on technical grounds. Foremost amongst these was the case of the former assistant manager of Dublin City Council, George Redmond. Redmond, regarded by Ireland's newspaper of record, the *Irish Times* as "among most corrupt officials in Irish history" was convicted in 2003 and being jailed for accepting bribes.²⁵ The Flood Tribunal had originally been spectacularly successful in showing that Redmond, the most important planning official in Dublin for over a quarter of a century, was literally in the pockets of a number of wealthy builders. 'I was the Council; I had the powers', he rather magisterially declared when he first entered the witness box in September 1999.²⁶ He was soon humbled by the tribunal lawyers, and Justice Flood, who warned him to reflect on the credibility of his claim that his opulent lifestyle was funded from his civil servant's salary. When threatened with up to two years in jail for misleading the tribunal, he finally admitted that he had received huge amounts of money from a variety of builders and landowners. Redmond was arrested at Dublin Airport in March 1999 by the Criminal Assets Bureau and was found to be carrying £300,000 in cash and money drafts. The second interim report of the Flood tribunal had found that for close on three decades since the 1960s he had been in receipt of regular and substantial payments from builders and developers in the Dublin area which were 'the equivalent of receiving one substantial house per annum free'.²⁷

Redmond was subsequently convicted on two counts of corruption in 2003 arising out of the payment of a £10,000 bribe but these were overturned when new evidence of bank accounts became available. The court of criminal appeal ultimately decided that had these accounts been available to the original jury a different verdict might well have been found and hence the conviction was unsafe. Two further cases were taken against Redmond by the state where he was found not guilty in one while the jury could not reach a verdict in the other. In 2008 the state announced they would not press any other charges against Redmond who had faced investigations by the Gardai, the Revenue Commissioners, the Criminal Assets Bureau and the Tribunal. Nevertheless the reputation of this at one time obscure public official was ruined and he faded off the public scene.

The longest prison sentence for corruption of six years in jail, with the final two suspended, was handed down to a local politician in 2012 for receiving payments from a property developer was recently over-turned by the Supreme Court because of a legal error. By a four to one majority, the court overturned the conviction of Fred Forsey Junior who was jailed in 2012 for payments totalling €80,000 from a developer, when he was a

²⁵ www.irishtimes.com/news/ireland/irish-news/george-redmond-among-most-corrupt-officials-in-irish-history-1.2541848

²⁶ G. Murphy, *Electoral Competition in Ireland since 1987*, cit., 87.

²⁷ See E. Byrne, *Political Corruption in Ireland*, cit., 173, and F. Flood, *The Second Interim Report of the Tribunal of Inquiry into certain planning matters and payments*, cit., 8.

member of Dungarvan Town Council in 2006. Forsey had by that stage served his sentence. His conviction was overturned over a legal error in the approach at Forsey's trial to the onus of proof on a corruption charge as set out in Section 4 of the then Prevention of Corruption Acts.²⁸

One potential explanation for the lack of successful convictions is the relatively fragmented institutional landscape for investigating corruption. Primarily the Oireachtas lacks the ability to conduct full inquiries. In 2002 the Supreme Court found that the Oireachtas had no explicit, implicit or inherent power to conduct an inquiry into the fatal shooting by the Gardaí of a man named John Carthy at Abbeylara, in Longford. The ruling applied where that inquiry is capable of leading to adverse findings of fact against citizens, including a finding of unlawful killing, which would impugn their good names. That judgment had far reaching implications for the holding of Oireachtas inquiries. In 2011 the then Fine Gael Labour government held a referendum to amend the constitution which would have enabled such inquiries to be held by the Oireachtas but this was rejected by 53 percent of voters.

The Tribunal system exists, in part, due to the lack of an alternative and cohesive regime for addressing corruption. The principal reason for the state using tribunals of inquiry was that they were extra parliamentary and thus free of the party political constraints which inevitably hinder parliamentary mechanisms of scrutiny. In the Irish context, however, such tribunals tended to last for extraordinary lengths of time and cost vast amounts of money. The majority of voters were not, however, convinced that the Oireachtas should have powers of inquiry and rejected the referendum. The corruption investigatory regime consists of several agencies, including the Standards in Public Office Commission, commonly known as SIPO, which records the interests of public officials, their compliance with the tax authorities, and also records political donations, spending by politicians and political parties, and the regulation of lobbying. The Office of the Director of Corporate Enforcement (ODCE) focuses on improving the compliance environment for corporate activity. The Courts, Garda Síochána, Criminal Assets Bureau, Director of Public Prosecutions, Comptroller & Auditor General, parliamentary committees, and several government departments and agencies, including the Department of Justice and Equality, the Financial Regulator and the Revenue Commissioners, all have a central role in addressing corruption.

There does tend to be a problem with under resourcing of, and lack of expertise within, many of these agencies. This came to the fore in May 2017 when the trial of a former banker Sean Fitzpatrick collapsed after the judge declared he should be acquitted on the 27 charges he faced of misleading auditors and furnishing false information about multi-million euro loans to him and to people connected to him between 2002 and 2007. Fitzpatrick, a former chief executive and chairman of Anglo Irish Bank had become the poster boy for Ireland's economic crash in 2008 as the problems of Anglo Irish Bank were instrumental in the introduction of Ireland's bank guarantee scheme where the deposits

²⁸ www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/supreme-court/fred-forsey-jnr-has-corruption-conviction-quashed-by-supreme-court-1.3690738

and obligations of Ireland's seven private banks were guaranteed by the state in 2008.²⁹ Just four months later in January 2008, Anglo Irish Bank was nationalised amidst revelations that FitzPatrick had arranged for loans of well over €100 million for himself from the bank and had then colluded with the help of Irish Nationwide Building Society chief executive Michael Fingleton to conceal this from Anglo's own auditors and shareholders.³⁰ Its demise was followed by the news that Fitzpatrick was declared bankrupt. The criminal case against him floundered when the judge in his trial ruled that the ODCE had adopted an inappropriately biased and partisan approach to his loans case.³¹ Much political angst followed with allegations that the ODCE was not properly resourced by the state and ill prepared.

6. Corruption and the Irish Economy

The Fitzpatrick case is important because it goes to heart of Ireland's reputation as being a good and clean place to do business. Reducing corruption should be a goal for all governments that hold economic growth and development as objectives. Since the seminal study of Mauro,³² numerous studies have found meaningful negative associations between corruption and economic growth. While causality issues whereby corruption arises because of low growth plague such studies, support for the notion that corruption causes low growth is provided by studies that look at the issue at lower levels of aggregation. For example, Del Monte and Papagni³³ find that more corrupt Italian regions grow more slowly and Fisman and Svensson³⁴ conclude that Ugandan firm growth is more hampered by a 1% increase in corruption exposure than by a 1% increase in taxation. Ireland, coming out of an extreme economic contraction and facing significant risks from an uncertain global situation, including sundry channels of risk from Brexit, should be aware that corruption is a risk to sustained economic recovery.

Indeed, Ireland's specific economic model makes the country particularly vulnerable to corruption. The Irish economy is extraordinarily dependent on foreign direct investment and multi-national firms. According to the Industrial Development Agency, the non-commercial, semi-state body promoting foreign direct investment into Ireland, almost 200,000 people were directly employed by foreign multinational companies in

²⁹ D. Donovan, A. Murphy *The Fall of the Celtic Tiger and the Euro Debt Crisis*, Oxford, 2013. T. Lyons, B. Carey, *The Fitzpatrick Tapes: The rise and fall of one man, one bank, and one country*, Dublin, 2011.

³⁰ M. Cooper, *Who Really Runs Ireland: the story of the elite who led Ireland from bust to boom and back again*, Dublin, 2010.

³¹ www.independent.ie/irish-news/courts/taxpayer-hit-for-tens-of-millions-as-fitzpatrick-trial-collapses-35749487.html

³² P. Mauro, *Corruption and growth*, in 110 *The quarterly journal of economics*, 681-712 (1995).

³³ *Public expenditure, corruption, and economic growth: the case of Italy*, in 17 *European journal of political economy* 1-16 (2001).

³⁴ R. Fisman, J. Svensson, *Are corruption and taxation really harmful to growth? Firm level evidence*, in 83 *Journal of development economics* 63-75 (2007).

2016.³⁵ Numerous studies have found that foreign direct investment is lower in countries that are perceived to be more corrupt and that the effect is economically significant as well as statistically significant. Wei,³⁶ for instance, concludes that were Singapore to find itself perceived to be as corrupt as Mexico, this would have the equivalent effect of a 50-percentage point increase in the corporation tax rate.

On average, standard international perceptions of corruption drive foreign direct investment rather than firms' experiences of corruption.³⁷ Perceptions of corruption can differ from objective measures. For example, Razafindrakoto and Roubaud³⁸ find that individuals' experiences of corruption can differ considerably from experts' evaluations. If Ireland loses its strong position in international corruption indices, it could miss out on the foreign direct investment inflows on which its economy is uniquely dependent. Therefore, maintaining and improving Ireland's reputation for being a clean country should be a central policy objective for government.

Another legacy of Ireland's experiences in the years following the global financial crisis is a backlog of large-scale infrastructure requirements. One of the ways in which corruption undermines growth is through a negative effect on the quality of infrastructure and the efficiency of public investment.³⁹ Ireland finds itself planning and implementing a number of large-scale infrastructure projects as the economy recovers. Perhaps the most pressing of these is the National Broadband Plan. This project to roll out high-speed internet access across the country has a budget of three billion euro and was engulfed in controversy in 2018 when it emerged that the Minister for Communications and Energy, Denis Naughten, who had responsibility for the plan had held a least four meetings with representatives of a bidder in the tendering process. Naughten eventually resigned after he had been asked to do so by the Taoiseach, Leo Varadkar, claiming he had done nothing wrong but public perceptions regarding the integrity of the project were seriously undermined.⁴⁰ While there is no evidence that the minister was involved in any acts of corruption, the danger remains that a perception of corruption can change the "tone at the top" which has been identified as one the most vital elements in the fight against

³⁵ www.irishtimes.com/business/economy/employment-in-ida-backed-firms-reaches-record-high-1.2924276

³⁶ S.J. Wei, *How taxing is corruption on international investors?*, in 82 *Review of economics and statistics* 1-11 (2000).

³⁷ R. Gillanders, S. Parviainen, *Experts' Perceptions versus Firms' Experiences of Corruption and Foreign Direct Investment*, in 86 *The Manchester School* 195-218 (2018).

³⁸ M. Razafindrakoto, F. Roubaud, *Are international databases on corruption reliable? A comparison of expert opinion surveys and household surveys in sub-Saharan Africa*, in 38 *World development* 1057-1069 (2010).

³⁹ A. Del Monte, E. Papagni, *Public expenditure, corruption, and economic growth*, cit., and R. Gillanders, *Corruption and infrastructure at the country and regional level*, in 50 *Journal of Development Studies* 803-819 (2014).

⁴⁰ www.irishtimes.com/news/politics/naughten-had-four-private-dinners-with-broadband-contract-bidder-1.3660218

corruption.⁴¹ More generally, by undermining trust in the state and its agents,⁴² perceptions of corruption can undermine Ireland's ability to regain the ground lost during the economic crisis

Only a couple of months earlier Naughten had been involved in another controversial episode when during a phone call he told a lobbyist for Ireland's largest media firm Independent News & Media (INM) of a likely course of action he was going to take regarding a proposed merger between INM and the much smaller operator Celtic Media. In this instance Naughten stated that he had expressed "a purely personal view" to the lobbyist that the likely course of action would be a referral of the merger to the Broadcasting Authority of Ireland (BAI). The lobbyist then passed on this detail to senior executives at INM. Details of the phone call emerged when the ODCE applied to have inspectors appointed to investigate corporate governance issues at INM.⁴³ A month after this phone call took place Naughten refused to tell the Dáil what his plans were in relation to the takeover but insisted once the detail of his phone call with the lobbyist became public knowledge that he had done nothing wrong or inappropriate in expressing his personal view at the time. He then defended not informing the Dáil what that view was. He later expressed his regret for speaking to the lobbyist about the merger calling it a political mistake.⁴⁴ The INM takeover was ultimately dropped before the BAI issued its opinion on the merger.

Both these cases are important because they brought attention to one of the flagship pieces of the Fine Gael Labour government's legislation to combat corruption, the Regulation of Lobbying Act of 2015. Neither of Naughten's interactions in relation to both the media merger and broadband affairs were registered with the lobbying regulator. Lobbying regulations are meant to promote transparency and accountability and shed light into policy making. In that context they should improve the overall nature of decisions made by governments. As long as governments are open about who has lobbied them, then it makes sense that they can robustly defend their public policies, safe in the knowledge that there is no secrecy about what might have influenced any specific decision.

The 2015 Regulation of Lobbying Act provides for a web-based Register of Lobbying to make information available to the public on the identity of those communicating with designated public officials on specific policy, legislative matters or prospective decisions. In broad terms, it is designed to provide information to the public

⁴¹ J. Lambsdorff, *Preventing corruption by promoting trust: Insights from behavioral science* (Vol. 69, No. 15). Passauer Diskussionspapiere, Volkswirtschaftliche Reihe, 2015.

⁴² See: M.A. Seligson, *The impact of corruption on regime legitimacy: A comparative study of four Latin American countries*, in 64 *Journal of Politics* 408-433 (2002); C.J. Anderson, Y.V. Tverdova, *Corruption, political allegiances, and attitudes toward government in contemporary democracies*, in 47 *American Journal of Political Science*, 91-109 (2003); E.C. Chang, Y.H. Chu, *Corruption and trust: exceptionalism in Asian democracies?*, in 68 *Journal of Politics*, 259-271 (2006); S.D. Morris, J.L. Klesner, *Corruption and trust: Theoretical considerations and evidence from Mexico*, in 43 *Comparative Political Studies* 1258-1285 (2010).

⁴³ www.independent.ie/irish-news/politics/minister-insists-he-said-nothing-wrong-or-inappropriate-during-call-with-pr-exec-about-proposed-merger-between-inm-and-celtic-media-36820758.html

⁴⁴ www.independent.ie/irish-news/politics/communications-minister-denis-naughten-apologises-for-speaking-to-lobbyist-about-media-merger-36839706.html

as to ‘who is lobbying whom about what’.⁴⁵ The legislation covers practically the full spectrum of the lobbying industry. It has clear definitions of what lobbying involves, and of which policy-makers and what policy issues are involved.⁴⁶ The register is freely available on the internet, and it is relatively easy for lobbyists to use as they can file their returns electronically. The act makes clear what information lobbyists must disclose, with a facility for delayed publication of information in specified circumstances. Crucially, the Office of Lobbying Regulation resides within SIPO and is independent of both government and the industry. There are regular reviews of the system, and reporting by both the head of lobbying regulation and the Minister for Public Expenditure and Reform to the Oireachtas. There are also significant penalties for not registering with the regulator and not providing the necessary information but the above examples would tend to suggest that there are still many who have not come to terms with the lobbying regulation agenda. Nevertheless since 2014 the passing of acts covering lobbying, freedom of information, protective disclosures and corruption have all gone some significant way in giving the state a legislative architecture in which to ensure that its public life is free from corruption. However, there are several areas of concern, which might affect Ireland’s corruption performance in the future.

7. Corruption risks

While Ireland performs very well on international rankings of corruption and has enacted significant legislation around corruption, both corruption itself and perceptions of corruption still pose significant risks to the country. This is particularly the case given the Irish economy’s integration within a global economy that is itself undergoing significant changes, and the recent social and economic issues that the country has endured in the wake of the financial crash of 2008. Two particular areas of concern are the concentration of ownership in the media and the possibility of police corruption. Ireland performs very well on international rankings of press freedom. In 2018, Reporters without Borders ranked Ireland as sixteenth out of 180 countries in press freedom. In comparative terms, Ireland ranks tenth in the EU 28, considerably ahead of the United States, for instance, which ranks forty fifth.⁴⁷ Freedom House, the independent watchdog organisation dedicated to the expansion of freedom and democracy around the world, ranks Ireland 21 out of 199 countries.⁴⁸ While both these show the robustness of media freedoms in Ireland, Reporters without Borders notes that the highly concentrated nature of media ownership poses a distinct threat to media plurality which in itself is a strong indicator of a free press, and contributed to a two-place fall from 2017. Broadcast media is dominated by the semi-state company RTE. There are some significant commercial

⁴⁵ www.lobbying.ie/

⁴⁶ G. Murphy, *Ireland* in A. Bitonti, P. Harris (eds), *Lobbying in Europe: Public Affairs and the Lobbying Industry in 28 EU Countries*, Basingstoke, 2017, 203.

⁴⁷ rsf.org/en/ranking

⁴⁸ freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/Ireland.

alternatives including the television station, Virgin Media, and a number of national radio stations, such as Newstalk and Today FM. Local radio stations also remain popular. Nevertheless RTE remains in a dominant position. In the print media the commercial group INM controls a large share of print media across several daily and weekly titles. Another factor which may limit Ireland's performance are strong defamation laws, which often result in successful lawsuits with high settlements. A further concern is that members of the police force in Ireland are not allowed to discuss matters with journalists without prior authorisation, although there is significant anecdotal evidence of leaks to crime journalists from within the Gardaí.

A free press is one of the most effective means of combating corruption. By acting as an external monitor of corruption, the media can raise the expected cost or lower the expected benefits of an act of corruption. Competitive forces also provide a motive for journalists and media outlets to expose corruption; such incentives are often lacking or compromised in the state's own internal monitoring agencies. The links between corruption and press freedom extend well beyond perceptions. Binhadab et al. (2018) show fewer firms report being solicited for bribes in countries with a freer press. Press freedom is particularly effective in combating corruption in construction and tax – both areas where Ireland has historically had issues.⁴⁹ As we have seen the Mahon and Moriarty Tribunals investigated alleged tax irregularities and issues related to planning and zoning.

Brunetti and Weder⁵⁰ argue that there is an important distinction between collusive and extortive corruption, and suggest that press freedom is particularly effective in constraining the former. As we noted above, there is no evidence that Ireland has a problem with extortive corruption. Recent tribunals have shown that corruption in Ireland tends to be collusive in nature. Therefore, if policymakers wish to curb corruption and improve Ireland's standing in international corruption indices, improving press freedom is a particularly useful way of addressing the problem.

One of the first acts of the new Irish state was to establish an unarmed police force which it called the Garda Síochana. Since its foundation the organisation has developed a well-earned reputation for probity and has a high degree of public satisfaction. However, a series of recent high profile cases involving senior Garda figures and ordinary members of the force have uncovered several instances of systematic and individual acts of corruption. Between 2000 and 2017 four separate tribunals of inquiry were established to investigate alleged Garda malpractice. Two of these, the Barr Tribunal (2002-2006) and the Smithwick Tribunal (2005-2013) pertained to specific incidents involving individual members of the Gardaí.

The other two tribunals dealt with institutional practices. The Morris Tribunal (2002-2008) examined allegations of Garda misconduct. Its final report was published in eight volumes and exposed a litany of malpractices including the fact that gardaí were

⁴⁹ N. Binhadab, M. Breen, R. Gillanders, *The Role of a Free Press in Combating Business Corruption*, 2018, available at mpra.ub.uni-muenchen.de/88954/7/MPRA_paper_88954.pdf.

⁵⁰ *A free press is bad news for corruption*, in 87 *Journal of Public economics*, 1801-1824 (2003).

involved in planting explosives in order to orchestrate hoax bomb finds, senior gardaí were guilty of negligent oversight and management, including failure to implement Garda procedures which, if properly complied with, would have brought corruption to light, and that alleged “witness” statements were corruptly obtained.⁵¹ The Disclosures Tribunal into Garda Whistleblower opened in February 2017 and uncovered a campaign of calumny against individual officers who had uncovered and reported the widespread abuse of police powers. The chairman of the tribunal, Justice Peter Charleton decided that the campaign was organised by the then police commissioner and other senior officers. The campaign was directed at two officers, Maurice McCabe and John Wilson who had reported the widespread practice by police officers of deleting records of traffic offences.⁵² The numbers involved were truly staggering. There were 74,373 cancellations of fixed charged notices for driving offences. One senior Garda cancelled 744 fixed charge penalty notices across 17 counties, and that of the 442 members of the Gardaí authorised to cancel these notices one cancelled 46,161 notices over five years between 2009 and 2014. Moreover, cancellations were routinely carried out by certain members of the Gardaí without any attempt being made to discover why the charge was issued in the first place. “Cancelled” was the reason given in a staggering 72 per cent of cases. In other words, no reason was given at all.⁵³ In November 2017 the Garda Síochána Ombudsman Commission decided to drop its probe into the fixed charge cancellation scandal because the cost outweighs the benefit. Moreover it was discovered that close to two million fake breath tests for drink driving were entered into the Garda database between 2009 and 2017.⁵⁴ The scale of the falsehood was staggering and the Policing Authority, which oversees policing in Ireland, noted that the problems in the Gardaí were ‘endemic’, ‘dishonest’, ‘unethical’, and a glimpse of what occurs when no one is watching.⁵⁵ While the system worked in the sense that these issues were revealed and the whistle-blowers were vindicated, public perceptions of the integrity of the police have clearly suffered.

8. Conclusion

Ireland’s economy depends on significant inflows of foreign investment and multinational activity and these flows depend in turn on perceptions of corruption. Ireland, then, is a country that must take particular care with its reputation for probity. While Ireland is currently ranked in the top 10 percent in this regard by the leading agencies, several dangers remain. First, there is a widespread public belief that Ireland is a corrupt country.

⁵¹V. Conway, *The Blue Wall of Silence: The Morris Tribunal and Police Accountability in Ireland*, Dublin, 2010.

⁵²M. Clifford, *A Force for Justice: The Maurice McCabe Story*, Dublin, 2017.

⁵³ www.gardaombudsman.ie/news-room/archive/gsoc-investigation-fixed-charge-notice-cancellations-2009-2014/.

⁵⁴ www.irishexaminer.com/breakingnews/ireland/new-report-into-exaggeration-of-breath-test-figures-finds-400000-more-cases-812284.html

⁵⁵ www.irishtimes.com/news/politics/pressure-mounts-for-action-against-gardai-in-breath-test-scandal-1.3277036.

This is not unusual in EU states, but is cause for concern in that it could undermine the strong and very important norm that corruption is unacceptable. Secondly, enforcement is cumbersome within the state and essentially non-existent when it comes to foreign bribery. Once again, this carries with it a danger of normalising corruption and undermining the ability of clean firms to compete with firms that are involved in and getting away with corruption. Thirdly, there are economic, political, and legal issues in Ireland's media sector that undermine journalists' ability to serve as effective non-state monitors of corruption and the situation is not improving. Finally, like every country, there is corruption in Ireland. Political and police scandals suggest that there are serious issues in local government and policing that must be resolved to restore public trust in some of the fundamental institutions of the state.

Since 2014 the Irish state has taken significant steps to implement a legislative agenda based on the idea of open government. The Criminal Justice (Corruption Offences) Act 2018 is clearly a substantial piece of legislation and a sign that at last Ireland is serious about both prosecuting corruption and living up to its international obligations in this crucial area. But the state's history in prosecuting individuals for corruption is notoriously weak and attitudes towards white collar crime have been lackadaisical for many years. In that context it remains to be seen whether recent initiatives in strengthening Ireland's architecture for combatting corruption will achieve their aim. It certainly remains a possibility that the while having legislative ability to fight corruption, the Irish state will lack the political will to do so.

La corrupción urbanística en el ámbito español: propuestas para una eventual mitigación

di Juan Jesús Raposo Arceo

Abstract: Urban corruption in the Spanish context: proposals for an eventual mitigation – The paper provides the reader with a comprehensive analysis of the Spanish legislation against corruption in the public administration and of several measures which could be implemented in order to mitigate this issue.

Keywords: Spain; Transparency; Corruption; Public administration.

1. La corrupción: aproximación al concepto

La corrupción, como práctica de actuación, en su dimensión pública, no se reduce ni a un lugar, ni a un momento determinado¹, y tiene, desafortunadamente, una constante presencia en todos los ámbitos: internacional², nacional, regional y

¹ O. Capdeferro Villagrasa, *La corrupción pública en el urbanismo español contemporáneo: forma y causas. Un análisis a partir de la jurisprudencia*. ornades.uab.cat/congresinternacionalcorrupcio/sites/jornades.uab.cat/congresinternacionalcorrupcio/files/capdeferro.pdf. “Si bien la corrupción pública es un fenómeno antiquísimo⁸, incluso la relacionada con el mercado inmobiliario⁹, y el mismo Derecho urbanístico en España se remonta a épocas anteriores, he creído oportuno determinar como punto de partida de la corrupción urbanística contemporánea el año 1956 porque la corrupción adapta sus formas al marco jurídico en el que opera, y justamente con la aprobación de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana (LS 1956) se sientan las bases del Derecho urbanístico contemporáneo, incorporando, tal y como ha dicho Joan M. Trayter, “las grandes ideas que aún hoy presiden la actual regulación”. //La primera forma de corrupción que surgió en este nuevo sistema urbanístico instaurado a mitad del siglo XX ya es apreciable en la década de 1960. Consistió en la práctica de algunos funcionarios municipales que desarrollaban las funciones de arquitecto municipal al tiempo que ejercían como arquitectos privados dentro del mismo municipio, tal y como ilustra la STS de 21 de marzo de 1984. En ésta se refiere la conducta de un funcionario, arquitecto municipal, que utilizaba a colaboradores de su profesión para ocultar que estaba simultaneando su función técnica pública y el ejercicio.// Este tipo de abusos devinieron ilegales tras la aprobación de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964¹³ (vid. art. 83.2), mediante una incompatibilidad que, aunque regulada para los funcionarios del Estado, regía también para los funcionarios de la Administración local en virtud de la remisión contenida en los arts. 328 de la Ley de Régimen Local y 37.1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 1952.”

² Sobre la regulación internacional en materia de corrupción, vid.. López, J; *Normas y políticas internacionales contra la corrupción*. Edit. CREA Internacional de El Salvador y USAID. Primera edición, noviembre de 2003. www.probidad.org/npf. En la “Presentación” (página 2) de la obra, se indica: “Un amplio conjunto de convenciones, tratados,

local. Desde el caso Odebrecht³, pasando, en España, por un supuesto de financiación de partidos políticos a nivel estatal, conocido como “*papeles de Bárcenas*”, o el caso “*Gurtel*”, hasta llegar al nivel de las entidades locales (casos “*Malaya*”, “*Andratx*”, etc), particularmente vinculadas al tema de la corrupción urbanística⁴.

acuerdos y estándares dictados a través de organismos internacionales, proporcionan un marco de referencia que los gobiernos deben observar para minimizar la corrupción entre sus funcionarios y para que sus instituciones funcionen en forma más transparente. // Estas normas y políticas internacionales abordan las medidas que los gobiernos deben dictar, la naturaleza y competencia de instituciones relacionadas con la prevención y persecución de la corrupción, regulaciones para resolver conflictos de interés que enfrentan los funcionarios públicos, transparencia de los presupuestos y compras gubernamentales y control del lavado de dinero y activos, entre otros aspectos.” Se estudian especialmente en la obra citada la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

³ Al efecto vid. Llosa, G; “*A propósito del caso Odebrecht: Cómo la corrupción destruye el desarrollo*”. 8 de febrero de 2017. [Semanaeconomica.com emiguel.econ.berkeley.edu/assets/miguel_media/759/Factor_Econ_mico_A_prop_sito_del_caso_Odebrecht.pdf](http://Semanaeconomica.com/emiguel.econ.berkeley.edu/assets/miguel_media/759/Factor_Econ_mico_A_prop_sito_del_caso_Odebrecht.pdf). Es de destacar el análisis realizado por el autor de las causas de corrupción en el ámbito internacional, señalando al efecto: “*posibles causas de la corrupción*”.

La corrupción es una conducta que típicamente implica extraer rentas del sector privado (semanaeconomica.com/tags/sector-privado) por parte de uno o varios funcionarios públicos. A diferencia de los impuestos, esa extracción es fraudulenta y ocurre para el beneficio privado de los agentes involucrados.

Los economistas Andrei Shleifer y Robert W. Vishny (1993) describen algunos factores que explican el nivel de corrupción. En algunos casos, la corrupción nace como consecuencia de elevados costos de transacción originados en el sistema legal. En este entorno, el funcionario público y el sector privado enfrentan incentivos para coludir y evitar así los costos transaccionales impuestos por la ley (ejemplo, permisos, licencias, etc.). Más aún, si el funcionario público tiene control sobre el nivel de costos transaccionales, posiblemente desee elevarlos con el objetivo de extraer mayores rentas del sector privado. Asimismo, se espera que la corrupción ocurra con mayor frecuencia e intensidad cuando el sector público monopoliza la provisión de un bien o servicio que es irremplazable.

Un segundo factor detrás de la corrupción es la asimetría de información, la cual impide su detección. En particular la población no conoce a la perfección el tipo de funcionario (deshonesto u honesto) y los niveles de esfuerzo y diligencia que éste ejerce. Este entorno es propenso a la selección de funcionarios deshonestos (problema de selección adversa) y al desvío de fondos públicos hacia actividades ilícitas (problema de riesgo moral). En este sentido, el gobierno debe fortalecer las instituciones mediante la aplicación de mecanismos de control adecuados para detener y reducir la corrupción.

Un tercer factor son las normas culturales. Países con normas culturales más permisibles frente a la corrupción producen ciudadanos más propensos a no respetar el imperio de Ley. Por ejemplo, los académicos Raymond Fisman y Edward Miguel (2006) analizan el número de violaciones de tránsito perpetrados por diplomáticos en la ciudad de Nueva York. Los autores encuentran que diplomáticos que provienen de países con mayor corrupción son más propensos a cometer violaciones a las reglas de tránsito. Esta evidencia sugiere que, aun con los mismos niveles de costos transaccionales y los mismos mecanismos de control, la actitud de las personas frente a la corrupción depende de su origen cultural.

⁴ En relación con el tema de la corrupción en materia de urbanismo y la Administración Local, vid.; Quintero Olivares, G: “*Urbanismo y corrupción en la Administración Local*”, en “*Urbanismo y corrupción política. (una visión penal, civil y administrativa)*” / coord. por José María Suárez López; Lorenzo Morillas Cueva (dir.), 2013, ISBN 978-84-9031-264-3, págs. 21-58. El autor citado afirma: “*Corrupción y desastre urbanístico se dan la mano en una triste relación causal. Puede haber una parte de culpa a imputar al sistema jurídico, pero el derecho no ha sido capaz de sujetar decisiones o impedir omisiones delictivas, normalmente en la*

Pero si a nivel coloquial el término “*corrupción*” parece concitar una cierta unanimidad atribuyendo una denotación negativa y casi mefítica, ligada indefectiblemente a los partidos políticos, a los poderes públicos, en particular a procesos de contratación de obras públicas y suministros, contratación de personal, desvío de fondos públicos, detracción de fondos para fines distintos de los que están legalmente atribuidos, y por recalificaciones urbanísticas o concesiones de licencias y autorizaciones para construir en suelos excluidos de los procesos urbanísticos, desde la perspectiva de la legalidad, del ordenamiento jurídico, no se aprecia en España una regulación clara del fenómeno, toda vez que en nuestro derecho penal no aparece tipificado un delito de “*corrupción*”, ni existe una infracción administrativa referida a dichos supuestos con tal nombre. Lo que exige, indefectiblemente, siquiera de modo sucinto, a la necesaria aproximación al concepto,

La palabra “*corrupción*” denota indefectiblemente negatividad. Así el Diccionario de la Real Academia Española, en su versión de 2017, nos proporciona las siguientes acepciones: “Del lat. corruptio, -ōnis. 1. f. Acción y efecto de corromper o corromperse./ 2. f. Alteración o vicio en un libro o escrito./ 3. f. Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales. Corrupción de costumbres, de voces./ 4. f. En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores./ 5. f. desus. diarrea.”

Al tiempo que se observa el carácter negativo de todas las acepciones cabe destacar la inclusión de una acepción específica, la cuarta, vinculada con el ámbito público, lo que muestra ya el calado que tales prácticas ha alcanzado a nivel de lenguaje, y por ende, a nivel social.

Tras esta aproximación siquiera lingüística al concepto, y dada la inexistencia de normativa que recoja la corrupción como tal, acudiremos al Consejo General del Poder Judicial, máximo órgano de los jueces en España que, en su repositorio de datos sobre procesos en materia de corrupción⁵ recoge las diferentes prácticas que

Administración local, y, según, muchos tampoco ha sabido responder adecuadamente, aunque sería grave miopía culpar a las leyes, cual si éstas fueran la medicina social llamada a prevenir y sanar, más allá de que se puedan y deban examinar las causas por las que el propio sistema legal teórico ha sido inoperante. Hoy se dice que los casos de corrupción están aflorando a borbotones y que es difícil que se “recupere” el ritmo de años pasados. Se aprecia una actividad visible del sistema de justicia penal en casos de corrupción ligados al urbanismo, pero también ha contribuido a ello —y eso es lo más desalentador— la paralización de las actividades en el sector de la construcción a causa de la doble incidencia del estallido de la burbuja inmobiliaria y la crisis económica que alcanza a toda Europa.// Tal vez éste es un buen momento para reflexionar no tanto sobre la corrupción, cuya capacidad de descrédito de las Instituciones y de la Administración es infinita, sino sobre la actuación del derecho penal ante ella. Por supuesto que parto de un principio irrenunciable: son muy pocos los problemas que exigen y necesitan que la respuesta jurídica pertenezca en primer lugar al derecho penal, sin ignorar, por supuesto, que la profundidad de la enfermedad hace en buena medida ilusorio creer que las armas del derecho pueden ser eficaces para desterrarla.// La corrupción en el terreno del urbanismo se ha manifestado a través de un amplio abanico de fórmulas, que en un intento de resumirlas podrían ser estas, todas caracterizadas por la obtención de beneficios por los responsables de la Administración: a) tolerancia hacia obras ilegales, incluyendo tanto las que son directamente delitos contra la ordenación del territorio como las que suponen infracción de la legalidad urbanística; b) legalizaciones de obras ilegales; c) cambios de la legalidad urbanística a fin de hacer posible un proyecto; y, d) exigencia de dinero o beneficios por autorizar obras legales.”

⁵ Repositorio de datos sobre procesos por corrupción del Consejo General del Poder Judicial de España. www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/

Este repositorio tiene como finalidad ofrecer a la ciudadanía los datos existentes sobre procedimientos judiciales por los delitos relacionados con la corrupción, incluyendo los

estima comprendidas dentro de lo que hemos dado en denominar “*corrupción*”, prácticas calificadas por su subsunción en el ámbito jurisdiccional.

Para el CGPJ se consideran delitos relacionados con la corrupción, en los términos del citado repositorio:

- Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico. Arts. 319 y 320 y 322 y ss., del Código Penal (en adelante CP).
- Prevaricación de funcionarios públicos. Arts. 404, 405 y 408 CP
- Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos. Arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP
- Cohecho. Arts. 419, 420, 421 y 422 CP
- Tráfico de influencias. Arts. 428, 429 y 430 CP
- Malversación. Arts. 432, 433, 434 y 435 CP
- Fraudes y exacciones ilegales. Arts. 436, 437 y 438 CP
- Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función Arts. 439, 441, 442 y 443 CP
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Arts. 286, 3º y 4º CP

Es preciso destacar que, si bien los artículos 319 y 320⁶ del CP parece que se refieran directamente a lo que se entiende por “*corrupción urbanística*”, otros artículos

datos que se ofrecen, se corresponden con procesos penales por delitos relacionados con la corrupción con auto de apertura de juicio oral o de procesamiento, los condenados por sentencia firme, y la población reclusa por este tipo de delitos. Las fuentes de las que los datos se obtienen son los boletines estadísticos elaborados por los Letrados de la Administración de Justicia, el Ministerio de Justicia, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior y la Dirección General de servicios Penitenciarios del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. La información se actualiza trimestralmente.

⁶ El Capítulo I del Título XVI del Libro II del Código Penal sanciona dos supuestos con conexión directa con la ordenación del territorio. Por un lado, el art. 319, que castiga las conductas cometidas por los particulares; y por el otro, el art. 320, que se ocupa de las conductas de quienes desarrollan sus funciones en las administraciones públicas.

Artículo 319.

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de

del Código, como los relativos a la prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos públicos o malversación de caudales públicos, suelen estar directamente conectados con aquella.

Ahora bien, la “*corrupción urbanística*”, es mucho más que la infracción de los dos tipos penales señalados⁷. En realidad, creo que más que de “*corrupción urbanística*” habría que hablar de “*corrupción del urbanismo*”⁸. Nos encontramos con actuaciones que se caracterizan, a mi entender, por el abandono de los fines públicos de servicio al interés general que el urbanismo debiera satisfacer, por la arbitrariedad en la toma de decisiones en la ordenación del territorio y en su urbanización, por la pasividad

acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 320.

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

⁷ En la tesis “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*” de Sánchez Robert, M^a.J., Universidad de Granada, 2012. hera.ugr.es/tesisugr/20981193.pdf; páginas 17 y 18, el autor, respecto al Título XVI del Código Penal, dice que aglutina la protección penal del medio ambiente, patrimonio histórico artístico, flora y fauna y urbanismo, lo que ha facilitado un tratamiento común por la doctrina, con base en la Exposición de Motivos de 1992 y en el artículo 45 de la Constitución Española, y entendiéndolo que “... *el urbanismo y la ordenación del territorio contribuyen a lograr una mayor calidad de vida, siendo el territorio el marco y referencia de los fenómenos ambientales.*”.

⁸ Gaja I Díaz, F; ¿Corrupción urbanística o corrupción del Urbanismo? personales.upv.es/fgaja/publicaciones/corruptcion.pdf

“La corrupción urbanística no acabará mientras la práctica del Urbanismo no recupere lo que fueron sus objetivos fundacionales, hoy abandonados. Los planes han dejado de preocuparse por la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos (¿quién se atreve a plantear hoy un intervención para hacer la ciudad más amable, más acogedora, más vivible?), y han sustituido estos objetivos que fueron los que dieron sentido y vida al Urbanismo por otros: por la competitividad, la captación de inversiones, el marketing

urbano,... El análisis de lo que los anglos llaman key words (palabras claves) en los planes e intervenciones urbanísticas contemporáneos lo confirman plenamente.// Júntense las dos razones expuestas, un Urbanismo que ha abandonado sus objetivos, su razón de ser, para ponerse al servicio del sector inmobiliario (el Urbanismo a la carta preconizado en la LRAU), y la ausencia de mecanismos que permitan que las plusvalías generadas por las decisiones urbanísticas queden en manos de quien las toma, y la corrupción está servida. Pero no se hable de corrupción urbanística, ni se presente como un problema que deba ser combatido exclusivamente por vía de la represión penal. Estamos ante un proceso de perversión del Urbanismo, una evolución que inevitablemente nos aboca a la corrupción inmobiliaria. La corrupción urbanística no es más que la consecuencia de la corrupción del Urbanismo.”

sistemática ante la violación del ordenamiento jurídico en una colusión manifiesta de autoridades y servidores públicos con intereses privados, así como por la obtención de beneficios por los supuestos servidores públicos por la comisión de actuaciones, o por la omisión de las labores de vigilancia que el ordenamiento les atribuye, en franca violación del ordenamiento jurídico, o como veremos, al hablar de los conflictos de intereses, por la conculcación de la normativa deontológica.

En todo caso, fijado y delimitado así, siquiera “*prima facie*” el concepto de lo que se entiende por “*corrupción*” en el ámbito urbanístico, al menos en sus aspectos de mayor gravedad, cuales son los que tienen trascendencia penal, hemos de abordar la importancia del fenómeno, y su extensión. He de indicar que si bien es cierto que abundan las estadísticas⁹, listados de casos¹⁰ y estudios¹¹ sobre el tema, no lo es menos que, y esta es una apreciación fruto de mi actividad durante años en actuaciones de consultoría en este ámbito, parece que los datos no revelan la real intensidad y extensión del fenómeno, dada la insuficiencia de medios, la laxitud normativa, una cierta connivencia social, al menos hasta fechas muy cercanas, y la limitada, cuando no nula voluntad del legislador en general, y de los Gobiernos autonómicos y Locales en particular, de perseguir estos delitos, algunos de los cuales están directamente conectados con la financiación de los partidos políticos. Por eso creo que el fenómeno está más extendido de lo que los fríos datos revelan. Jamás he visto, ni he tenido noticias de que hubiere la menor disputa por el cargo de concejal de cultura de un Ayuntamiento. Pero el anhelo de ocupar la concejalía de urbanismo es “*vox populi*”, cuando llega el ansiado momento de repartir prebendas.

La complacencia, cuando no la complicidad de los gobiernos y de las

⁹ Sobre estadísticas relacionadas con la corrupción en España, vid. La corrupción en España - estadísticas importantes. es.statista.com/temas/3543/corrupcion-en-espana/ Aquí aparecen recogidas una serie de estadísticas donde se revela el creciente fenómeno de la corrupción en España.

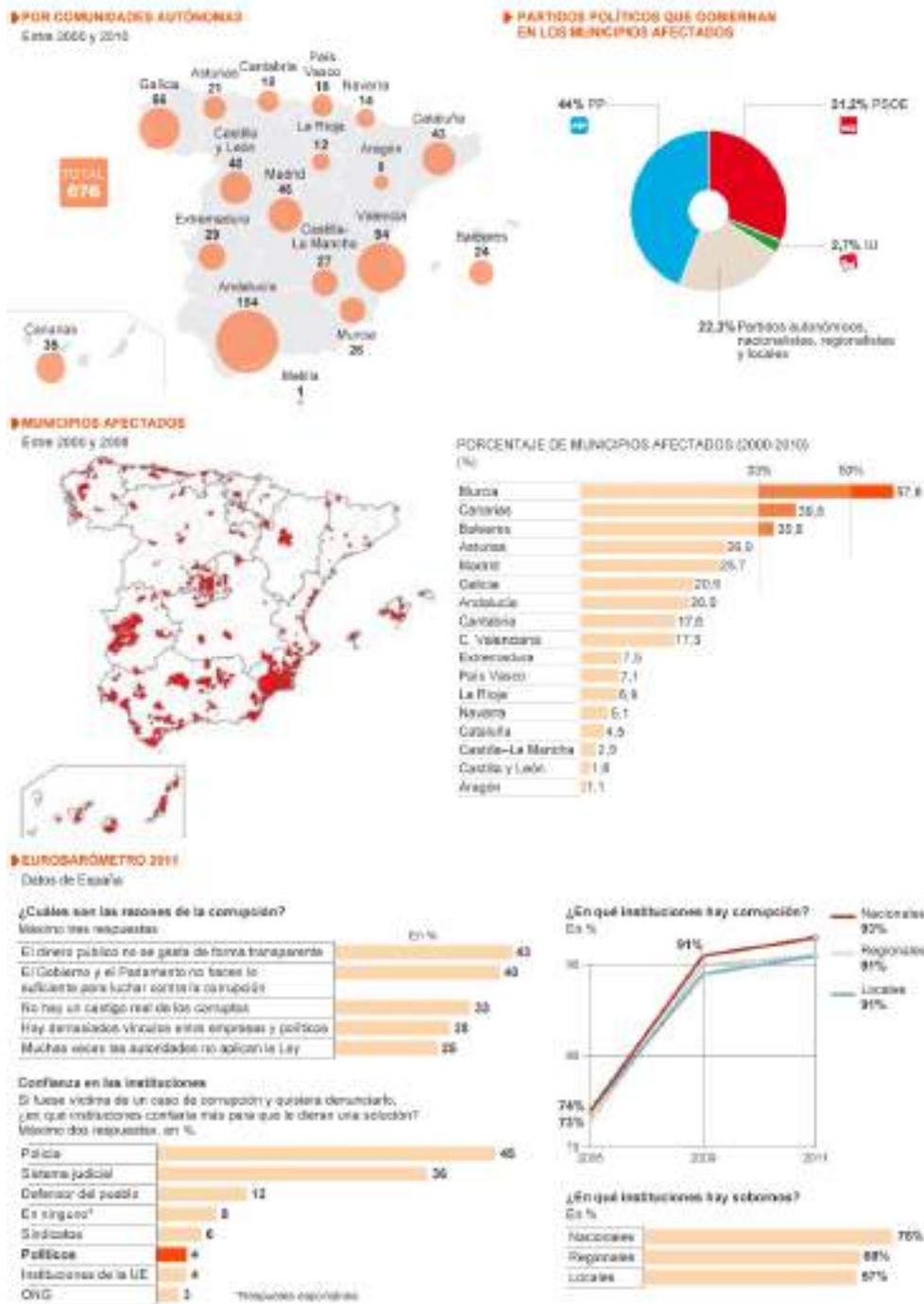
¹⁰ Para un listado de casos de corrupción urbanística vid: “*Listado de los Casos de Corrupción en España*” [www.casos-aislados.com/tramas.php], donde se recogen los más significativos, indicando el partido político implicado, el lugar donde se ha producido el caso, y el coste aproximado que tal caso representa para el erario público. Quizás lo más destacable es la extensión de la corrupción, de alguna forma reflejada en el irónico título, así como la implicación de todos los partidos políticos tradicionales, en una auténtica “*democratización*” de la corrupción.

¹¹ Destacar en este punto el trabajo de investigación realizado por María Dolores Guillamón, Francisco Bastida y Ana María Ríos, y coordinado por Bernardino Benito-toma como referencia el periodo 2000-2009 y que se centra en los 110 municipios españoles de más de 35 mil habitantes, donde habitan el 48% de la población del Estado. Para su elaboración se parte de los datos recogidos en un estudio anterior de la Universidad de La Laguna y de la información oficial –que los mismos autores califican en ocasiones como insuficiente-. En la investigación se ponen bajo el microscopio 676 casos de corrupción urbanística, tomando en consideración los siguientes factores para identificar cuáles de ellos fueron determinantes: el grado de transparencia en el municipio afectado, los ingresos totales del ayuntamiento, el porcentaje de dichos ingresos que provienen de la planificación urbanística, el nivel de endeudamiento del consistorio, el crecimiento del superávit en la hacienda local, el nivel educativo de la población del municipio y los salarios del equipo de gobierno. Vid referencia al estudio y datos relativos al mismos en: www.eldiario.es/politica/investigacion-urbanistica-Espana-transparencia-institucional_0_288021440.html. También es destacable por el tratamiento de los datos y su análisis de los mismos el trabajo titulado: *La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos* *Corruption in Spain (2004-2010): Data, Perception and Consequences*, realizado por Manuel Villoria y Fernando Jiménez. Reis 138, abril-junio 2012, pp. 109-134

administraciones ha sido factor determinante, y no el menor, de la burbuja inmobiliaria, terminada a fines de la primera década del 2000. Señala con singular lucidez, no exenta de cierta ferocidad, el que fue magnífico novelista Rafael Chirbes, en su magistral fresco de la corrupción urbanística en el litoral del mediterráneo español, titulado “*En la orilla*”¹² que “*en España los que llegan al poder, pierden la memoria y si no pierden su alma, es porque no la tenían.*”

Pero, al margen de subjetividades, y ciñéndonos a los datos de que disponemos, podemos hacer una somera referencia a la extensión conocida de la corrupción urbanística. A tal efecto insertamos el siguiente mapa de España donde cabe visualizar la extensión del fenómeno:

¹² “En la orilla”. Anagrama. 2013.



Al margen de los datos consignados en el mapa, llama poderosamente la atención la extensión en todo el territorio de los casos de corrupción, si bien es especialmente notable su implantación en zonas costeras, en Madrid, y en la Comunidad Valenciana¹³, donde parecen más enraizados, fruto, no de una especial malevolencia de sus próceres, sino simplemente de la mayor riqueza, e intensidad de las transacciones económicas.

¹³ Sobre la crisis económica de la Comunidad valenciana y la incidencia de la corrupción en su declive económico, vid. el esclarecedor estudio realizado por Vicente Boira, J; “Valencia, la tormenta perfecta”. RBA. Barcelona. 2012.

Un dato que es muy significativo es la percepción que se tiene del fenómeno de la corrupción, y en este punto hemos de acudir a los índices de la ONG “*Transparencia Internacional*”¹⁴. El último publicado, el “*Índice de Percepción de la Corrupción 2017*” refleja un alto nivel de corrupción en más de dos tercios de los países del mundo. Es de destacar especialmente que España obtiene en esta edición la puntuación más baja y la peor posición de la serie histórica¹⁵. Si comparamos los datos de España desde el año 2000 hasta el presente nos encontramos ante un descenso tan marcado que nos sitúa como el país de Europa en el que más ha empeorado la percepción de corrupción y su situación en el ranking de países (de menos a más corruptos). No obstante, es necesario indicar que la comparación de datos entre los índices anuales de percepción de corrupción de TI es algo problemática, pues pueden cambiar el número de estudios que se incorporan, o el número de países que se analizan, o el método de puntuación.

El fenómeno de la corrupción urbanística ha dejado de ser un asunto interno, para trascender al ámbito internacional, siendo España objeto de censura en varias ocasiones por las instituciones europeas a raíz de los abusos urbanísticos cometidos en nuestro país s¹⁶.

¹⁴transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/aspectos_mas_destacados_ipc-2017.pdf El Índice de 2017 revela cierta información inquietante por su extensión universal: A pesar de los esfuerzos por combatir la corrupción en el mundo, la mayoría de los países avanzan con demasiada lentitud. Un análisis detallado de los resultados indica un dato aún más alarmante: Los países con menor protección para la prensa y las organizaciones no gubernamentales (ONG) presentan en general los peores índices de corrupción. El índice, que clasifica 180 países y territorios según los niveles percibidos de corrupción en el sector público por expertos y empresarios de cada país, usa una escala de cero a 100, donde cero es altamente corrupto y 100 muy transparente. Este año, el índice muestra que más de dos tercios de los países obtuvieron puntuaciones por debajo de 50, con una puntuación media de 43. En los últimos seis años, varios países mejoraron significativamente su puntuación del IPC, incluidos Senegal, Costa de Marfil, y el Reino Unido, mientras que varios países disminuyeron, incluidos Siria, Yemen y Australia. Este año, Nueva Zelanda y Dinamarca ocupan el primer lugar con puntuaciones de 89 y 88 respectivamente. Siria, Sudán del Sur y Somalia tienen las puntuaciones más bajas con 14, 12 y 9 respectivamente. La región con mayores puntuaciones es Europa occidental, con una puntuación promedio de 66. Las regiones con peores valoraciones son África subsahariana (puntuación media de 32) y Europa oriental y Asia central (puntuación media de 34).

¹⁵ www.datosmacro.com/estado/indice-percepcion-corrupcion/espan. España ha obtenido 57 puntos en el Índice de percepción de la Corrupción que publica la Organización para la transparencia Internacional. Su puntuación ha descendido en el último informe, lo que significa que los españoles perciben un incremento de la corrupción en el sector público del país.

La disminución de su puntuación ha provocado que España empeore su posición respecto al resto de los países hasta el puesto 42 del ranking de percepción de corrupción formado por 180 países.

La evolución de la percepción de la corrupción en los últimos cinco años en España ha empeorado, lo que ha venido acompañado de un descenso de su posición en el ranking internacional de corrupción.

¹⁶ Sobre el particular vid. www.elmundo.es/elmundo/2007/06/21/suivienda/1182422002.html

Jueves 27 de junio 2007. Denuncia la indefensión de los residentes españoles y extranjeros La Eurocámara vuelve a censurar los abusos urbanísticos que se producen en España El pleno respaldó el crítico texto con 327 votos a favor, 222 en contra y 35 abstenciones Actualizado jueves 21/06/2007 13:16 (CET)ImprimirEnviar noticiaDisminuye

Para acabar este apartado creo necesario afirmar que es muy difícil, sino imposible acabar, al igual que con otras figuras delictivas (tráfico de sustancias ilegales, prostitución, etc.), con la corrupción. Pero no es ese el objetivo. Se trata de delimitar su campo, de reducirla al mínimo, de castigar políticamente su uso (con una relativa independencia de su definición penal), de evitar su contagio y, sobre todo, de eludir convertirla en “*simpáticas picardías*” o meras infracciones administrativas. Para ello es necesario determinar cómo se produce la corrupción urbanística, cual es su etiología, los puntos nodales en que se manifiesta, y los posibles remedios, sin perjuicio de indicar que, a mi entender, no ha existido ayer, ni hoy, ni parece que se vislumbre en el futuro inmediato más cercano, la más mínima voluntad política de acabar con esta situación. De otro modo no se entiende por qué se mantienen las normas actualmente vigentes, por qué no se modifican los sistemas procesales para dar mayor agilidad a los litigios que tengan por objeto la corrupción, o por qué hay una carencia sistemática de medios personales y humanos adscritos a las unidades anticorrupción. Los políticos, un día sí y otro también, se llenan la boca con palabras como “*transparencia*”, “*lucha anticorrupción*”,

letraAumenta letra

EFE, MADRID.- El Parlamento Europeo aprobó una resolución en la que denuncia los supuestos abusos de la construcción en España, particularmente en el Levante, y alerta de la indefensión que sufren residentes españoles y europeos. La Comisión Europea prevé denunciar la Ley Urbanística Valenciana (LUV) ante el Tribunal de Justicia de la UE y urge a las autoridades españolas y europeas a actuar para acabar con estos abusos. El pleno respaldó, por 327 votos a favor, 222 en contra y 35 abstenciones, un texto impulsado por el laborista británico Michael Cashman, y suscrito también por los españoles Joan Calabuig y Carlos Carnero (PSOE), David Hammerstein (Los Verdes) y Willy Meyer (IU). La resolución condena "los proyectos de urbanización masivos" que no responden a las "necesidades reales" de las poblaciones y tienen "efectos desastrosos" medioambientales, históricos y culturales. El informe lamenta los daños ambientales y culturales de los planes urbanísticos, pero se centra en la situación de indefensión que estarían sufriendo ciudadanos españoles y europeos que invierten en proyectos ilegales sin saberlo o que ven peligrar sus pequeñas propiedades engullidas por grandes promociones. Así, advierte de que la obligación de ceder tales propiedades "sin un proceso y una compensación adecuada", o la de pagar "costes arbitrarios" por infraestructuras comunes, constituye una "violación de los derechos fundamentales". El texto urge a las autoridades autonómicas, estatales y europeas a actuar para corregir tales abusos. Sostiene que estas prácticas están "extendidas en varias comunidades autónomas en España, en particular la valenciana y otras partes de la costa mediterránea, pero también, por ejemplo, en Madrid". Y deplora "la aprobación tácita por algunos ayuntamientos" de proyectos que después son declarados ilegales en perjuicio de los "ciudadanos europeos" que han invertido en ellos de "buena fe". El texto urge a las autoridades autonómicas y estatales, así como a la Comisión y al Consejo de la UE, a actuar para corregir tales abusos. //... La Comisión Europea prevé denunciar el próximo miércoles 27 de junio la Ley Urbanística Valenciana (LUV) ante el Tribunal de Justicia de la UE por entender que incumple la Directiva sobre contrataciones públicas. La Eurocámara cuestionó, sin citar a ninguna comunidad, "los métodos de designación y poderes a menudo excesivos que ciertas autoridades municipales otorgan a urbanizadores y promotores", y denunció que, en ocasiones, estos "interfieren" sobre el registro de propiedades para debilitar a los pequeños propietarios. La resolución recomienda a las autoridades españolas que prevean mecanismos de arbitraje para este tipo de litigios y subraya que, cuando sean necesarias, las compensaciones deberán tener un montante adecuado tal como lo define la jurisprudencia europea. Además, pide que la actuación de la Comisión no se ciña al área de las licitaciones, sino que evalúe también el cumplimiento de las normativas ambientales, del agua y consumo. En diciembre de 2005, el Parlamento Europeo aprobó, por 550 votos a favor, 45 en contra y 25 abstenciones, un informe en el que alertaba de las irregularidades del urbanismo español a raíz de las cerca de 15.000 quejas recibidas contra la, entonces vigentes, Ley Valenciana Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU).

ética, etc, pero siempre y cuando afecten a sus contrincantes políticos ya que en caso contrario minimizan los efectos y la gravedad de los actos imputados, y tienden a hacer lo posible por que pronto se olviden, y si pueden, evitan su castigo. Y en este punto quiero indicar la gravedad de la violación de la teórica división de poderes que debiera imperar en nuestra democracia¹⁷, toda vez que el legislativo hasta la fecha se ha limitado a ser una correa de transmisión del ejecutivo, y a lo sumo ahora que parece haber desaparecido la época de las mayorías absolutas en España, de la coalición fáctica que sustenta al partido en el gobierno, y el poder judicial, en sus órganos directivos está mediatizado por una política de nombramientos, y por los aforamientos de los políticos que hace muy difícil el control efectivo y la corrección de las prácticas corruptas.

Asumo en su integridad las palabras de la Fiscalía General del Estado Medio Ambiente y Urbanismo, que en su *Memoria 2016 Medio Ambiente y Urbanismo*¹⁸, destaca con una crudeza sin paliativos y con claridad pocas veces vista en este tipo de textos, la existencia de varios de los escollos que dificultan, cuando no impiden, la lucha contra la delincuencia urbanística: falta de formación de los jueces de lo penal, plazo escaso para la tramitación de las Diligencias de investigación, normativa inadecuada y que ampara las ilegalidades, y desconexión entre las Administraciones. Y así dice:

“IV. q. 1. Aspectos Legales y Procesales.

Según la memoria de Madrid, existe, en general, una gran valoración por los Juzgados de Instrucción, de los informes que se emiten desde la Sección de Medio Ambiente, de modo que es generalizado el seguimiento de los criterios de Fiscalía a la hora de impulsar la instrucción de los distintos procedimientos.

Otra cosa es el análisis de la actuación de los Juzgados de lo Penal, incluso de las distintas Secciones de la Audiencia Provincial. Según la memoria de Madrid, el principal problema de la eficacia de la actuación del Ministerio Público reside, al menos en la citada Comunidad, en la muy escasa calidad de las sentencias, que denotan una gran falta de conocimiento de la materia, incluidos los conceptos esenciales, siendo esta la pauta general, y siendo excepcional encontrar sentencias con una mínima y no digamos elevada calidad, como sería lo exigible. Ello provoca una excesiva proporción de resoluciones absolutorias infundadas, muy difíciles de recurrir, a la vista de la actual jurisprudencia, cada vez más restrictiva, sobre la posibilidad de condenar “ex novo” en segunda instancia. Si bien la reciente reforma de la Lecrim (Ley 41/15) ahora se permitirá la apelación de Sentencias con arbitraria valoración de la prueba, no para obtener una condena inmediata (lo cual está vetado por la actual jurisprudencia) pero sí para obtener la nulidad de la sentencia absolutoria con la posibilidad (esta es la gran novedad de obligar a un nuevo juicio por otro juzgador).

También es censurable, según la última memoria, así como la de Murcia y de otras Fiscalías, la actual limitación estatutaria del plazo de 6 meses para las Diligencias de Investigación.

¹⁷ Sobre la separación de poderes, uno de los principios sobre los que se ha asentado la construcción de los modernos estados constitucionales, su evolución histórica y la configuración actual de tal paradigma jurídico; y sobre su deficiente configuración en España fruto de la patrimonialización del poder y del clientelismo político, vid. Jimenez Asensio, R; “Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones.” IVAP – Madrid. 2016.

¹⁸ www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2017/09/MEMORIA-EXTENSA-2016-MEDIO-AMBIENTE.pdf, págs. 67 y 68.

Sevilla indica que en el año anterior se informó del anuncio de cambios normativos en la Comunidad Autónoma que produjeron ya entonces confusión en cuanto a la futura “regularización” de edificaciones ilegales.

En agosto de 2016 entró en vigor el nuevo art. 185 de la Ley de Ordenación Urbana de Andalucía, en lo que respecta a las medidas urgentes en relación a las edificaciones ilegales construidas sobre parcelaciones en suelo no urbanizable. Lo cual ha provocado numerosas solicitudes de las defensas para que se dejen sin efecto las demoliciones ya ordenadas en sentencia firme, y para el cese de medidas. Ello ha tenido dispar acogida en las secciones de la Audiencia durante 2016, provocando una gran inseguridad jurídica a pesar de sus razonadas decisiones, muy respetables desde la discrepancia jurídica.

La memoria de Palencia pone de relieve algo muy importante, y respecto a lo que no siempre se suele prestar la debida atención. Según la memoria, los agentes policiales refieren con frecuencia las irregularidades detectadas como meras infracciones administrativas que se remiten al oportuno servicio de Medio Ambiente, sin que tengan conocimiento en Fiscalía del resultado del mismo, siendo conveniente, según la memoria, que se articule un sistema para que el propio Ministerio Fiscal recabe de la administración informe respecto al estado de los expedientes administrativos.”

Con estas consideraciones pasamos al análisis de la corrupción en el urbanismo.

2. La corrupción urbanística

516

2.1. *El urbanismo en España: una aproximación a un sistema viciado*

Siguiendo a Castillo Morente¹⁹ “La ordenación urbanística, considerada como en el conjunto de normas legales y reglamentarias que ordenan la materia –y dentro de estas con protagonismo especialmente merecido, las relativas al planeamiento (en particular el general)-, ha de verse y utilizarse como la antítesis plena de una conducta desordenada y al margen de toda legalidad como es la que constituye la corrupción urbanística // Así con todo ello, al tratar de corrupción urbanística debemos tener claro de inicio que nos enfrentamos con un problema notablemente complejo y dotado de múltiples y variadas manifestaciones.. Dicha pluralidad de caras o prismas deviene sin duda de la propia de la materia a la cual se refiere, así dado es hablar de corrupción urbanística, corrupción inmobiliaria o corrupción medioambiental (a más de considerar la concurrencia de más de una de dichas vertientes), con una correspondencia también plural en los sujetos a los que se refieren (políticos, técnicos, funcionarios,... y ya sea por acción o por omisión) y a los efectos que a modo de reproche pueden originar: delito, infracción y/o ilícito administrativo, hasta el mero repudio moral. ...”

Coincidimos con el autor citado. No es una cuestión fácil de resolver. Aquí concurren problemas de índole política, administrativa, jurídicos, económicos, sociales y culturales. Pero entiendo que un factor fundamental es la desidia de los legisladores, que bien por negligencia, o por eventual dolo, siquiera

¹⁹ Ponencia impartida el 11 de noviembre de 2013 en la Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, dentro del Seminario “*Medidas de prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas – Public Compliance*”.

preterintencional, han contribuido decisivamente con su inacción a que exista, y se desarrolle, la corrupción en el ámbito urbanístico²⁰.

Pero el origen de esta situación es remoto. Se debe a la específica concepción del urbanismo español²¹, que parte de la concepción de la propiedad urbanística como una propiedad estatutaria²², en la que del derecho a edificar procede, no del derecho subjetivo en sí, de la propiedad como derecho real, sino de la calificación otorgada por el plan municipal, que es ley, que es norma de rango reglamentario, a cada concreta propiedad inmobiliaria. Y ello nos lleva indefectiblemente a plantearnos la pregunta de quien decide el Plan. A pesar de las fútiles manifestaciones de las diferentes disposiciones reguladoras del suelo que hacen proclamas de criterios reglados en su elaboración, y de transparencia y publicidad en la tramitación de los planes, creo que estamos asistiendo a una situación de reversión y retroceso. Hoy no existen los “Avances” de la planificación de antaño que posibilitan un conocimiento generalizado, por la ciudadanía del Plan en su fase germinal, y todo queda limitado a un reducido sanedrín de unos pocos técnicos ungidos, casi siempre, por el Alcalde que elaboran de modo casi siempre críptico una ordenación que después, en fase administrativa, dada la naturaleza reglamentaria del plan no es susceptible de recurso, sino tan sólo de unas alegaciones, que por el propio momento en que pueden deducirse, tras la aprobación inicial del plan, sólo pueden ser fragmentarias y referidas a aspectos aislados, lo que dificulta su estimación. A todo ello hay que unir la complejidad de un ordenamiento jurídico integrado por normas de origen estatal, autonómico y local (los Planes), cada una con su específica etiología, sus propios principios reguladores, insertas en un sistema jurídico específico, y con intérpretes diferentes. Por último, indicar que a la falta de transparencia, por las razones indicadas, se une la dificultad de la ciudadanía de entender disposiciones algunas de las cuales son

²⁰ Sobre la incidencia de la política en materia de corrupción, derivada de la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales, y la amenaza que el dinero plantea a la legitimidad de los regímenes democráticos, vid. el capítulo “Política, dinero y corrupción”, páginas 87 y ss, en la obra colectiva “La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el Gobierno”; Lapuente, V; (Coord.); Alianza Editorial. Madrid. 2016.

²¹ Sobre las singularidades del sistema urbanístico español en relación con Europa, véase García-Bellido García De Diego, J; “La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo”. Documentación Administrativa 252 – 253. 1999. Páginas 11 – 85. Afirma en dicho artículo el autor citado que: “... Los siguientes diez elementos clave y relaciones subsistemáticas caracterizan las propiedades estructurantes del urbanismo español y constituyen un sistema cerrado, férreamente trabado que sitúan al modelo español en una verdadera excepción o modelo sui generis, en comparación, como mínimo, con todos los demás sistemas europeos.” Op. cit. Páginas 15 y 16.

²² Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Artículo 11, apartados 1 y 2: Artículo 11. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. *El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*

2. *La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*

constantemente modificadas, y con un lenguaje hermético, que se pretende sólo apto para iniciados. Por si esto fuera poco, la discrecionalidad (cuando no la pura arbitrariedad), la vaguedad y la indeterminación son preponderantes en ciertas disposiciones, con lo que se deja un amplísimo margen a una interpretación que, en no pocos casos, son subsumibles en la desviación de poder y, en casos extremos, en el derecho penal.

Procederemos a exponer las características de este sistema, sobre la base de referencias a la normativa estatal española del suelo, y a la de una Comunidad Autónoma, entidad administrativa de carácter regional/subestatal, con competencias exclusivas en el ámbito de la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, en detrimento de la competencia estatal, fruto de la, a mi entender, malhadada STC 61/1997²³, que ha generado un auténtico reino de taifas en el

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo. Sobre el concepto de “urbanismo” y la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre el mismo dice la referida Sentencia: “6. (La competencia sobre urbanismo).

a) Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la “ordenación urbanística”, como objeto normativo de las leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación.

El contenido que acaba de enunciarse se traduce en la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo.

Ha de añadirse que, si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 C.E., párrafo primero), una serie de importantes principios rectores de la política, en este caso, urbanística, a las que han de atenerse en el ejercicio de sus respectivas competencias, los Entes públicos, a saber: la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47 C.E., párrafo primero); y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los Entes públicos (art. 47 C.E., párrafo segundo). Con arreglo a lo establecido en el art. 53.3, inciso primero, C.E., el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos del art. 47 C.E. “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (SSTC 19/1982, fundamento jurídico 6º y 45/1989, fundamento jurídico 4º).

b) El orden constitucional de distribución de competencias ha diseccionado ciertamente la concepción amplia del urbanismo que descansaba en la legislación anterior a la Constitución de 1978, pues no es posible desconocer, como se ha dicho, que junto a la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el art. 149.1 C.E. reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa, o el sistema de responsabilidad o el procedimiento administrativo común, por citar algunos de los instrumentos de los que el urbanismo, con esa u otra nomenclatura, suele hacer uso.

Pues bien, expuesto lo anterior, ha de afirmarse que la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquéllas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial

ámbito de la ordenación del territorio y del urbanismo, olvidando la dimensión suprarregional y estatal de estas materias, cuando no de carácter trasnacional, en especial en materias concexas como las infraestructuras de comunicación, las telecomunicaciones, el medio ambiente, etc).

Pese al dato ya expuesto de que las competencias en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio, son exclusivas de las Comunidades Autónomas cabe constatar que las diferencias de los sistemas urbanísticos en cada una de ellas no son demasiado importantes. Y no lo son porque existe una tradición muy fuerte urbanística en España desde la primera norma urbanística de carácter general estatal, la Ley del Suelo de 1956, y una cultura del urbanismo y el planeamiento incluso anterior (desde la Ley del Régimen Local de 1926), que le imprimen un carácter muy acusado. Podemos, por tanto, hablar de un sustrato común al ordenamiento urbanístico español, que podemos sintetizar en:

1. Un sistema de planeamiento jerárquico y rígido.

En la antigua Ley de 1956 los planes se estructuraban en una suerte de cascada normativa iniciada en el Plan Nacional (que nunca llegó a realizarse ni aprobarse), y que desembocaba en los instrumentos de planificación de desarrollo, que constituían el último escalón del planeamiento sobre el que se habría de proyectar ya la obra concreta con sus planos de ejecución. Cada figura de planeamiento tenía que respetar a la inmediatamente superior, en una especie de cajas de muñecas rusas. De forma que cada plan situado en un peldaño inferior se ceñía estrictamente a lo que decía el superior. Tan solo había una figura que rompía este esquema que era la del Plan Especial.

Este modelo jerárquico se sigue repitiendo en todas y cada una de las Comunidades Autónomas, con mayor o menor intensidad, con la diferencia de que ahora la figura de referencia no es la del Plan Nacional, sino la del Plan Territorial que abarca la totalidad del territorio de la Comunidad Autónoma (denominado en muchas de ellas como Directrices Regionales de Ordenación del Territorio). Hay que decir, sin embargo, que en la actualidad sólo existen siete Autonomías que poseen este instrumento de ordenación territorial a escala regional, debien-

efectuado por la C.E. es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales Entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto.

Esta misma visión sistemática, unitaria y coherente, del bloque de la constitucionalidad fue recogida en el Preámbulo de la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, refundida en el T.R.L.S.: "La delimitación constitucional de competencias parece impedir que el Estado apruebe una nueva Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana con el mismo o similar contenido al del texto refundido actualmente vigente ..., ya que su regulación supondría una manifiesta invasión de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Pero tampoco las Comunidades Autónomas están facultadas para establecer una normativa urbanística de alcance y contenido tan amplio como el de la Ley vigente (preconstitucional), porque ello chocaría con las competencias que al Estado atribuye el propio texto constitucional." (cfr. núm. II). Concepción sistemática ésta que, como tal y en principio, comparten los recurrentes, aunque discuten la concreta plasmación que ha tenido en el T.R.L.S.."

constatarse que, en el resto, ni siquiera se han aprobado Directrices o Planes subregionales (sean de escala comarcal, provincial u otras).

2. La relación tradicional entre el planeamiento y el derecho de propiedad

El planeamiento urbanístico ha determinado en España, de manera tradicional, el contenido del derecho de propiedad. Esta premisa formó parte de las sucesivas Leyes de Suelo desde la primera de 1956 hasta llegar a la vigente Ley de Suelo. También esta doctrina ha sido acogida de forma unánime por todas las Comunidades Autónomas en sus correspondientes Leyes.

Esta cuestión es importante, porque ha permitido al legislador estatal incidir en el urbanismo a través de la fijación del estatuto jurídico básico del derecho de propiedad, en éste caso, competencia del Estado por virtud del artículo 149.1,1a de la Constitución española, lo que permitió al legislador estatal fijar criterios básicos de clasificación del suelo, a los efectos de establecer los derechos y deberes de los propietarios..

La vigente Ley de Suelo rompe este esquema explicando en su Exposición de Motivos que “esta Ley abandona el sesgo con el que, hasta ahora, el legislador estatal venía abordando el estatuto de los derechos subjetivos afectados por el urbanismo. Este reduccionismo es otra de las peculiaridades históricas del urbanismo español que [...] reservó a la propiedad del suelo el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización. Una tradición que ha pesado sin duda, desde que el bloque de constitucionalidad reserva al Estado el importante título competencial para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, pues ha provocado la simplista identificación de tales derechos y deberes con los de la propiedad. Pero los derechos constitucionales afectados son también otros, como el de participación ciudadana en los asuntos públicos, el de libre empresa, el derecho a un medio ambiente adecuado y, sobre todo, el derecho a una vivienda digna y asimismo adecuada, al que la propia Constitución vincula directamente con la regulación de los usos del suelo en su artículo 47. Luego, más allá de regular las condiciones básicas de la igualdad de la propiedad de los terrenos, hay que tener presente que la ciudad es el medio en el que se desenvuelve la vida cívica, y por ende que deben reconocerse asimismo los derechos mínimos de libertad, de participación y de prestación de los ciudadanos en relación con el urbanismo y con su medio tanto rural como urbano. En suma, la Ley se propone garantizar en estas materias las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los ciudadanos”.

Otra de las novedades de la Ley de Suelo estatal es la no inclusión de los criterios mínimos de clasificación de suelo entre las condiciones básicas reguladas por la misma²⁴. Ello no implica que dicha “clasificación” desaparezca, sino que se

²⁴ *La norma estatal no clasifica ni categoriza el suelo. Sino que articula lo que denomina “situaciones” en que se puede encontrar el suelo, en una suerte de técnica bifásica, que después habrá de correlacionarse con la clasificación, entre otras cosas, a efectos de determinar la valoración del suelo. Pues bien, en tal sentido el artículo 21 del TRLS, lleva por epígrafe “situaciones básicas del suelo”, y establece:*

1. Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.

2. Está en la situación de suelo rural:

a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación

remite a su lugar idóneo, el planeamiento y la legislación urbanísticos. Tradicionalmente el suelo se ha clasificado en tres tipos: el urbano, el urbanizable (denominado de reserva urbana en la Ley de 1956) y el no urbanizable (rústico en la Ley de 1956). Con estas denominaciones u otras parecidas, las diferentes Leyes de las Comunidades Autónomas han permitido la clasificación de los suelos incluidos en sus territorios, respondiendo todas ellas a un esquema más o menos similar en virtud del cual el “suelo urbano” es aquél que tiene condiciones para ser edificado, bien por contar con los cuatro servicios básicos de urbanización (agua, electricidad, alcantarillado, y acceso rodado), bien por su consolidación a través de la edificación en un porcentaje determinado (muchas veces las dos terceras partes del ámbito que se clasifica); el “urbanizable” es el que está previsto por el planeamiento para incorporarse a procesos de transformación urbanística, y el “no urbanizable”, el que queda preservado de la urbanización, bien por Ley, bien por figuras de planificación territorial o urbanística. En Galicia, además, como

mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.

b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.

3. Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumpla alguna de las siguientes condiciones:

a) Haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación.

b) Tener instaladas y operativas, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable, las infraestructuras y los servicios necesarios, mediante su conexión en red, para satisfacer la demanda de los usos y edificaciones existentes o previstos por la ordenación urbanística o poder llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión con las instalaciones preexistentes. El hecho de que el suelo sea colindante con carreteras de circunvalación o con vías de comunicación interurbanas no comportará, por sí mismo, su consideración como suelo urbanizado.

c) Estar ocupado por la edificación, en el porcentaje de los espacios aptos para ella que determine la legislación de ordenación territorial o urbanística, según la ordenación propuesta por el instrumento de planificación correspondiente.

4. También se encuentra en la situación de suelo urbanizado, el incluido en los núcleos rurales tradicionales legalmente asentados en el medio rural, siempre que la legislación de ordenación territorial y urbanística les atribuya la condición de suelo urbano o asimilada y cuando, de conformidad con ella, cuenten con las dotaciones, infraestructuras y servicios requeridos al efecto.”

Es decir, en lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, la Ley opta por diferenciar situación y actividad, estado y proceso. En cuanto a lo primero, define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual -rural o urbana-, estados que agotan el objeto de la ordenación del uso asimismo actual del suelo y son por ello los determinantes para el contenido del derecho de propiedad, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste. En cuanto a lo segundo, sienta el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo, que son las que generan las plusvalías en las que debe participar la comunidad por exigencia de la Constitución. La Ley establece, conforme a la doctrina constitucional, la horquilla en la que puede moverse la fijación de dicha participación. Lo hace posibilitando una mayor y más flexible adecuación a la realidad y, en particular, al rendimiento neto de la actuación de que se trate o del ámbito de referencia en que se inserte, aspecto éste que hasta ahora no era tenido en cuenta

consecuencia de la dispersión poblacional, y la pluralidad de asentamientos humanos en el rural, surge el “suelo de núcleo rural”, como categoría específica, que constituye el urbano en el ámbito rural²⁵.

²⁵ La regulación de las clases de suelo aparece contenida en los artículos 15 y ss., de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (LSG). Dentro de las clases, caben subdivisiones denominadas “categorías”. El Suelo Urbano, se subdivide en la categoría consolidado por la urbanización o no consolidado por la misma. El consolidado (dentro del que hay que incluir la subcategoría de “solar”), dispone de los cuatro servicios o está consolidado en más de las 2/3 partes del espacio apto para ello. Sólo necesita operaciones sencillas para completar la urbanización o la directa edificación. El suelo urbano no consolidado, es un suelo sometido a un proceso de urbanización, por lo que habría de concluirse que no encaja en el actual suelo urbanizado, dado que éste tiene culminado el proceso de urbanización (dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística) o bien, puede llegar a contar con ellos, sin otras obras que las de conexión de las parcelas a instalaciones ya en funcionamiento. La LSG define el SUNC en los términos siguientes (cfr. Art. 17.b):

“b) Suelo urbano no consolidado, integrado por la restante superficie de suelo urbano y, en todo caso, por los terrenos que reúnan alguna de las siguientes condiciones:

1. Terrenos en los que sean necesarios procesos de urbanización.
2. Terrenos en los que sean necesarios procesos de reforma interior o renovación urbana.
3. Terrenos en los que se desarrollen actuaciones de dotación, entendiéndose como tales aquellos en los que sea necesario incrementar las dotaciones públicas para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística, sin requerir la reforma o renovación de la urbanización.

Se entiende que ese aumento de edificabilidad o cambio de uso requerirá el incremento de las dotaciones públicas cuando conlleve un aumento del aprovechamiento superior al 30 % del existente.” Existe otra clase de suelo que es una especie de suelo urbano en el ámbito rural en el que se permiten, con carácter general, los usos residenciales, siempre que no se realicen en vivienda colectiva. Nos referimos al “Suelo de núcleo rural” (cfr. Artículo 23.1 LSG): Constituyen el suelo de núcleo rural las áreas del territorio que sirven de soporte a un asentamiento de población singularizado, identificable y diferenciado administrativamente en los censos y padrones oficiales que el planeamiento defina y delimite teniendo en cuenta el número de edificaciones, la densidad de viviendas, su grado de consolidación por la edificación y, en su caso, la tipología tradicional de su armazón y de las edificaciones existentes en el mismo.

El Suelo Urbanizable, tiene ahora sólo la categoría de “delimitado”, y es aquel (cfr. Artículo 27 LSG) constituido por los terrenos que el planeamiento estime necesarios y adecuados para permitir el crecimiento de la población y de la actividad económica o para completar su estructura urbanística. En tanto no se apruebe la correspondiente ordenación detallada, no podrán realizarse construcciones, salvo las que vayan a ejecutarse mediante la redacción de planes especiales de infraestructuras y las de carácter provisional, en las condiciones establecidas en el artículo 89 de la LSG. Por último el Suelo Rústico, es el excluido del proceso urbanístico. La LSG dispone (art. 31) que tendrán tal condición:

- a) Los terrenos sometidos a algún régimen de especial protección, de conformidad con la legislación sectorial de protección del dominio público marítimo-terrestre, hidráulico o de infraestructuras, o con la legislación sectorial de protección de los valores agrícolas, ganaderos, forestales, paisajísticos, ambientales, naturales o culturales.
- b) Los amenazados por riesgos naturales o tecnológicos, incompatibles con su urbanización, tales como inundación, erosión, hundimiento, incendio, contaminación o cualquier otro tipo de catástrofes, o que perturben el medio ambiente o la seguridad y salud.
- c) Los terrenos que el plan general o los instrumentos de ordenación del territorio no consideren adecuados para el desarrollo urbanístico, en consideración a los principios de utilización racional de los recursos naturales o de desarrollo sostenible.

Dentro del suelo rústico se distinguirá el suelo rústico de protección ordinaria y el suelo rústico de especial protección.

3. El planeamiento municipal es la base de la ordenación urbanística.

La larga tradición del ordenamiento urbanístico español apunta que el nivel básico de ordenación urbanística se corresponde con el término municipal. Con el nombre de “*Plan General de Ordenación Urbana*” u otro parecido, el plan de ámbito municipal es el que prefigura los usos, las intensidades de uso, las protecciones, diseña el sistema de comunicaciones, etc. en el ámbito de todo el término municipal. Es también el que clasifica el suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable, y en Galicia, de núcleo rural. El plan es, por lo tanto, de vital importancia desde el punto de vista urbanístico²⁶. La determinación de la evolución espacial del territorio, la fijación de las áreas urbanizadas en el futuro, el destino del suelo, viene determinado en el plan. Dado que en una gran parte de los casos no existe planeamiento territorial, en el nivel supramunicipal, que lo enmarque o coordine, el plan municipal se constituye en muchos lugares como la única referencia del ordenamiento urbanístico.

El ordenamiento urbanístico español se configura así con un carácter rígido, casi hierático, que dificulta su adaptación a las necesidades de la sociedad en un mundo globalizado y cambiante, y se constituye en deudor de criterios planificadores que han devenido obsoletos y se han manifestado, en numerosas ocasiones, una rémora para el desarrollo económico. Sistema que es en sí mismo un factor de corrupción, al producirse constantes rupturas fácticas del referido planeamiento para posibilitar desarrollos e implantaciones de actividades industriales, comerciales e incluso residenciales, que de otra forma no podrían hacerse efectivas, lo que ha devenido además en múltiples declaraciones de nulidad de los planes por la Jurisdicción contenciosa²⁷ por su tramitación

²⁶ La importancia del plan y el amplísimo margen de discrecionalidad del planificador quedan magistralmente descritas en el siguiente texto que no exento de cierta crudeza, describe en términos certeros su funcionamiento: “*Los Ayuntamientos deciden cuál es su ordenación y por donde van a crecer mediante los Planes Generales, proyectos que, con la conformidad de la comunidad autónoma, definen en qué suelos urbanos se puede construir y en cuáles no (por ejemplo, los parques), las zonas rurales protegidas y sobre todo las de futura expansión, siempre a largo plazo. Todo terreno rural que entra en un Plan General se convierte en urbanizable y a partir de ese momento su valor empieza a multiplicarse en función del ritmo al que avance el Plan y la demanda que genera; y aquí la intuición también engaña, su valor no aumentará cuanto más rápido sea el proceso sino cuanto más tarde.// De este modo, una parcela rural puede pasar de patatal infecto a fabuloso resort con campo de golf solo por estar bien situada. ¿Y cuál es el secreto? La situación del propietario, no de la parcela. Por muchas justificaciones técnicas que ofrezca un Plan, las posibilidades de desarrollo de casi cualquier núcleo urbano son tan amplias que necesariamente ha de haber pasado por un criterio de selección subjetivo, y un con un elemento de tal valor estratégico y volumen de beneficio, las presiones y movimientos interesados se hacen inevitables....*” Valcarcel, G; *La ola que arrasó España. Ascenso y caída de la cultura del ladrillo*. Edit. RBA. Barcelona. 2013. Página 26.

²⁷ En relación con la problemática derivada de las anulaciones de los planes, sobre si es necesario o no un cambio de configuración abandonando su naturaleza jurídica reglamentaria a efectos de evitar que por la simple anulación de un apartado (por ejemplo la carencia de estudios de impacto de género entre su documentación), decaiga un plan que ha tardado años en su elaboración, y que cuando se anula ya está en vigor, vid. Cominges Cáceres, F. De; “*Los efectos de la anulación judicial de un Plan General. La necesaria modulación de la equiparación de planes urbanísticos y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema.*” *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 314, 2017, páginas 45 – 82.

extraordinariamente burocratizada y formalista, en la que un simple error de procedimiento produce su total anulación. Y en este contexto, en el ámbito local, nos encontramos a su vez con una estructura de poder, sin medios, inadaptada a las exigencias técnicas del sistema urbanístico, y carente de los necesarios controles que frenen actuaciones torticeras.

2.2. *El poder de los Alcaldes: la inexistencia de contrapesos.*

En España el poder cuasi omnímodo de los Alcaldes, figura central de la Administración local²⁸, es otra de las causas que posibilita la corrupción en el ámbito urbanístico, auspiciada por la inexistencia de controles, como en otros países, que limiten sus poderes. Por otra parte ha desaparecido en la práctica exigencia de informes jurídicos de funcionarios locales, con carácter preceptivo y vinculante, que respondiesen de la legalidad de los actos con contenido urbanístico municipal. Al no existir en la práctica un sistema como el anglosajón de “*check and balances*”, nos encontramos con que las decisiones sustanciales en el ámbito urbanístico quedan en poder del Alcalde. Tal posición prevalente tiene su reflejo en la legislación de ordena local; así la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece en su artículo 25.2 las amplias competencias municipales en materia urbanística al decir:

“2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación....”

Y, la distribución de competencias entre el Alcalde, el Pleno y la Junta de Gobierno aparecen en los artículos 21, 22 y 23 del TRRL²⁹, pero la realidad es que

²⁸ “El concepto de monocracia es un buen hilo del que comenzar a tirar para exponer el modelo de gobernanza de los municipios españoles. La fuente de la legitimidad en el gobierno local se concentra no sólo en el partido en el gobierno, sino más específicamente en el alcalde y en su equipo de confianza. Una elección mediante listas cerradas da al partido ganador casi un poder ilimitado sobre la administración local. Cuando un candidato sale victorioso de una elección por primera vez se encuentra ante la tarea de repartir una considerable cantidad de puestos de libre designación. Por descontado, el principal criterio para la selección será la fidelidad hacia su figura y su proyecto. ...// En el ámbito específico de la planificación urbanística, esto se traduce en una mezcla casi indisoluble de intereses entre el político electo, el grupo de técnicos destinados a controlar la planificación urbana y el emprendedor privado dispuesto a construir cuando hay dinero disponible.” Cfr. “Corrupción y administraciones locales”, en “La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el Gobierno”; Lapuente, V; (Coord.), Op. cit., páginas 63 y 64 .

²⁹ Es de destacar el elenco de competencias y la importancia de las mismas conferidas al Alcalde en el artículo 21 en relación con las competencias de los órganos de gobierno colegiados municipales.

Artículo 21

1. El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones:

- a) Dirigir el gobierno y la administración municipal.
- b) Representar al ayuntamiento.
- c) Convocar y presidir las sesiones del Pleno, salvo los supuestos previstos en esta ley y en la legislación electoral general, de la Junta de Gobierno Local, y de cualesquiera otros órganos municipales cuando así se establezca en disposición legal o reglamentaria, y decidir los empates con

la posición del Alcalde, si analizamos la totalidad de la normativa municipal (lo que excede las posibilidades de este artículo), es absolutamente prevalente, y de hecho

voto de calidad.

d) Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales.

e) Dictar bandos.

f) El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponer gastos dentro de los límites de su competencia, concertar operaciones de crédito, con exclusión de las contempladas en el artículo 158.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, siempre que aquéllas estén previstas en el Presupuesto y su importe acumulado dentro de cada ejercicio económico no supere el 10 por ciento de sus recursos ordinarios, salvo las de tesorería que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento no supere el 15 por ciento de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior, ordenar pagos y rendir cuentas; todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. [La referencia debe entenderse hecha al artículo 177.5 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.]

g) Aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas.

h) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta ley.

i) Ejercer la jefatura de la Policía Municipal.

j) Las aprobaciones de los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidas al Pleno, así como la de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización.

k) El ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación.

l) La iniciativa para proponer al Pleno la declaración de lesividad en materias de la competencia de la Alcaldía.

m) Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno.

n) Sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las ordenanzas municipales, salvo en los casos en que tal facultad esté atribuida a otros órganos.

ñ) ...

o) La aprobación de los proyectos de obras y de servicios cuando sea competente para su contratación o concesión y estén previstos en el presupuesto.

p) ...

q) El otorgamiento de las licencias, salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local.

r) Ordenar la publicación, ejecución y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento.

s) Las demás que expresamente le atribuyan la leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales.

2. Corresponde asimismo al Alcalde el nombramiento de los Tenientes de Alcalde.

3. El Alcalde puede delegar el ejercicio de sus atribuciones, salvo las de convocar y presidir las sesiones del Pleno y de la Junta de Gobierno Local, decidir los empates con el voto de calidad, la concertación de operaciones de crédito, la jefatura superior de todo el personal, la separación del servicio de los funcionarios y el despido del personal laboral, y las enunciadas en los párrafos a), e), j), k), l) y m) del apartado 1 de este artículo. No obstante, podrá delegar en la Junta de Gobierno Local el ejercicio de las atribuciones contempladas en el párrafo j)

controla en la mayoría de los casos, en especial, en los pequeños municipios inferiores a 5.000 habitantes, la Corporación de forma férrea, máxime cuando del mismo depende, en gran medida, la designación y la determinación de los haberes finales de los funcionarios municipales³⁰.

En síntesis, en el sistema español el Alcalde se configura con un carácter “presidencial”³¹ y con un papel protagónico. Lo malo, a mi entender, no es tal

³⁰ “La capacidad formal e informal de los alcaldes de designar (y degradar) a cargos encargados de tomar decisiones esencialmente técnicas, sobre todo en materia urbanística, se traducen en un espacio de oportunidad para la corrupción que muchos aprovecharán. Pero no hay ninguna ley inmutable que fuerce al gobierno local a tener semejante forma. Al contrario hay donde elegir. El objetivo de dicha elección ha de ser la búsqueda de un equilibrio, para lo que se necesitará incorporar contrapesos al poder monocrático para cuartearlo.” Cfr. “Corrupción y administraciones locales”, en “La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el Gobierno”; LAPUENTE, V; (Coord.), Op. cit., página65.

³¹ Sobre el carácter “presidencial” de los Alcaldes, y sus competencias en materia urbanística en los municipios españoles de régimen común, específicamente en relación con la normativa urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, vid: Competencias de los alcaldes sobre los asuntos urbanísticos municipales en la ley de ordenación urbanística de andalucía, por Fernando Fernández-Figueroa Guerrero 14/03/2012. laadministraciondia.inap.es/noticia.asp?id=1057450

“El punto de partida nos pone sobre aviso : el legislador estatal ha querido un Alcalde “fuerte”, con importantes competencias sobre estos temas, todo ello en el marco de fortalecimiento de la figura del Alcalde como gestor de los asuntos municipales que se plasmó en la reforma de la LBRL de 1.999. Pero, veamos:

1.- Competencias en materia de Planeamiento Urbanístico:

- Aprueba los instrumentos de planeamiento de desarrollo (Plan Parcial de Ordenación, Plan Especial, Estudio de Detalle) del planeamiento general (PGOU ,normalmente , Plan de Ordenación Intermunicipal o Plan de Sectorización) no expresamente atribuidas al Pleno. Por tanto aprueba, en consonancia con la Ley 7/ 2002 de 17 de Diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA):

- Inicialmente: Planes Parciales de Ordenación , Planes Especiales y Estudios de Detalle

- Provisionalmente, en su caso : Los mismos indicados.

- Definitivamente: Ninguno, por ser competencia del Pleno municipal.

Esta competencia es delegable únicamente en la Junta de Gobierno Local de acuerdo con el art. 21.3 LBRL.

- Los Proyectos de Urbanización, por el procedimiento que establezcan las Ordenanzas Municipales.

Nota: No hacemos referencia [a] los “Catálogos” como figura auxiliar cuyo objeto es complementar el planeamiento sobre conservación, protección o mejora del patrimonio urbanístico, arquitectónico, histórico, cultural, natural o, paisajístico.

2.- Competencias en materia de Gestión Urbanística:

-Proponer al Pleno del Ayuntamiento la resolución de la iniciativa para el establecimiento del sistema de compensación , tanto inicialmente (art. 131.1 LOUA) como definitivamente (art. 131.3 LOUA).

- Proyectos de Reparcelación, tanto en el sistema de compensación como en el de cooperación.

- Proyectos de Expropiación.- A estos efectos recordar que la previa declaración de utilidad pública e interés social se entiende incluida tácitamente en el acuerdo del pleno del Ayuntamiento que aprobó inicial y provisionalmente el Plan General de que se trate y posteriormente en el acuerdo de aprobación definitiva por la Junta de Andalucía..

- Delimitación de unidades de ejecución, si no vinieran determinadas en el planeamiento.

- Transferencias de Aprovechamientos.

- Otorgamiento de la escritura pública a formalizar tras el acuerdo de adjudicación del concurso

conjunto de atribuciones y competencias que les atribuye el ordenamiento, lo malo es que puedan ejercerlas sin prácticamente límites o contrapesos. Esta situación es unánimemente conocida por los Gobiernos y legisladores de turno. Si no se le pone coto es por una razón muy simple: los Alcaldes son la base del poder de los partidos políticos, y por ende, del gobierno de Comunidades Autónomas y del Estado; y ningún partido quiere incomodarse con el “*sindicato*” de Alcaldes, que suelen ser los políticos más longevos en el cargo, como regla general, de toda una clase política como es la española que tiende a la endogamia y a perpetuarse en el o en los cargos una vez que entran en los mismos, y que se convierten en forma y medio de vida para quienes, en muchos casos, antes de su acceso, no disponían de ninguno. El mantener esta situación es un síntoma de la escasa voluntad de proscribir ciertas corruptelas que parecen endémicas en el nivel local.

2.3. Los puntos débiles del sistema: los nodos de la corrupción en el ámbito urbanístico

iniciado por incumplimiento del deber de edificación (art. 151.1 LOUA).

- Estar presente en la recepción de las obras de urbanización, suscribiendo el acta correspondiente (art. 154.2 LOUA).

3.- Competencias en materia de Disciplina Urbanística:

- Otorgamiento de licencias de cualquier clase, salvo que leyes sectoriales lo atribuyan al pleno o a la junta de gobierno local, incluidas las licencias de apertura de establecimientos, aunque ésta no sea una materia estrictamente urbanística

- Ordenes de ejecución.

- Instrucción y finalización de procedimientos de legalidad urbanística - cualquier acto de transformación o uso del suelo sin licencia o en contra de licencias concedidas-, incluyendo la medida de suspensión cautelar de suspensión de dichos actos (art. 181.1 LOUA)

- Suspensión de licencias u órdenes de ejecución y suspensión de los actos en que se amparen cuando el contenido de dichos actos constituya o legitime de manera manifiesta algunas de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la LOUA (art. 189.1 LOUA). Dará traslado de la resolución de suspensión al órgano jurisdiccional competente a los efectos previstos en la Ley de la Jurisdicción contenciosa administrativa.

- Iniciar y resolver los procedimientos sancionadores instruidos por razón de urbanismo (art. 195.1 LOUA)

- Declaración de ruina inminente y desalojo de moradores por peligro grave (art. 159.1 LOUA)

Por último una reflexión :) Qué órgano asume la competencia respectiva en caso de que ésta no venga atribuida expresamente a ningún órgano municipal por la normativa correspondiente?.

La regla general es que , si no viene atribuida específicamente a ningún órgano municipal, la competencia se entiende que es del Alcalde (art. 21.1. s. LBRL y 41.27 RD. 2568/1986 de 28 de Noviembre). Pero es preciso considerar que, cuando la legislación que atribuya la competencia se refiera a “la Corporación”, de modo genérico, hay que interpretar que la competencia es del Pleno municipal - Sentencia del Tribunal Supremo de 16-1-1998 -. Incluso, la jurisprudencia viene admitiendo la validez de los acuerdos competencia del Alcalde, cuando son adoptados con su conformidad por la Comisión municipal - ahora Junta de Gobierno Local - en que éste se integra o incluso del Pleno (STS 23-Nov- 1999 ; 10-7-96 o 26-10-1988 , entre otras.). Este suele ser el “modus operandi” normal de muchos municipios que, ante la inconcreción de cuál sea el órgano competente ante un asunto urbanístico municipal se eleva su resolución al Pleno para evitar una posible impugnación por posible nulidad de pleno derecho motivada en haberse dictado la resolución por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o el territorio - art. 47 Ley 30/92 de 26 de Noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En definitiva , lo dicho , tenemos institucionalmente configurado un Alcalde “fuerte” en los temas urbanísticos.”

Nos referiremos a un ámbito específico, dada la fragmentación referida de las competencias urbanísticas en España que están atribuidas a las Comunidades Autónomas, si bien es extrapolable a otras Autonomías. Este ámbito es Galicia cuya regulación urbanística está representada por la Ley 2/2016, de 10 de febrero, de Suelo de Galicia (LSG) y por su Reglamento de desarrollo aprobado por el Decreto 143/2016, de 22 de septiembre. Vamos a hacer mención a aquellos supuestos susceptibles, a mi juicio, de ser generadores de posibles corruptelas y que los vacíos e indeterminaciones que la regulación legal no parece haber solucionado.

2.3.1. *La falta de transparencia y publicidad en la obtención de documentación*

Constituye un lugar común en la legislación administrativa de los últimos años, así como en su doctrina, hablar de la exigencia de transparencia de la actuación de las Administraciones Públicas y de la necesidad de incrementar la publicidad de sus procedimientos. En tal sentido es de destacar la promulgación de una norma específica de carácter estatal sobre la materia, como es la *Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*³². Es de destacar en dicha norma legal la configuración del derecho a la información pública, considerada en un sentido amplio, como un derecho de carácter universal³³, y la articulación de un régimen sancionatorio considerando las conculcaciones al ejercicio de dicho derecho como una infracción de carácter grave. Sin perjuicio de estimar que la configuración del

³² Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Tal como señala su Exposición de Motivos: “*I. La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.*”

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico.

La presente Ley tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–.”

³³ Artículo 12. Derecho de acceso a la información pública.

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley.

Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica.

Artículo 13. Información pública.

Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

plazo para acceder a la información³⁴ (un mes), parece excesivo en los tiempos actuales, teniendo en cuenta la actual disponibilidad de medios y soportes electrónicos que permiten accesos instantáneos a expedientes y procedimientos, considero especialmente criticable que la negativa a proporcionar información al ciudadano conduzca ineludiblemente a éste a la jurisdicción contencioso administrativa, al no establecer la norma un procedimiento especial en vía administrativa que exija la entrega de la información demandada con el coste que tal remisión a la vía jurisdiccional representa para el ciudadano, y la dilación en los plazos de acceso que tienden a alargarse durante meses e incluso años. Por otra parte, la responsabilidad de los causantes de tales actos no es, en la práctica, objeto de repetición, ni de exigencia por las Administraciones de las que forman parte, generándose una situación de impunidad, y convirtiéndose los derechos establecidos en la ley en meras expectativas o declaraciones de intenciones, cuya lesión no genera consecuencias.

Pero si nos remitimos a la legislación urbanística la situación no mejora. Así, el TRLS de 2015 configura los derechos del ciudadano a la información y participación en la redacción de planeamiento³⁵, a mi entender, de forma en exceso

³⁴ Artículo 20. Resolución.

1. La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver.

Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante.

2. Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. En este último supuesto, se indicará expresamente al interesado que el acceso sólo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo del artículo 22.2.

3. Cuando la mera indicación de la existencia o no de la información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud.

4. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada.

5. Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24.

6. El incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

³⁵ Sobre la conexión derecho a la información, a la participación ciudadana en asuntos públicos y el acceso a la justicia, siquiera en el ámbito medioambiental, el Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 5ª, dice en su Sentencia 23-10-2014: "F.J. Cuarto.- ... A) El Convenio de la Comisión de las Naciones Unidas para Europa (UNECE), sobre "El acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales", adoptado en el marco de la Conferencia Ministerial "Medio Ambiente para Europa" celebrada en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998, y conocido de forma simplificada por "Convenio Aarhus", permite conocer ya a partir de su propia denominación los tres pilares sobre los que se asientan sus prescripciones.// Ratificado por la Comunidad Europea (Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005), las instituciones comunitarias, en el ejercicio de sus competencias, han venido a aprobar distintas normas en su desarrollo y ejecución (reglamentos y directivas), entre las cuales, a los efectos que ahora interesa destacar, hemos de hacer singular referencia a la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas y por la que se modifican las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE.// Asimismo, ratificado por España el indicado Convenio Aarhus, la adaptación de sus prescripciones, así como la transposición de la

genérica y, de nuevo, más como una declaración programática que con el carácter de “*ius cogens*” que estos derechos exigen³⁶. Esta situación se hace especialmente patente si la comparamos con la legislación precedente que, sin tantas alharacas, establecía una regulación detallada y precisa sobre el derecho a la información en materia urbanística³⁷. Pero lo cierto es que tampoco se cumplía. Y es necesario destacar que para luchar contra la corrupción, la premisa inicial ha de partir del acceso a la información sobre las actuaciones urbanísticas, siendo imprescindible la transparencia en el actuar de las Administraciones Públicas. Respecto a la transparencia, como principio informador del actuar administrativo, señala Jiménez Asensio³⁸: “... En efecto, las políticas de buena gobernanza hacen mucho

directiva comunitaria antes mencionada, ha tenido lugar mediante la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, legislación que, como su propia denominación igualmente permite constatar, viene a incorporar a nuestro ordenamiento interno los mismos tres pilares sobre los que se asienta el Convenio Aarhus.// No habiéndose suscitado discrepancia alguna entre nuestra normativa y la normativa internacional y europea de referencia, procede estar ante todo a las exigencias resultantes de la Ley 27/2006. ((Siendo ello así, los derechos reconocidos y garantizados por la Ley 27/2006 quedan perfectamente identificados, se trata del derecho a la información ambiental, el derecho de participación en asuntos de carácter medioambiental y el derecho al acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales, cada uno de los cuales se sujeta a sus propias reglas -no obstante su estrecha conexión funcional- que se encuentran recogidas de modo sucesivo en los respectivos Títulos II, III y IV de la indicada Ley.”

³⁶ R.D.Leg. 7/2015, de 30 de octubre: Artículo 5. Derechos del ciudadano.

Todos los ciudadanos tienen derecho a:

...

530

c) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

d) Ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

e) Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate....

³⁷ *Vid. al efecto la regulación contenida en el Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuyo artículo 164 establecía: “1. La publicidad de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle y Proyectos de Urbanización, con sus Normas, Ordenanzas y Catálogos, se referirá a la totalidad de los documentos que los constituyan.*

2. No podrá impedirse la consulta de los documentos constitutivos de los instrumentos de planeamiento ni aun a pretexto de trabajos que sobre ellos se estén realizando. A tal efecto, los Ayuntamientos deberán disponer de un ejemplar completo de cada uno de los instrumentos de planeamiento destinado exclusivamente a la consulta por los administrados. A dicho ejemplar se deberá incorporar testimonio de los acuerdos de aprobación inicial, provisional y definitiva, debiéndose extender, en los documentos integrantes del correspondiente instrumento de planeamiento, diligencia acreditativa de su aprobación definitiva.

3. La consulta se realizará en los locales que señale el Ayuntamiento interesado. Las dependencias que a tal efecto se habiliten estarán abiertas cuatro horas diarias, al menos. El horario deberá coincidir con el de despacho al público del resto de las oficinas municipales.”

³⁸ Jiménez Asensio, R; “Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia.”. Edit.

hincapié en ese triángulo de nociones o principios : transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas. Pero se olvida por lo común, que esa idea fuerza de buena gobernanza se asienta especialmente sobre la premisa de la integridad, así como que tiene proyecciones más endógenas, como son las relacionadas con los aspectos de eficacia y eficiencia en la gestión pública. Sin el cumplimiento de tales exigencias materiales (que son las que realmente importan: integridad y eficiencia) gobernar se vuelve un verbo vacío de contenido, por mucho que se una proceso transparente y participativo.// ... Bajo esa perspectiva se entiende mejor el sentido o finalidad de la transparencia como herramienta de indudable utilidad para prevenir la corrupción.”

En consecuencia, la transparencia, el acceso a la información, se convierten en requisitos necesarios en el desarrollo de la actividad urbanística de las Administraciones públicas, pero sin que las mismas tengan el efecto taumatúrgico a veces voceado por nuestras autoridades, y siempre entendiéndolas junto con otras exigencias, como la integridad, sin las cuales devienen insuficientes y, a la postre, ineficaces e ineficientes.

2.3.2. La discrecionalidad en la clasificación del suelo.

Uno de los ámbitos donde más supuestos de corrupción urbanística se generan es en el proceso de clasificación y categorización del suelo en el momento de la elaboración de los planes generales de ordenación municipal. Tales posibilidades de corruptelas deriva de lo que se ha denominado, no sin cierto humor negro, “*la lotería del planeamiento*”³⁹. En efecto, no obstante existir jurisprudencia reiterada que establece que la clasificación del suelo depende directamente de los datos de hecho subyacentes, de las características físicas del terreno, lo que se ha dado en llamar “*fuerza normativa de lo fáctico*”, vetándose la discrecionalidad en la clasificación de determinados tipos de suelo como el urbano⁴⁰, lo cierto es que el

Catarata. Madrid. 2017. Páginas 142 y 143.

³⁹ A tal “*lotería del planeamiento*”, como una especie de distribución aleatoria de beneficios y cargas derivada de la clasificación del suelo se refiere nuestra Jurisprudencia en múltiples sentencias; por todas citar la del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sentencia 10-10-2006, que en su Fundamento Jurídico primero la menciona al decir: “...si bien es cierto que conforme al Real Decreto 1020/93 el valor de una finca sujeta a expropiación le es de aplicación dicho coeficiente a efectos fiscales, puesto que es lógico que soporte una cuota menor que las fincas vecinas sin limitación alguna, no es menos cierto que a los efectos de justipreciar su valor no puede admitirse la aplicación de un coeficiente que “penaliza” el valor pues haría cierta aquella expresión de la “*lotería del planeamiento*” con la que se quiebra el principio constitucional de equidistribución de beneficios y cargas;...” Y, el mismo Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sentencia 23-5-2012, en su Fundamento Jurídico primero señala que: “...Se dice también que justifica el acudir al método residual en los siguientes términos recogidos en la sentencia recurrida: “... no se considera aplicable la Ponencia de acuerdo con el reparto equitativo de cargas y beneficios dado que se estaría aplicando un valor de repercusión inferior al del mercado -aunque la ponencia se revisó hace menos de cinco años- pues ello supondría aplicar unos criterios diferentes de valoración a los aplicados a otros solares privados del entorno polígono o municipio por la única razón derivada de la lotería del planeamiento pues le ha correspondido -al aquí recurrente- unos usos públicos de los que sin duda se benefician las fincas vecinas no afectadas.”

⁴⁰ TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 27-4-2017, en su Fundamento Jurídico sexto recoge la doctrina en la materia al señalar que: “*SEXTO.- Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26-4-2012 establecía: “Esta Sala ha señalado reiteradamente que en la clasificación de un suelo como urbano la Administración no efectúa una potestad discrecional, sino reglada, pues ha de definirlo en función de la realidad de los hechos, de*

legislador deja amplios márgenes de discrecionalidad para la clasificación y categorización de los suelos, en especial del urbanizable, lo que posibilita la intervención de criterios exógenos a los puramente normativos, y ajenos al interés público a la hora de realizar tales actos de clasificación y categorización cuya trascendencia económica es inmensa. Pensemos en la simple novación de la clasificación de un suelo de rústico o no urbanizable a urbanizable; su valor se puede multiplicar centenares de veces, lo que a su vez ve reforzado su impacto económico al aplicar el nuevo valor derivado de la clasificación a los miles de metros cuadrados afectados. Esto nos dará una somera idea de los millones de euros que, en una simple operación urbanística, con una alteración de líneas sobre plano, y sin realizar operación económica productiva alguna, pueden generarse por la simple reclasificación de un terreno, lo que en lenguaje coloquial se ha designado con la gráfica expresión de “*pelotazo urbanístico*”.

Veamos ejemplos de este margen de discrecionalidad en la LSG de 2016: El Artículo 17, que se refiere a las categorías de suelo urbano establece en su apartado 1 a):” Los planes generales diferenciarán en el suelo urbano las siguientes

manera que, en base a la situación fáctica que ofrece la realidad en el momento de planificar, debe asignar el carácter de urbanos a todos aquellos terrenos en que concurran de hecho las circunstancias determinadas en la normativa urbanística. Así, en la sentencia de 1 de febrero de 2011 (casación 5526/2006) se señala: "En la reciente STS de 20 de julio de 2010 (recurso de casación 2215/2006) hemos reiterado que "Desde tiempo atrás la legislación urbanística y la jurisprudencia han considerado el de suelo urbano como un concepto reglado limitativo de la potestad discrecional de planeamiento - STS de 27 de noviembre de 2003 (casación 984/1999)-, que parte de la concurrencia de ciertas condiciones físicas tasadas (acceso rodado, energía eléctrica y suministro y evacuación de aguas, o áreas ya edificadas en determinada proporción). Así se reguló en el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el artículo 21 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, aprobatorio del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, y en el artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), este último de carácter básico y aplicable al caso. Se basa por tanto en la "fuerza normativa de lo fáctico", de tal manera que el planificador no puede clasificar como urbano el suelo que carezca de esos servicios urbanísticos, debiendo clasificarlo como tal en el caso de que los tenga. Pero siempre y cuando dichos servicios resulten de dimensiones adecuadas para los usos previstos en el planeamiento y la parcela en cuestión se integre dentro de la "malla urbana" de la ciudad". //En esta misma línea hemos expuesto (SSTS de 3 de febrero y 15 de noviembre de 2003) que "la mera existencia en una parcela de los servicios urbanísticos exigidos en el artículo 78 LS no es suficiente para su clasificación como suelo urbano si aquella no se encuentra enclavada en la malla urbana. Se trata así de evitar el crecimiento del suelo urbano por la sola circunstancia de su proximidad al que ya lo es, pero con exoneración a los propietarios de las cargas que impone el proceso de transformación de los suelos urbanizables... La jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha insistido en la idea de que el suelo urbano sólo llega hasta donde lo hagan los servicios urbanísticos que se han realizado para la atención de una zona urbanizada, y ni un metro más allá (así, en sentencias de 1 de junio de 2000 o 14 de diciembre de 2001); también, en la de que el suelo urbano no puede expandirse necesariamente como si fuera una mancha de aceite mediante el simple juego de la colindancia de los terrenos con zonas urbanizadas (así, en la última de las citadas o en la de 12 de noviembre de 1999); o, en fin, en la de que la mera existencia en una parcela de los servicios urbanísticos exigidos no es suficiente para su clasificación como suelo urbano si la misma no se halla enclavada en la malla urbana (sentencias, entre otras muchas, de 3 de febrero y 15 de noviembre de 2003); se trata así -añaden estas sentencias- de evitar el crecimiento del suelo urbano por la sola circunstancia de su proximidad al que ya lo es, pero con exoneración a los propietarios de las cargas que impone el proceso de transformación de los suelos urbanizables". Pues bien, de acuerdo con la doctrina expuesta es preciso tener en cuenta que habrá que acreditar la irracionalidad de la discrecionalidad o la desviación en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados aplicados para poder concluir la disconformidad a derecho del planeamiento".

categorías, sin perjuicio de lo dispuesto para los planes especiales en el artículo 71.2:

a) Suelo urbano consolidado, integrado por los terrenos que reúnan la condición de solar o que, por su grado de urbanización efectiva y asumida por el planeamiento urbanístico, puedan adquirir dicha condición mediante obras accesorias y de escasa entidad que puedan ejecutarse de forma simultánea con las de edificación.”

En ningún lugar la norma específica lo que se entiende por “obra accesoria” o de “escasa entidad”, ni introduce el mínimo elemento reglado que permita su determinación con parámetros objetivos.

En el mismo sentido de indefinición que posibilita el paso de la discrecionalidad admitida por el ordenamiento a la punible arbitrariedad, y por ende el enriquecimiento injusto e injustificado de quien posibilita una novación clasificatoria sin fundamento “*in re*”, la encontramos en la clasificación del suelo urbanizable, que el artículo 27 de la LSG define como aquel integrado por “... los terrenos que el planeamiento estime necesarios y adecuados para permitir el crecimiento de la población y de la actividad económica o para completar su estructura urbanística.” Con conceptos tan vagos e imprecisos, auténticos “*conceptos jurídicos indeterminados*”, no es de extrañar la conversión de inmensas extensiones de terreno, de meros campos de labor de especies vegetales a fructíferos espacios de producción de edificaciones residenciales. Sería necesario utilizar criterios reglados, objetivos, ponderables, y con base en el interés general, con exigencia de informes de técnicos municipales y autonómicos que informasen expresa y explícitamente el cambio de clasificación motivándola y la justificasen en el pertinente expediente, con el pertinente período de exposición pública y notificación individualiza a personas físicas y jurídicas que pudiesen resultar afectadas, garantizando así realmente la participación ciudadana en los procesos de planificación.

2.3.3. La inexistencia de control funcional en el otorgamiento de títulos habilitantes para intervenir en el suelo.

La autorización de títulos administrativos que habilitan para la intervención en el suelo, en especial las licencias de obras, constituye otro de los nudos gordianos en los que se manifiesta el problema de la corrupción urbanística. Sin embargo apenas se articulan salvaguardas o baluartes para impedir cualquier actuación que pueda ser susceptible de contrariar el ordenamiento jurídico. Véase al efecto la redacción del artículo 143.2 de la LSG regulador del procedimiento de otorgamiento de licencias que sobre el particular establece:

•”2. La competencia para otorgar las licencias corresponde a los municipios, según el procedimiento previsto en la legislación de régimen local. Las peticiones de licencia se resolverán en el plazo de tres meses, a contar desde la presentación de la solicitud con la documentación completa en el registro del ayuntamiento.

Para el otorgamiento de la licencia solicitada serán preceptivos los informes técnicos y jurídicos municipales sobre su conformidad con la legalidad urbanística.”

Obsérvese la redacción utilizado por el legislador en este artículo. Aparentemente el precepto es garantista pues exige, con carácter preceptivo, informes previos al otorgamiento de las licencias, tanto técnico, como jurídicos. Pero un más atento y pormenorizado análisis del artículos nos conduce a conclusiones radicalmente opuestas. El legislador no se preocupa por el

garantismo, lo que pretende en esta y en otras normas de idéntico tenor, a mi entender, es la cobertura formalista del expediente, disponiendo de un informe, al margen de la cualificación e independencia de criterio, muy mediatizada, de quien lo emita. Y esta posición ha tenido respaldo jurisprudencial⁴¹. No otro sentido tiene que los informes nunca tengan carácter vinculante, y aún menos que los mismos sean emitidos por técnicos que no necesariamente hayan de ser funcionarios, lo que posibilita que sean contratados y designados digitalmente por las Administraciones locales, con las graves consecuencias que para la imparcialidad y objetividad del procedimiento puede derivarse de los “informes” de técnicos designados “a dedo”, generalmente, por los propios Alcaldes. Es esclarecedora, a mi entender, la opinión de Ortega Montoro⁴² que dice: “La idea, con un contenido poético indudable, de que el Secretario de Administración Local es una especie de garante de la legalidad y de la comunidad local en su conjunto, y que ejerce a modo de controlador interno de legalidad de las actuaciones municipales, no se corresponde con la realidad de nuestra normativa. Una normativa que progresivamente se ha ido reformando y que se ha dirigido a desapoderar a estos funcionarios, recortándoles el ámbito de sus funciones (la última estocada, hasta el momento, la Ley 57/2003 para los Municipios de Gran Población). Un ejemplo claro se aprecia en su función de asesoramiento legal, también reducida al mínimo.//No puedo dejar de recordar aquí lo que decía la Base 44 de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local: “Los Secretarios (...) están obligados a advertir a las Corporaciones de las manifiestas infracciones legales en que puedan incurrir con sus actos y acuerdos”. De esta genérica advertencia de legalidad ya no queda rastro alguno en el actual régimen de estos cualificados funcionarios.” Pues bien, creo que hay reivindicar la figura de estos funcionarios, y sus clásicas y tradicionales funciones, devolviéndoles sus competencias primigenias, y desvinculando su situación profesional y económica de las Administraciones Locales, de modo que a través de una norma estatal se fijen sus funciones y sus retribuciones, sin que puedan interferir, ni en unas ni en otras las Corporaciones Locales en general, y los Alcaldes en particular. Sólo así, podríamos introducir un elemento de control real de legalidad en los actos de intervención urbanística.

2.4. Conflicto de intereses y corrupción

Íntimamente ligado con la corrupción, y especialmente significativo en el ámbito urbanístico es el tema del “conflicto de intereses”⁴³. Si bien es cierto que sus

⁴¹ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos de 2 de marzo de 2007, estima válido el informe redactado por profesional liberal “... porque si bien es verdad que el arquitecto informante ...no es funcionario municipal en el sentido estricto de la palabra, también lo es, como así lo reconoce el propio técnico y el propio Ayuntamiento, que referido arquitecto presta servicios de asesoría técnica mediante el correspondiente contrato de consultoría en dicho Ayuntamiento, por lo que de ello se deriva que dicho arquitecto en esta materia integra los servicios técnicos municipales”

⁴² ORTEGA MONTORO, R; *Pero el Secretario del Ayuntamiento es realmente Controlador de la Legalidad?*. EL BLOG DE ESPUBLICO. 5 de marzo de 2010.

⁴³ La bibliografía sobre el tema, especialmente en relación con su vinculación con la corrupción, es muy abundante en los últimos tiempos. A título de ejemplo cabe citar: Argandoña, A; *Conflicto de intereses: el punto de vista ético*. Ponencia en la XII Conferencia anual de Ética, Economía y Dirección (Úbeda, 3 y 4 de junio de 2004):

manifestaciones más lejanas en la Jurisprudencia se remontan ya a más de treinta años. Así podemos citar la primera sentencia de la que tenemos noticia en la materia, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia de 21 marzo 1984, cuyo Fundamento Jurídico sexto y séptimo se recogía el supuesto de la denuncia de un arquitecto por quince compañeros donde se comprobó que el recurrente dirigía la colaboración profesional con los demás compañeros según un criterio rotativo que quedó a su libre arbitrio. Se estimaba que tal comportamiento constituía una [F.J. SEXTO] “...infracción manifiesta de lo dispuesto en el art. 4.º, ap. 4.º del Reglamento de los Colegios en el sentido de que ningún colegial que colabore con otro que ostenta cargo oficial puede realizar trabajo que tenga que tramitarse en la oficina de éste o dependa de su inspección. Norma que indudablemente abarca también al que ostenta cargo oficial por no ser congruente que se prohíba sólo al colaborador y no al que propone u origina esa colaboración, y porque según el art. 82 de la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado de 7 febrero «el desempeño de la función pública será incompatible con el ejercicio de cualquier actividad o cargo que impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes de los funcionarios»; declarándose además en el art. 83, regla 2.ª que el funcionario no podrá ejercer actividades profesionales o privadas, bajo la dependencia o al servicio de otras entidades o particulares en los asuntos en que esté interviniendo por razón del cargo, ni en los que estén en tramitación o pendientes de resolución de la oficina donde el funcionario estuviese destinado o de que dependa. Y de todo lo actuado deriva como evidente que el

www.researchgate.net/publication/228434052_Conflicto_de_intereses_el_punto_de_vista_etico; Fernández Mallol, A.L.; *La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno*. En Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época, ISSN-e 1989-8975, N.º 2, 2014; dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=481630; Folguera Fondevila, R; La fiscalización de los conflictos de interés. En Auditoría pública: revista de los Organos Autónomos de Control Externo, ISSN 1136-517X, N.º 70, 2017, págs. 97-103; dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6239925; López Laguna, F. Mª; *La prevención de los conflictos de intereses y su tratamiento en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la administración general del estado*. En: R.I.T.I. n.º 3 Enero-Abril 2017: revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/04/Flor-M%C2%AA-L%C3%B3pez-Laguna.pdf; Medina Arnáiz, T; *La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción. las obligaciones que nos llegan desde Europa*. En: Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, N.º Extra 104, 2, 2016 (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción política), págs. 77-113. dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5552896; Pérez Vera, E; *Ética frente a corrupción la reciente experiencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco*. En: Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, ISSN 2173-6405, N.º 9, 2015, págs. 42-55. En: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5292464; *Ponencias del VIII Seminario de contratación pública en Formigal "Nuevos escenarios para la contratación pública: la transposición en España y la nueva Gobernanza"*; www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1229/recategoria.118/reلمenu.2/chk.ed09ff4c99ea6d921dd23e6101d45450; Ríos Labbé, S; *Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. Informe Final. Prevención de la corrupción en la planificación territorial*. En Revista de Derecho, ISSN 0716-9132, Vol. 28, N.º 2, 2015, págs. 267-269; dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5317631.

recurrente infringió esas prohibiciones, de cuyas consecuencias disciplinarias no le exonera que el Ayuntamiento en que presta sus servicios haya cometido también infracciones de la misma clase, en cuanto indebidamente permitió al recurrente que sin dejar de ser Arquitecto Municipal pudiera ejercer libremente la profesión, en contra del criterio expresamente expuesto de la Comisión de Depuración Profesional (folio 6 y siguientes del expediente); así como tampoco le exime de responsabilidad que su trabajo se efectuase durante más de un año según el convenio de 5 agosto 1964 celebrado entre doce arquitectos en la Subdelegación de Gijón, ya que esta anómala actuación fue después sancionada por la susodicha Comisión (folios 149 y siguientes del expediente) sin perjuicio de la mayor sanción que correspondía al recurrente.// Septimo: Que la sanción impuesta al recurrente es la procedente a tenor del art. 39,5 de los Estatutos de los Colegios de Arquitectos de 13 junio 1931, por transgresión prevista en el art. 15, cap. 2.º, del Reglamento de las normas de actuación profesional, habiendo infringido además el Reglamento de normas deontológicas de actuación profesional de 22 noviembre 1971 en sus normas contenidas en los arts. 25 a 33, normas todas ellas aplicables al supuesto debatido en este recurso, en cuanto que de una forma expresa el párr. 1 del art. 39 de los Estatutos profesionales hace consistir el apartamiento sancionable de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión no sólo en la infracción de los mismos estatutos sino también de lo contenido en otros Reglamentos, entre los que en este caso figuran el citado de normas de actuación profesional y el de normas deontológicas de la misma profesión. ...” Es decir, se establecía aquí que una infracción de las normas deontológicas era sancionable y punible. En el mismo sentido, pero con mucha mayor concreción, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 22 de diciembre de 1986 establecía que: “... el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares de 16 de abril de 1980 dice que "La participación en la redacción del planeamiento engendra incompatibilidad para los trabajos que se dirán, desde la fecha del encargo formal o adjudicación que se hubiera hecho hasta transcurridos dos años desde el último acto administrativo que hubiese recaído sobre el correspondiente Plan y siempre desde la cesación de servicios del autor y referidos en todo caso al respectivo ámbito del planeamiento, con las siguientes aclaraciones... b) Se entiende como regla general que la actuación del técnico autor del Plan cesa con la aprobación provisional, fecha a partir de la cual cuenta el plazo de dos años. En el caso de que por acuerdo del órgano encargado de la aprobación definitiva se ordenase la subsanación de deficiencias se entenderán como último acto administrativo el de la aprobación definitiva"; y en manera alguna puede sostenerse que la incompatibilidad afecta solamente cuando se ha participado en "la redacción del planeamiento", en el sentido de "participación en la redacción de un Plan General", o cuando se está en presencia de una "modificación del mismo" - artículo 49 de la Ley del Suelo, o de una "revisión del Programa de Actuación Urbanística" - artículo 48 de la misma-, o de "una adaptación del Plan General vigente" - Disposición Transitoria 1.a del Texto Refundido de la Ley en conexión con el Real Decreto-ley de 16 de octubre de 1981 -, y ello, es decir, el rechazo de esta tesis, no sólo porque también se está en presencia de un encargo relativo a la adaptación del Plan a la nueva normativa, tal y como queda expresado, sino porque también, aunque se tratase solamente de una mera rectificación, sin participación anterior en el planeamiento, la incompatibilidad regiría igualmente, ya que la "ratio legis" del precepto es clara: asegurar un determinado nivel de ética profesional, revistiendo al profesional de

prestigio y decoro que lleve confianza a los administrados en el sentido de que los intereses públicos no serán desvalorizados en beneficio de los privados; ...; y es que, en definitiva, estas normas tienen como base la razón deontológica de procurar que el ejercicio de la profesión se mantenga en el más alto nivel de prestigio moral y objetividad técnica, impidiendo situaciones de colisión entre el desempeño imparcial de la función de trascendencia pública y el servicio de intereses particulares destinados a ser sometidos al control de un organismo oficial, las cuales llegarán necesariamente a producirse si en ambas esferas de actuación interviene la misma persona, porque las actividades con posibilidad de incompatibilidad, aun admitiendo que no se utilizarán ilícita mente y que la honestidad del profesional no se ponga en duda, siempre son susceptibles de recelo en ja conciencia colectiva. ...”

En resumidas cuentas, un “conflicto de intereses” tiene lugar “... en cualquier situación en que un interés interfiere o puede interferir con la capacidad de una persona, organización o institución para actuar de acuerdo con el interés de otra parte, siempre que aquella persona, organización o institución tenga una obligación (legal, convencional, fiduciaria o ética) de actuar de acuerdo con el interés de la otra parte.”⁴⁴

Estos conflictos son susceptibles de ligazón con problemas de corrupción, máxime en el ámbito urbanístico, entre técnicos y jurídicos que realizan actividades en el ámbito e la profesión liberal y los técnicos y jurídicos municipales, o con autoridades con competencias decisorias en materia urbanística. Para prevenir conflictos, cabe adoptar medidas disuasorios preventivas, como puede ser la abstención o recusación; en este sentido, y con base en las recomendaciones de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* se tiende a configurar la gestión de los conflictos de intereses como instrumento para prevenir situaciones de riesgo, real o aparente, y evitar que deriven en conductas corruptas. Cuando estos controles preventivos fallan, parece preciso que, con carácter ulterior, se establezca un régimen sancionatorio, mediante la fijación de sanciones tipificadas legal y deontológicamente y que prohíban conductas colusorias y que pongan en riesgo la imparcialidad e integridad de las Administraciones Públicas.

En este sentido creo significativa la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13-11-2009, siquiera referida a cuestiones financieras, pero en cuyo Fundamento Jurídico tercero se señala que: “... *El fortalecimiento de las obligaciones de transparencia y de las normas de conducta para prevenir conflictos de interés se ha revelado un medio más eficaz para proteger a los inversores que la imposición de restricciones a las posibilidades de actuación financiera de las IIC...*” La incidencia pues, por parte de las Administraciones, en proscibir conductas que puedan generar conflictos de interés parece fundamental para limitar la corrupción.

2.5. Posibles medidas contra la corrupción.

La lucha contra la corrupción constituye hoy una preocupación fundamental de los Estados occidentales que se refleja en múltiples iniciativas, tanto a nivel normativo, como organizativo. En este último apartado es de destacar la creación

⁴⁴ Argandoña, A; “*Conflicto de intereses: el punto de vista ético. Ponencia en la XII Conferencia anual de Ética, Economía y Dirección*”. Op. cit.

de Oficinas o Agencias antifraude, como unidades diseñadas en el seno de las Administraciones con la específica función de promover la transparencia y desarrollar la lucha contra la corrupción⁴⁵. Es de destacar en el ámbito internacional la creación del *Grupo de Estados contra la Corrupción* (GRECO), que es un órgano del Consejo de Europa para mejorar la capacidad de los estados miembros en la lucha contra la corrupción. Fue creado el 1 de mayo de 1999 por 17 países europeos y actualmente está formado por 49 Estados. Ha adoptado en su setenta reunión plenaria (4 de diciembre de 2015, publicada el 5 de febrero de 2016) en la Tercera Ronda de Evaluación el *Segundo Addendum al Informe de Cumplimiento de España en materia de investigación* (regulado en Criminal Law Convention on Corruption) y *de transparencia en la financiación de partidos políticos y campañas electorales* (regulado en la *Recommendation Rec (2003) on Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns*). GRECO concluye que, de las quince recomendaciones realizadas a España, once se han aplicado satisfactoriamente o se traten de manera satisfactoria. Las cuatro recomendaciones restantes se han aplicado parcialmente. GRECO “*se complace con el compromiso adoptado por parte de España para solventar las deficiencias técnicas existentes en su legislación penal y adecuarlas a las disposiciones contempladas en la Convención Penal sobre Corrupción y su Protocolo Adicional cuando España las ratificó*”. Con la aprobación de este *Segundo Addendum al Informe de Cumplimiento* finaliza la Tercera Ronda de Evaluación a España tras haber cumplido las recomendaciones de GRECO.

En el ámbito de la Unión Europea⁴⁶ se ha creado la *Oficina Europea de Lucha contra el Fraude* (OLAF, *Office de Lutte Anti-Fraude*)⁴⁷, y, surgen a nivel autonómico en España una serie de Oficinas (Cataluña, Valencia, Islas Baleares, etc.), siendo importante también en esta labor los Tribunales de Cuentas autonómicos.

La actuación de prevención y combate de la corrupción ha generado múltiples propuestas, muchas de las cuáles parecen más deudoras de su carácter mediático que de pretender atajar el problema de la corrupción⁴⁸. Quisiera hacer

⁴⁵ En relación con estas unidades, cuyo más antiguo precedente lo constituyen la Oficina de Investigaciones de Prácticas Corruptas de Singapur (CPIB), creado en la década de 1930, y la Comisión Independiente Contra la Corrupción de Hong Kong (ICAC), creada en 1973, vid. Ponce Solé, J; Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo; R.I.T.I. n° 3; enero-abril 2017.

⁴⁶ Sobre medidas anticorrupción y regulación normativa en el seno de la Unión Europea, vid. FUERTES, M; “*Combatir la corrupción y legislar en la Unión Europea*.” Edit. Marcial Pons. Madrid. 2015. En el opúsculo se analiza específicamente la actuación, regulación, resultados y posibilidades de reforma de la OLAF.

⁴⁷ La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude se creó en 1999. Se le asignaron competencias para investigar el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal perjudicial para los intereses financieros de la Comunidad Europea. Entre 2010 y 2017, la OLAF, ha llevado a cabo más de 1.800 investigaciones, ha recomendado la recuperación de más de 6.600 millones de euros para el presupuesto de la U.E, y ha emitido más de 2.300 recomendaciones para que las autoridades competentes de los Estados miembros y la UE tomaran medidas judiciales, financieras, disciplinarias y administrativas.

⁴⁸ En relación con medidas de carácter jurídico de combate contra la corrupción, vid. Villoria Mendieta, M; Gimeno Feliú, J. M^a, y Tejedor Bielsa, J; (Directores); “*La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*”. Edit. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2016. Sobre remedios a la corrupción del urbanismo, Tejedor Bielsa señala: “*Como los problemas las soluciones ha de ser sistémicas, partir de una nueva concepción del modelo de urbanismo vigente en España y, sobre tal base, de la introducción de mecanismos preventivos de control y represivos adecuados y eficaces. No faltan propuestas doctrinales como las de Capdeferro, que plantea la*

una aportación personal al posible elenco de medidas a adoptar. Pero he de partir de que no creo en las medidas publicitarias, ni en las grandes declaraciones de intenciones que difunden soluciones radicales, ni en eventuales remedios totalizadores que prescinden del marco jurídico en vigor⁴⁹. Creo en medidas que pueden llevar a cambiar, progresiva y paulatinamente, siquiera con carácter parcial, la situación en la que nos encontramos. La corrupción como tal, como todos los vicios y delitos, como la maldad, no es susceptible de total erradicación, pero sí puede mitigarse y puede reducirse a una mera patología del sistema. Así, a mi entender cabría articular las siguientes medidas:

1^a. Creación de una cultura, de una “ética” de la integridad en las Administraciones Públicas. Es necesario afianzar valores corporativos. Se ha de proporcionar a las Administraciones una posición central en la defensa de los valores cívicos que representan el interés general. Creo fundamental el papel de los medios de comunicación que deben difundir e impulsar la defensa de tales valores, y que han de realizar una pedagogía preventiva, ubicando en sus justos términos, como el delincuente que es, a todo el que realiza prácticas corruptas. Y destacando que el corrupto defrauda al interés general, perjudica los servicios públicos, atenta contra el sistema democrático, y genera notorios daños a la sociedad en su conjunto y a todos los ciudadanos que la integran.

2^a.- Formación en valores y conocimiento a los responsables de las administraciones y a los empleados públicos con competencias en materia de urbanismo. Sin una formación ética adecuada, sólida, sin la integridad y honradez que debe caracterizar la actuación de la autoridad y del empleado público, es imposible no ya erradicar, sino tan siquiera mitigar la corrupción. El elemento humano es la base en la lucha contra la corrupción. Los partidos políticos debieran adoptar medidas para la adecuada elección de sus representantes que, por definición no siempre han de ser cooptados entre los más sumisos y serviles al líder de turno, y debieran de disponer de cierta formación (real, no inventada), y de medios de vida propios y estables, al margen de la política, antes de iniciar la prestación de funciones públicas. La política no debe de ser un medio de vida para quienes carecen de cualquier otro recurso. Y los empleados públicos debieran de tener una auténtica carrera profesional, un verdadero “*cursus honorum*”, en el que derecho premial⁵⁰ (mediante distinciones, promoción, etc.), reconociese a quien

necesidad de identificar y gestionar permanentemente los riesgos de corrupción urbanística, el ejercicio de la disciplina urbanística por administraciones supramunicipales, impulsar medidas cautelares en sede judicial, reforzar la intervención de los funcionarios habilitados de carácter nacional y reforzar la formación ética de cuadros; o Ramallo, ya preventivas reducción de la discrecionalidad, régimen de valoraciones de suelo, refuerzo de la función pública urbanística y de la evaluación ambiental estratégica de planeamiento), de control (en su triple vertiente legal, política y social), impulsando la participación, la transparencia y la colaboración interadministrativa) o sistémicas, entre las que destacar especialmente la implantación de una nueva cultura de la planificación sostenible para la gobernanza urbana.” Op. cit. Páginas 330 y 331.

⁴⁹ Dice el profesor italiano Marafioti que en la sociedad italiana va calando la idea de que no hay que poner límite alguno a la búsqueda de la corrupción: “*Como la corrupción es tan difusa como opaca, en la lucha contra un fenómeno criminal tan odioso no caben consideraciones de naturaleza garantista. La mejor opción es que todos los corruptos sean arrasados por el tsunami judicial.*” Marafioti, L; “*En busca de la corrupción oculta. Límites a la investigación en Italia en el marco de las garantías individuales*”, en “*Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad de intimidad*”. Jarreño Leal, A; y Doval País, A; (Directores). Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. 2015. Páginas 199 y 200.

⁵⁰ No parece descabellado crear en la función pública una Orden similar a la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, que en el ámbito castrense tiene por finalidad recompensar

hubiese actuado diligente y limpiamente durante la prestación de sus funciones públicas a lo largo de toda su vida profesional.

3ª.- Es preciso reforzar la formación de jueces y fiscales, y favorecer la cooperación entre estos últimos y las Administraciones públicas en los procedimientos sancionatorios y de reposición de la legalidad.

4ª.- Se necesitan instituciones independientes que permitan garantizar la legalidad urbanística al margen del ejercicio de la potestad sancionatoria en el ámbito municipal, condicionado a veces por la inmediatez de las relaciones vecinales. En este sentido parece interesante la experiencia de instituciones como la “*Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de la Comundiad Autónoma de Galicia*” (APLU), que es en realidad un consorcio entre la Administración autonómica y las entidades municipales que, voluntariamente se asociación con aquella, delegando el ejercicio de competencias disciplinarias en materia urbanística en determinadas clases de suelo.

5ª.-La publicidad y la transparencia deben ser reales, no declaraciones para la galería. Me parece más garantista la regulación antes trascrita en materia de publicidad del Reglamento estatal de Planeamiento Urbanístico de 1978, que la actual, y algo altisonante, normativa de transparencia. Por otra parte, en pleno siglo XXI, con acceso instantáneo a la documentación vía electrónica, los plazos de acceso a la información no pueden fijarse por meses, sino que, a lo sumo, debieran de bastar unos pocos días, sin perjuicio del acceso inmediato en red de la información de interés en materia urbanística. Además, todo incumplimiento en materia de acceso a la información debiera abrir, para su valoración, la posibilidad de su comunicación inmediata a la fiscalía que habría de actuar de oficio, al menos, reclamando noticias sobre el motivo de la denegación de la información solicitada.

540

6ª.- Los elementos discrecionales en la determinación de la clasificación y categorización del suelo debieran ser minorados, e introducirse elementos reglados en la clasificación de todo tipo de suelos. Además los informes sectoriales, y los informes de los técnicos debieran ser de preceptiva emisión, sin que quepa el empleo de la técnica del silencio positivo para sustituirlos.

7ª.- Ha de garantizarse la participación real y efectiva en el planeamiento de los ciudadanos y de las corporaciones y asociaciones, y exigirse una real información pública antes de la aprobación inicial de los planes, reintroduciendo la figura de los “avances”. Por otra parte, los planes deben de ser aligerados de su carga burocrática, teniendo más un carácter estratégico que prescriptivo, y debiendo configurarse más como actos masa que como normas, insusceptibles de recurso, y cuya nulidad de uno de sus elementos determina la de la totalidad del plan con las perjudiciales consecuencias que a la seguridad jurídica tal situación produce.

8ª.- En todas las licencias debieran intervenir los secretarios municipales, y los técnicos municipales que habrán de ser funcionarios. No es admisible que técnicos y profesionales no empleados públicos estables emitan informes en materia urbanística que constituye una potestad pública.

y distinguir a los Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales del Ejército de Tierra, de la Armada, del Ejército del Aire, de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil, por su constancia en el servicio y la intachable conducta. Así, por Real decreto 1189/2000, de 23 de junio, se premia la intachable conducta de quien lleva veinte años de servicio sin mácula en su expediente.

9º.- Regulación de los conflictos de interés, y articulación de normativa deontológica cuya conculcación debiera tener consecuencias sancionatorias para quienes infrinjan dichas normas.

10ª.- Intervención de las Administraciones autonómicas o estatal, controlando la legalidad de los actos locales cuando la infracción sea manifiesta, facultad de la que ya disponen actualmente ambas administraciones, pero que jamás ejercitan por una mal entendida interpretación de la autonomía (cuasisoberanía) municipal.

11ª.- Articulación de procedimientos jurisdiccionales específicos para juzgar a quienes están implicados en procesos de corrupción, especialmente cuando se trata de autoridades, pudiendo servir de modelo el proceso de protección de los derechos fundamentales. Atribución a las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, descargadas en este momento de trabajo, de estos procesos, y eliminación de fueros especiales.

3. Conclusiones

Los sistemas democráticos occidentales, tanto en Europa, como en América, parecen sufrir crisis de legitimidad con el auge de populismos extremistas, que cada día ensombrecen más las perspectivas de convivencia y desarrollo armónico de las sociedades regidas por aquéllos. Y aquí juega un papel, deslegitimador, fundamental la corrupción. Los sistemas democráticos son considerados débiles y faltos de integridad. En la década de los años treinta del pasado siglo XX tal situación abrió el paso a los totalitarismos, a la confrontación, y en última instancia desencadenó situaciones bélicas de trágicas consecuencias. El fenómeno de la corrupción debe ser inmediatamente atajado. Debe aflorar. Y ha de eliminarse, lo que parafraseando a Hanna Arendt, constituye una “banalización de la corrupción”. No es un problema banal. Es un problema crucial de las democracias actuales. Es un problema que llega a afectar al Estado de bienestar. Y para solucionarlo no caben, ni soluciones radicales, ni inmediatas. Se necesitan soluciones racionales, medidas, jurídicas, y también políticas públicas adecuadas. Y es necesario que los culpables respondan. Como señala Michael Johnston en *“Las consecuencias políticas de la corrupción”*, *“La razón fundamental por la que la corrupción continúa medrando en la generalidad de los estados es porque los de arriba no terminan de responder ante los de abajo”*. El urbanismo, es un ámbito proclive a tales prácticas. El crecimiento de la corrupción es aquí particularmente nefasto, y prácticamente irreversible, dada la naturaleza de los procesos urbanísticos, afectando decisivamente la vida de los ciudadanos durante décadas. Se hace imprescindible una lucha efectiva que suponga una modificación de las organizaciones públicas, y la participación real de la sociedad en la erradicación de estas prácticas. En otro caso el daño a la sociedad tenderá a ser irreversible.

Lo stretto legame tra il crimine di corruzione e inefficienza della Pubblica Amministrazione in Polonia: una questione storica ancora irrisolta

di Francesca Rossi

Abstract: The close link between the corruption crime and the inefficiency of the Public Administration in Poland: a long-standing issue to be resolved – The present article aims to provide a comprehensive survey on the delicate issue of corruption in Poland focusing on its diffusion within the public administration. The Criminal Code and the Civil Service Act are supposed to be the primary means to fight corruption, but the Polish system has established new measures with due regard for the international recommendations. The paper analyses both the most significant traditional tools and the innovative ones to find out the reasons why corruption still remains a severe concern in Poland despite its comprehensive legislative framework.

Keywords: Poland; Corruption; Bribery.

1. Il reato di corruzione nella storia dell'ordinamento polacco e della sua giurisprudenza

In Polonia la corruzione è ancora un fenomeno ampiamente diffuso e profondamente radicato nelle istituzioni e nella società nonostante il quadro normativo risulti sostanzialmente in linea con gli standard internazionali.

Le ragioni di tale resistenza sono legate al particolare ruolo storico interpretato dalla corruzione nelle varie fasi politiche attraversate dal Paese fin dai 123 anni di dominio straniero¹, quando aveva avuto l'utilità di indebolire e controllare l'amministrazione gestita dalle forze occupanti.

Ancor di più, negli anni del socialismo la corruzione ebbe modo di raggiungere l'apice della diffusione non essendo definita e combattuta come reato e trovando terreno fertile nell'estremo accentramento del potere².

Il crimine della corruzione comparve, infatti, per la prima volta al termine della transizione democratica e venne inserito nel nuovo Codice Penale emanato il 6 giugno del 1997.

Relativamente al settore pubblico, la disciplina penale non fornisce direttamente una definizione generale di corruzione ma questa deve essere estrapolata attraverso la lettura combinata degli articoli 228 e 229 dai quali si evince che l'atto corruttivo si concretizza ogni qual volta vi sia una persona che

1 Dal 1795 al 1918 il territorio della Polonia fu spartito tra i tre Imperi di Austria, Prussia e Russia.

2 J. Itrich-Drabarek, *Civil Service in Poland: Theory and Experience*, Peter Lang GmbH - Internationaler Verlag der Wissenschaften, Francoforte sul Meno (2015), p. 45 – 51.

nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche accetti un vantaggio finanziario o personale, o accolga la promessa di ottenerlo, impegnandosi a fornire un favore ad una seconda parte dalla quale proverrebbe la proposta di scambio.

Il legislatore ha quindi accolto l'interpretazione binaria della responsabilità del reato riconoscendo tanto la corruzione passiva quanto quella attiva e quindi la colpevolezza sia del corrotto che del corruttore.

Nello specifico, l'articolo 228 si occupa della corruzione passiva perpetrata da un agente pubblico così come definito dall'articolo 115 comma 19 dello stesso Codice Penale³ nel quale sono comprese le cariche elencate dal comma 13 dello stesso articolo dedicato all'elenco dei funzionari pubblici.

Tale identificazione non è sempre pacificamente accolta e non sono rari i casi in cui i giudici di appello sospendono il giudizio di merito per mancata sussistenza del reato poiché l'atto sarebbe stato compiuto da un pubblico agente non rientrante nell'elenco tassativo del comma 13. Di recente la Camera Penale della Corte Suprema ha perso l'occasione di dirimere definitivamente la questione occupandosi di un ricorso presentato dalle parti soccombenti contro la decisione del giudice d'appello di sospendere il procedimento di merito per mancata sussistenza del reato in quanto la funzione del corrotto non era stata riconosciuta come pubblica. La Corte ha concluso⁴ ritenendo la funzione dell'imputato pertinente alla disposizione dell'articolo 228 non in quanto pubblico agente ai sensi del comma 19 ma come funzionario pubblico a norma del punto 7 del comma 13 come stabilito dall'articolo 711 della legge 104 del 2006⁵.

La colpevolezza in caso di corruzione dipende anche dall'accoglimento positivo di un vantaggio, o della sua promessa, di natura finanziaria o personale. Nel primo caso si tratta di benefici, economicamente quantificabili, che soddisfino determinate necessità. Rientrano in questa categoria non solo i beni meramente materiali ma anche contratti, concessioni di prestiti, cancellazione di debiti, donazioni o altri diritti di proprietà. Nella normativa polacca non è definito un valore minimo per classificare un bene materiale come strumento di corruzione e si considera, quindi, reato qualsiasi elargizione atta a migliorare la situazione del ricevente. In realtà il comma 5 dell'articolo 228 stabilisce una pena aggravata da due a dodici anni di reclusione qualora il beneficio ecceda un "valore significativo" valutato come il valore del salario minimo moltiplicato per duecento⁶.

I vantaggi personali, invece, sono di vario genere e comprendono qualsiasi tipo di beneficio di natura diversa da quella economica e capaci di migliorare la posizione di chi lo riceve come, ad esempio, raccomandazioni per una precisa posizione o la cancellazione di dati compromettenti.

In virtù di ciò, l'articolo 228 afferma al comma 1 che qualora il pubblico

3 Article 115 § 19: "A person performs a public function is a public officer, Member of the Municipal Council, a person who is employed in an organizational unit, complete with public funds, unless it performs only service activities, as well as any other person to whom the rights and obligations of public activities are specified or recognized by law or binding international agreement the Republic of Poland".

4 Corte Suprema (Sąd Najwyższy), sentenza I KZP 19/14.

5 Journal of Laws of 2006 No. 104, item 708.

6 T. Konopka, *Poland*, in *The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review - Edition 6*, Mark F Mendelsohn, (2017).

ufficiale sia colpevole di aver accettato un beneficio o la promessa di ottenerlo rischierà dai sei mesi agli otto anni di reclusione. Tuttavia, al comma 2, sono previste delle attenuanti nel caso in cui il reato non sia di grave entità, ovvero se non costituisca un danno particolarmente rovinoso per la comunità.

Il comma 3 dello stesso articolo, invece, statuisce la pena da uno a dieci anni di detenzione quando il comportamento del pubblico ufficiale, da tenere affinché lo scambio per cui si è ottenuto un beneficio si realizzi, sia esso stesso in contrasto con la legge.

La stessa pena è prevista anche al comma 4 per il caso in cui il funzionario pubblico renda il compimento di un suo dovere ufficiale dipendente dal ricevimento di un beneficio o dalla sua promessa.

La disciplina si completa, poi, con i cinque comma dell'articolo 229 che seguono specularmente quanto statuito dai commi 1,2,3,4 dell'articolo 228 riferendosi, però, alle sanzioni relative al crimine di corruzione attiva. In questo caso, colpevole del reato sarà colui che provvederà, o prometterà di provvedere, all'elargizione di un beneficio finanziario o personale ad una persona che, nell'esercizio della sua funzione pubblica, possa apportargli un vantaggio. In adempimento agli obiettivi espressi nella Convenzione Anti-Corruzione dell'OCSE⁷ tramite una legge del 9 settembre del 2000 è stato, poi, aggiunto il comma 6 dell'articolo 228 e il comma 5 dell'articolo 229⁸ relativo alla corruzione di un funzionario pubblico straniero.

Non sono stati molti i procedimenti avviati, e ancora meno quelli giunti a verdetto definitivo, relativi al crimine di corruzione di un funzionario pubblico straniero ma di recente, invece, è stato avviato un caso particolarmente interessante e diversamente implicante una parte straniera. Si tratta dello scandalo della filiale polacca dell'*Harvett Packard* dalla quale sarebbero stati elargiti in materiali e denaro più di 600.000 dollari ad un funzionario pubblico per garantirsi la vittoria di una gara d'appalto per rifornire la sede centrale della Polizia di materiale informatico di ultima generazione. Le indagini condotte dall'Agenzia Centrale Anti-Corruzione (*Centralne Biuro Antykorupcyjne* – CBA), un'agenzia istituita *ad hoc* nel 2006, in collaborazione con l'FBI portarono all'apertura del caso presso la Corte distrettuale di Varsavia nei confronti del maggior indagato nel giugno del 2015. Il 16 febbraio 2016 è stata, poi, emessa la sentenza definitiva per l'accusato di corruzione passiva condannato a 4 anni e mezzo di detenzione, al pagamento di una penale e alla restituzione di tutti i beni. L'importanza di tale caso deve essere individuata nella pacifica accettazione della competenza della giustizia polacca nell'avviare un procedimento relativo al reato di corruzione anche nel caso in cui la parte corruttrice, pur agendo tramite attori nazionali, sia estera⁹.

Tornando alla normativa va considerata la mancanza di espliciti riferimenti ad eventuali intermediari ma la giurisprudenza è sempre stata d'accordo nel ritenere valida la disposizione generale dell'articolo 18 comma 1 dello stesso Codice Penale per il quale è responsabile di un reato anche chi lo commissiona, senza compierlo

7 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Parigi, 17 dicembre 1997.

8 Journal of Laws of 2000 No 48, item 548.

9 T. Konopka, op. cit.

materialmente, o ne trae comunque vantaggio. Da quest'ultima possibilità, in particolare nel caso di corruzione, vengono esclusi tutti i terzi ai quali il compimento del crimine porta ad un miglioramento della propria situazione se ciò avviene a loro insaputa.

Oltre alle parti agenti, deve essere verificato che l'atto sia propriamente corruttivo ovvero se esista una connessione tra il beneficio e la funzione pubblica svolta dall'ufficiale corrotto. Ad esempio, si tratterà di corruzione l'elargizione di vantaggi economici o personali volti al fine di far intervenire l'ufficiale a cui sono stati offerti per fermare una decisione sfavorevole al corruttore o per farne approvare una favorevole.

In questo senso la giurisprudenza si è espressa attraverso la sentenza IV K 740/16 emessa dal IV dipartimento penale del Tribunale distrettuale di Varsavia nella quale i giudici ricordano che il reato di corruzione è tale se perpetrato nella piena consapevolezza del corruttore. In altre parole, quest'ultimo deve essere a conoscenza della funzione pubblica esercitata da colui al quale sta elargendo o sta promettendo un determinato beneficio pur non dovendo necessariamente conoscere la reale capacità di influenza del corrotto¹⁰. I doni devono, quindi, essere palesemente destinati, nelle intenzioni del corruttore, all'acquisizione di un vantaggio o alla rimozione di una situazione sfavorevole.

La disciplina penale in materia di corruzione prosegue con gli articoli 230 e 230a impostati come i due sopracitati e prevedenti le stesse sanzioni rispettivamente per la corruzione passiva e attiva. La differenza è rappresentata dal ruolo svolto dal corrotto che secondo l'articolo 230 deve essere, in questo caso, in una posizione di intermediario con attribuite funzioni decisionali all'interno di istituzioni nazionali, locali o internazionali o presso organizzazioni nazionali o internazionali che abbiano comunque accesso a fondi pubblici.

Infine, sempre relativamente alla corruzione all'interno dell'amministrazione pubblica, il Codice Penale disciplina all'articolo 231 la fattispecie dell'abuso di potere. Si tratta di un reato compiuto dal pubblico ufficiale ogni qual volta questo, approfittando della propria posizione o non adempiendo alle sue funzioni, agisca contro l'interesse pubblico o di privati. La sanzione prevista dal primo comma stabilisce una pena fino a tre anni di reclusione. Il secondo comma, invece, aumenta il periodo di pena da un anno a massimo dieci nel caso in cui a tale azione ai danni di terzi corrisponda anche un vantaggio economico o personale del funzionario.

Un ultimo ed essenziale elemento della disciplina penale relativa alla corruzione riguarda la natura e l'individuazione del bene tutelato che, anche in questo caso, non è data esplicitamente dal Codice Penale ma è facilmente deducibile considerando le finalità della norma. In questo senso è chiaro come il primo obiettivo sia quello di garantire un funzionamento adeguato e corretto dell'amministrazione e dello Stato e di conseguenza il bene tutelato potrà intendersi come il dovere alla fedeltà della Repubblica Polacca e della cosa pubblica così come sancito dall'articolo 82 della Costituzione. In realtà, però, il bene tutelato potrebbe essere anche costituito dal diritto ad un pari trattamento da parte del potere pubblico che l'articolo 32 della Costituzione garantisce a tutti i cittadini dal momento in cui la corruzione crea un

10 Tribunale Distrettuale di Varsavia, IV dipartimento penale (Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie), sentenza IV K 740/16.

vantaggio esclusivo per una parte a discapito della comunità la quale, spesso, subisce anche un danno economico.

Per completezza, infine, è doveroso ricordare che il Codice Penale affronta anche la corruzione elettorale, tra creditori e, a seguito di due aggiornamenti legislativi, anche quella relativa al settore privato e allo sport.

2. La lunga storia normativa della Pubblica Amministrazione, tra politicizzazione e burocratizzazione, come spiegazione per la diffusione e la radicalizzazione del fenomeno corruttivo e la sua accettazione da parte dell'opinione pubblica

La poca efficienza del settore pubblico, caratterizzato da un alto livello di politicizzazione e dalla subordinazione agli interessi dei diversi gruppi dirigenti, è determinata dalla frammentata regolamentazione relativa alla funzione pubblica sviluppata negli ultimi anni e da una peculiare struttura ereditata dal passato.

Una prima legge in materia di organizzazione dei lavori e dell'impiego all'interno dell'amministrazione era stata tentata nel 1922 e, senza produrre rilevanti risultati, restò in vigore fino al 1974 quando in pieno regime socialista la funzione pubblica perse la sua specialità e venne inquadrata nel Codice del Lavoratore del 1974¹¹.

Solo nel 1982, all'alba della democratizzazione, fu varata una prima legge sul pubblico impiego¹² la cui portata innovativa non arrivò comunque a modificare aspetti fondamentali quali il sistema di reclutamento, le promozioni, le retribuzioni, la preparazione e le competenze richieste e aveva lasciato il sistema caratterizzato da una bassa efficienza, da una tendenza ad operare al di fuori della legge e dalla quasi totale mancanza di imparzialità¹³.

Queste questioni divennero materia della modifica alla legge sul pubblico impiego approvata nel 1996¹⁴ dalla nuova maggioranza guidata dal partito Alleanza della Sinistra Democratica (*Sojusz Lewicy Demokratycznej* – SLD) e tramite la quale si distinse per la prima volta una categoria della pubblica amministrazione con la caratteristica di essere politicamente neutrale.

11 Sulla storia della Pubblica Amministrazione in Polonia: J. Czaputowicz, *The Civil Service in Poland - between Politicization and Professionalization*, The Polish Yearbook of the Civil Service (2005), pp. 23 – 45; J. Itrich-Drabarek, *Civil Service in Poland: Theory and Experience*, Peter Lang GmbH - Internationaler Verlag der Wissenschaften, Francoforte sul Meno (2015); K. Gadowska, *Dysfunctions of the administration. Civil Service in neo-institutional perspective*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Cracovia. (2015); J. Itrich-Drabarek – S. Mazur – J. Wiśniewska-Grzelak, *The Transformations of the Civil Service in Poland in Comparison with International Experience*, Peter Lang GmbH - Internationaler Verlag der Wissenschaften, Francoforte sul Meno (2018); J. Itrich-Drabarek – K. Mroczka – Ł. Świetlikowski, *The Civil Service in Poland*, Faculty of Journalism and Political Science of University of Warsaw (2012); J. Sawicki, *Governo e Amministrazione in Polonia. Trasformazione della forma di Stato, mutamenti costituzionali e difficile attuazione legislativa*, in F. Lanchester (a cura di), *La barra e il timone*, Giuffrè, Milano (2009); W. Taras, *Changes in Polish Public Administration 1989-1992*, Public Administration Vol. 71 (1993), p. 13 – 32.

12 J. Itrich-Drabarek – K. Mroczka – Ł. Świetlikowski, op. cit., pp. 16 – 17.

13 K. Gadowska, op. cit.

14 Journal of Laws of 1997 No. 89, item 402.

Non fu toccato il meccanismo delle assunzioni per nomine ma il 21 agosto 1997, nella direzione di un servizio pubblico più trasparente, venne approvata un'ulteriore legge relativa alle limitazioni sulle attività economiche conducibili dagli agenti pubblici, meglio nota come la Legge Anti-Corruzione¹⁵. L'articolo 1 della disposizione consiste nell'elenco di tutte le posizioni per cui, ai sensi dell'articolo 10 della stessa norma, è obbligatorio presentare la dichiarazione patrimoniale. All'articolo 4 sono tassativamente¹⁶ statuite tutte le attività non permesse ai funzionari pubblici per evitare il conflitto di interessi.

Al contrario di quest'ultima disposizione, più volte emendata ma tutt'ora in vigore, la legge del 5 luglio non durò a lungo e, con il passaggio dell'esecutivo nelle mani dell'Alleanza Elettorale di Solidarność (*Akcja Wyborcza Solidarność* – AWS), venne sostituita da una nuova normativa sul pubblico impiego approvata il 18 dicembre 1998¹⁷.

Nella pratica, il nuovo atto creò l'Ufficio del Pubblico Impiego tra i cui compiti rilevava quello di gestire l'accesso alle posizioni vacanti che, per la prima volta nella storia di un Paese con un recente trascorso socialista, doveva avvenire seguendo una procedura di selezione concorrenziale e non più per nomina¹⁸. Inoltre, i funzionari con alte cariche manageriali, in caso di rimozione da un dipartimento, non avrebbero perso la propria posizione ma sarebbero stati ricollocati in modo che fossero tutelati, soprattutto, i dirigenti impiegati negli uffici governativi e ministeriali generalmente sostituiti all'insediamento di ogni nuovo governo¹⁹.

Il ritorno al governo di SLD portò alla modifica, seppur non sostanziale, della norma alla quale vennero aggiunte delle disposizioni transitorie tra cui l'articolo 144a con cui si introduceva l'accesso diretto alle più alte posizioni, soprattutto degli uffici governativi e ministeriali, a candidati esterni senza la selezione concorrenziale, impedendo il ricollocamento e favorendo l'inserimento di personale fedele all'amministrazione al potere. L'effetto prevedibile fu una crescente politicizzazione dell'intero settore pubblico, mitigato solo parzialmente e tardivamente dall'intervento del Tribunale Costituzionale²⁰ che suggerì una modifica all'articolo 144a quando, però, ormai molte delle posizioni erano state assegnate.

Le variazioni normative dei primi anni di democratizzazione sono state registrate dagli indicatori di celebri studi e dai risultati dei sondaggi. In particolare, è stato considerato il mutare della percezione dei cittadini rispetto alla gravità della corruzione nel settore pubblico²¹. Gli esiti emersi dal *Corruption Perceptions Index*

15 Journal of Laws No. 106, item 679.

16 A. Wierzbica, *Commentary on Article 4, in Act on restriction of conducting business activity by persons performing public functions. Commentary* Ed. 1 (2017).

17 Journal of Laws of 1999 No. 49, item 483.

18 K. Gadowska, op. cit.

19 P. Heywood – J.H. Meyer-Sahling, *Danger zones of corruption: how management of the ministerial bureaucracy affects corruption risks in Poland*, in *Public Admin. Dev.* 33, 191–204 (2013).

20 J. Czaputowicz, op. cit. e per maggiori dettagli sul caso si veda anche J. Sawicki, op.cit.

21 Secondo i sondaggi del Centro di Ricerca dell'Opinione Pubblica (Centrum Badania Opinii Społecznej) nel 1991 solo un polacco su tre riteneva la corruzione un grave problema mentre già nel 1997 uno su due.

(CPI)²² hanno rilevato un aumento del livello della corruzione negli anni del governo di sinistra tradotto con un punteggio di 3,5 nel 2004²³. Nello stesso anno, il 75% dell'opinione pubblica confermò di ritenere il fenomeno un grande problema per l'ordinamento²⁴. La percezione generale era quella di un'elevata incapacità dell'amministrazione ben oltre i gravi livelli su cui è sempre stata assestata²⁵.

Ad approfittarne furono i fratelli Lech e Jarosław Kaczyński che, rendendo la lotta alla corruzione uno dei capisaldi della loro campagna elettorale, portarono Diritto e Giustizia (*Prawo i Sprawiedliwość* - PiS) alla vittoria delle elezioni del 2005.

La nuova maggioranza conservatrice di centro-destra, ottenuta con la partecipazione della Lega delle famiglie polacche, di *Samoobrona* e del Partito Agrario al governo, approvò presto una nuova legge sull'impiego pubblico²⁶ con la quale venne creato l'Istituto Nazionale delle Risorse Umane incaricato di registrare, ed eventualmente cancellare, in un apposito elenco i funzionari scelti per ricoprire le più alte cariche dirigenziali negli uffici governativi assicurandosi così un personale fedele.

Con tale sistema, durante il biennio 2005-2007, 2018 funzionari vennero impiegati per alte cariche e 882 furono, invece, liquidati. Inoltre, la nuova normativa determinò un *turn over* di circa il 13%, in alcuni uffici persino del 30%.²⁷

Gli effetti della riforma sono stati notati anche in relazione al numero dei reati di corruzione denunciati nel 2007, triplicato rispetto al 2004, che ha riguardato 10.758 pubblici agenti²⁸.

Tale tendenza è stata confermata anche dagli indicatori sulla corruzione del celebre indice redatto annualmente da Freedom House secondo i quali il livello del fenomeno nella Polonia di PiS avrebbe raggiunto il peggior risultato nel 2006 con 3,25 punti²⁹ quando la media degli anni precedenti era rimasta sempre al di sotto dei 3³⁰.

Ma la campagna propagandistica portata avanti dalla coalizione di governo aveva convinto parte dell'opinione pubblica che il fenomeno fosse in diminuzione e, infatti, nel 2006 la percentuale di popolazione secondo cui la corruzione era riconosciuta come un grande problema scese al 67%³¹.

Inoltre, nel 2007 solo il 10% dei polacchi dichiarò di essere stato parte di un reato di corruzione abbassando nettamente il trend che fino ad allora aveva oscillato

22 Si tratta del più noto indicatore della percezione della corruzione pubblicato dall'agenzia *Transparency International*, che attribuisce un punteggio ad ogni Stato da 1 a 10 in cui il numero più alto corrisponde ad un più basso livello di corruzione.

23 Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2004*.

24 Sondaggio condotto dal Centro di Ricerca dell'Opinione Pubblica (Centrum Badania Opinii Społecznej) nel 2003.

25 J. Sawicki, *Polonia*, in F. Lanchester (a cura di), *La Costituzione degli altri*, Giuffrè, Milano (2012).

26 Journal of Laws from 2006, No 249 item 1832.

27 K. Gadowska, op.cit.

28 Agenzia Centrale Anticorruzione (Centralne Biuro Antykorupcyjne), *Mapa korupcji 2004-2009*, Varsavia (2011).

29 Su una scala da 1 a 7 in cui il punteggio più alto rappresenta il risultato peggiore.

30 Freedom House, *Nations in Transit 2006 – Poland*.

31 Sondaggio condotto dal Centro di Ricerca dell'Opinione Pubblica (Centrum Badania Opinii Społecznej) nel 2010.

tra il 17 e il 15%³².

Ciò implicò, però, anche un miglioramento del punteggio della Polonia nel CPI dove furono raggiunti i 4,6 punti contro i 3,7 dell'anno precedente che avevano, comunque, confermato l'andamento positivo degli ultimi tre anni³³.

Questi dati illustrano quanto, con il consolidamento della democrazia e con l'ingresso della Polonia nella comunità internazionale, fosse notevolmente diminuita la piccola corruzione praticata nella quotidianità ma non quella diffusa nei settori impiegati in compiti amministrativi ed esecutivi.

Nel 2007 la vittoria elettorale del nuovo partito liberale, Piattaforma Civica (*Platforma Obywatelska* - PO), guidato da Donald Tusk, diede seguito al ripristino della disciplina relativa al pubblico impiego precedente³⁴ al 2005 ma non prima che il nuovo esecutivo approfittasse dell'Istituto Nazionale delle Risorse Umane tramite il quale 655 funzionari di alte cariche furono sostituiti³⁵.

Nei primi anni del governo PO i casi di corruzione denunciati all'interno del settore pubblico non subirono rilevanti variazioni anche se il punteggio assegnato da Freedom House registrò un miglioramento, con un picco di 2.75 punti assegnati nel 2009³⁶. Secondo il 37% dei cittadini la responsabilità sarebbe attribuibile ad una strategia contro la corruzione ben condotta da parte dell'esecutivo tanto che nel 2009 sarà solo il 40% della popolazione a ritenere la corruzione un grande problema³⁷. Nello stesso anno la Polonia raggiunse anche la soglia dei 5 punti del CPI oltre la quale il fenomeno della corruzione non viene più ritenuta un grave ostacolo al conseguimento dei fini dello Stato³⁸.

In realtà, proprio nel 2010, la Corte dei Conti avrebbe pubblicato nel suo rapporto annuale la stima del valore delle irregolarità finanziarie della pubblica amministrazione che ammonterebbe a circa 14,5 miliardi di złoty³⁹ totali annui costati ai contribuenti⁴⁰.

Ad ogni modo, una volta riconfermato il governo Tusk, con le elezioni del 2011, la lotta alla corruzione terminò di essere una priorità politica pur rimanendo all'interno del dibattito pubblico anche a causa delle accuse rivolte contro diversi membri dell'esecutivo da parte di Mariusz Kamiński, capo della CBA vicino alle posizioni di PiS, per presunti casi di corruzione relativi all'approvazione di una legge sul gioco d'azzardo⁴¹.

Il 2013 fu, in generale, l'anno più drammatico e i casi registrati per corruzione nel settore pubblico riguardarono 14.534 indagati di cui circa 2.000 furono

32 European Commission, *Special Eurobarometer 291 – The attitudes of Europeans towards corruption* (2018).

33 Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2008*.

34 Journal of Laws No 227, item 1505.

35 K. Gadowska, op.cit.

36 Freedom House, *Nations in Transit 2009 – Poland*.

37 Sondaggio condotto dal Centro di Ricerca dell'Opinione Pubblica (Centrum Badania Opinii Społecznej) nel 2010.

38 Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2009*.

39 Circa 3,6 miliardi di Euro.

40 Corte dei Conti (Najwyższa Izba Kontroli), *Annual Report*, Varsavia (2010).

41 Lo stesso Kamiński, nel 2011, fu indagato per abuso di potere e verrà condannato in primo grado nel 2016 ricevendo, però, la grazia del nuovo Presidente della Repubblica Andrzej Duda e un nuovo incarico come coordinatore dei servizi segreti del successivo governo PiS.

condannati in primo appello⁴², ragione per cui il punteggio di Freedom House si assestò sui 3,5 punti⁴³.

Rimase, invece, stabile la percentuale di popolazione secondo cui la corruzione era una grave minaccia nonostante solo il 15% avesse confermato di essere soddisfatto dai risultati della strategia condotta dal secondo governo Tusk per contrastarla. Invece, il CPI⁴⁴ segnalò, dopo nove anni di miglioramenti, la prima inversione di tendenza assegnando 60 punti⁴⁵.

Nell'ultimo anno di governo i reati per corruzione diminuirono del 40%⁴⁶, un dato positivo che non fu sufficiente per evitare la netta sconfitta di PO alle elezioni del 2015. La vittoria andò a PiS la cui maggioranza si impegnò immediatamente in una nuova riforma della pubblica amministrazione⁴⁷ eliminando, sostanzialmente, la procedura di assunzione concorrenziale e reintroducendo la nomina governativa diretta per le più alte cariche.

I livelli di corruzione non hanno subito miglioramenti come dimostra il punteggio segnato da Freedom House stabile a 3.5⁴⁸. Ad ogni modo, nel 2017, il 37% della popolazione si è ritenuta soddisfatta delle misure prese dal nuovo governo e il 12% ha dichiarato di esserlo persino molto. Infatti, è calata al valore minimo mai registrato del 33% anche la percentuale di cittadini secondo cui la corruzione rappresenterebbe un grande problema. Dall'altra parte, però, sempre nel 2017, l'unica voce ad essere aumentata è quella della corruzione nell'amministrazione pubblica la quale è ritenuta dal 30% dei polacchi il settore maggiormente colpito da tale fenomeno, contro il 27% di quattro anni prima⁴⁹. Secondo i dati raccolti da *Transparency International* la corruzione sarebbe nuovamente in diminuzione dato il punteggio ritornato a 60, come nel 2013, dopo quattro anni di trend negativo che avevano portato i punti fino a 63 nel 2015⁵⁰.

In conclusione, è evidente che le riforme degli ultimi venti anni non hanno ancora provveduto ad una reale normalizzazione della pubblica amministrazione il cui funzionamento ed efficienza sono condizionati dal grande numero di uffici e, soprattutto, di funzionari dotati di ampia discrezionalità decisionale⁵¹, e dai quali dipende l'emissione di atti esecutivi come, ad esempio, l'assegnazione di appalti o di altre risorse.

Queste peculiarità hanno agevolato la diffusione della corruzione all'interno dell'amministrazione ma hanno anche evidenziato quanto sia necessaria una strategia

42 Agenzia Centrale Anticorruzione (Centralne Biuro Antykorupcyjne) *Mapa korupcji 2013 (Mappa della Corruzione 2013)*, Varsavia (2014).

43 Freedom House, *Nations in Transit 2013 – Poland*.

44 Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2013*.

45 Dal 2011 il sistema di valutazione del CPI viene modificato e i punti da assegnare vengono espressi in centesimi.

46 Agenzia Centrale Anticorruzione (Centralne Biuro Antykorupcyjne), *Mapa korupcji 2014 (Mappa della Corruzione 2014)*, Varsavia (2015).

47 Journal of Laws of 2016, item 34.

48 Freedom House, *Nations in Transit 2018 – Poland*.

49 Sondaggio condotto dal Centro di Ricerca dell'Opinione Pubblica (Centrum Badania Opinii Społecznej) nel 2017.

50 Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2017*.

51 Corte dei Conti (Najwyższa Izba Kontroli), *Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2011 roku (Relazione sull'attività della Corte dei Conti del 2011)*, Varsavia (2012).

preventiva in grado di regolare i comportamenti dei singoli impiegati nel settore pubblico prima del loro compimento inquadrando con chiarezza, al di là delle generiche disposizioni di una legge, quali siano le azioni e i loro limiti entro i quali è garantita la legalità e il rispetto dei principi costituzionali.

3. Una nuova cultura e una rinnovata etica della pubblica amministrazione come possibili rimedi alla diffusione della corruzione

Il problema della corruzione è anche strettamente legato alla deontologia della pubblica amministrazione essendo un illecito che si concretizza attraverso il compimento di alcuni comportamenti irregolari in violazione di norme, principi e valori.

In generale, l'etica pubblica dovrebbe essere costituita da una condotta guidata dal principio della pubblica utilità e correttezza nei confronti dello Stato. Ma in una democrazia giovane come quella della Polonia l'interiorizzazione di tali valori non ha avuto il tempo oggettivo per realizzarsi. Per questa ragione, per anni, i funzionari pubblici hanno continuato a riconoscere il proprio impiego non come un servizio per i cittadini ma come un privilegio personale finalizzato all'ottenimento di determinati vantaggi. Questa percezione della propria posizione è interpretabile come un retaggio del regime socialista nel quale la logica era capovolta ed erano praticamente i cittadini ad essere al servizio dell'ingombrante macchina statale.

Ma il tasso della piccola corruzione registrato nei primi anni della democratizzazione, come visto, ha dimostrato quanto tale etica fosse conosciuta e in parte accettata dall'opinione pubblica proprio perché prodotta da una stratificazione di comportamenti protrattasi negli anni e di quanto una condotta pubblica priva di principi possa portare anche il cittadino ad agire scorrettamente.

In altre parole, la prassi ha prevalso sui valori enunciati sia dalla Costituzione del 1997 sia dalla legge nel rispetto dei quali dovrebbe essere esercitata la funzione pubblica⁵². Alla luce di ciò, l'idea di redigere un codice etico, per ribadire ed evidenziare con chiarezza i limiti dell'agire nel rispetto delle regole stabilite, è stata considerata come una possibile soluzione al fine di superare alcuni comportamenti scorretti consolidati nel tempo.

La Polonia ha, quindi, accolto positivamente le raccomandazioni espresse nella relazione dell'OSCE⁵³ relativa proprio alla necessità di provvedere i settori pubblici di un Codice Etico e, per questo fine, è stato incaricato il Capo del pubblico impiego di accordare il compito di redigerlo ad una commissione *ad hoc*⁵⁴. L'obiettivo dei lavori era quello di compilare una raccolta contenente tutte le norme relative al comportamento dei funzionari pubblici presenti nelle varie disposizioni dell'ordinamento riportando in auge quelle meno considerate e interiorizzate.

Quindi, il codice etico non enuncia nuove regole o principi ma ne ribadisce alcuni già stabiliti che, però, non si tendono a rispettare. La finalità è quella di

⁵² Articolo 153 della Costituzione della Repubblica di Polonia; Articolo 1 della Legge sul pubblico impiego.

⁵³ OCSE, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, Parigi (1997).

⁵⁴ J. Itrich-Drabarek – K. Mrocza – Ł. Świetlikowski, op. cit.

riportare la pubblica amministrazione al servizio per cui è predisposta ovvero al soddisfacimento dell'interesse pubblico e non di uno privato. In virtù di ciò, un Codice Etico efficace dovrebbe essere pubblicizzato anche al di fuori del contesto lavorativo per rendere la comunità e i cittadini consci di quali siano e della qualità delle prestazioni che devono aspettarsi e pretendere dall'amministrazione.

In realtà, il codificare delle norme comportamentali incontra delle difficoltà pratiche nell'adeguamento all'ordinamento dovute all'esistenza di varie interpretazioni, mutate soprattutto nel tempo, dei valori e dei fini interni ad uno Stato.

Nella Costituzione polacca, all'articolo 153 comma 1, e nella legge sul pubblico impiego, all'articolo 1, si legge che i funzionari pubblici devono condurre l'esercizio dei propri compiti in modo professionale, responsabile, imparziale e politicamente neutrale al fine di garantire il funzionamento dello Stato. La legge è direttamente rivolta all'interno settore pubblico mentre la Costituzione, in realtà, si riferirebbe esplicitamente al solo corpo di funzionari legati all'esecutivo ma la dottrina è ormai concorde nel ritenere validi tali principi anche per tutti i settori dell'amministrazione gerarchicamente o funzionalmente legati a quelli governativi⁵⁵.

Ad ogni modo il codice etico andrebbe a completare la disciplina tramite ulteriori dettagli relativi ai comportamenti da tenere per rispettare i precetti stabiliti.

Infatti, delle linee guida e degli elenchi dei comportamenti consentiti per garantire un esercizio rispettivamente responsabile, professionale, imparziale e politicamente neutrale sono contenute negli ultimi quattro articoli del Codice Etico, pubblicato tramite l'ordinanza 114 dell'11 ottobre 2002, emessa dal Presidente del Consiglio dei Ministri in quanto capo della pubblica amministrazione ai sensi del comma 2 dell'articolo 153 della Costituzione.

Lo schema prevede, per ogni articolo, prima l'enunciazione del principio e poi, a seguire, la lista dei comportamenti da adottare nel loro rispetto.

Il restante articolo, il primo, è articolato nello stesso modo e ricorda nella prima parte che l'amministrazione è al servizio dei cittadini e della legge e che l'esercizio di ogni funzione pubblica deve essere effettuata con il fine di garantire il bene comune dello Stato.

In particolare, il funzionario pubblico dovrà modulare le proprie azioni per incoraggiare la fiducia dei cittadini verso le istituzioni pubbliche e nel rispetto della dignità di qualsiasi interlocutore contribuendo, così, all'immagine della nazione e del suo settore pubblico.

Con l'emendamento alla legge sul pubblico impiego del 2008 il Codice Etico è stato abrogato nel rispetto dell'articolo 15 comma 10 della nuova norma con cui si invitava il Presidente del Consiglio, tramite ordinanza, a stabilire nuovamente i principi etici e le regole comportamentali a cui si sarebbe dovuta omologare la pubblica amministrazione. Questa disposizione trovò soddisfazione nell'ordinanza 70 pubblicata il 6 ottobre 2011, che il Presidente del Consiglio scelse di redigere in due parti per adempiere con completezza alle richieste della legge⁵⁶.

Nella prima parte è stilato un elenco di nove principi guida da rispettare, disciplinati con maggior chiarezza rispetto al precedente codice e arricchiti dalle

⁵⁵ J. Sawicki, op.cit. (2009).

⁵⁶ Ibidem;

nuove interpretazioni conseguenti ai naturali cambiamenti ed evoluzioni sociali.

La struttura dell'ordinanza 70 permette di dare maggiore pubblicità a quei principi e valori portanti dell'etica pubblica e che sono stati riconosciuti poco onorati anche dai monitoraggi delle organizzazioni internazionali tra cui, *in primis*, l'Ocse⁵⁷.

In particolare, il principio più rilevante per scoraggiare i comportamenti che inducano alla corruzione è quello della trasparenza nel rispetto del quale chiunque può essere messo a conoscenza delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili e può imporre ai funzionari di giustificare ogni decisione in modo da diminuire le possibilità di poco limpidi arricchimenti o vantaggi ottenuti al di fuori della legge⁵⁸.

La seconda parte dell'ordinanza, invece, contiene il nuovo Codice Etico ed elenca le regole comportamentali da seguire riprendendo sostanzialmente il testo precedente ma completandolo con i riferimenti alle nuove disposizioni sul pubblico impiego entrate in vigore con il sopracitato emendamento alla legge del 2008.

La struttura proposta dall'Ordinanza 70 mette in evidenza non soltanto i comportanti ma anche e soprattutto i principi guida da seguire per non rischiare di incorrere in irregolarità. Infatti, molti valori quali la trasparenza e la segretezza o il rispetto dei diritti umani e del principio di legalità, non appartenevano alla cultura della pubblica amministrazione polacca ragione per cui ribadirli è stato un passo necessario.

Al fine di impiantare i nuovi principi nell'amministrazione, attraverso un Regolamento del Presidente del Consiglio, datato 22 marzo 2000, è stato specificato tra gli obiettivi dei corsi di aggiornamento per il personale, previsti dall'articolo 104 della legge sul pubblico impiego, l'implementazione e il monitoraggio della condotta dei funzionari. Si tratta, ad ogni modo, di corsi basati sull'ampliamento e il rafforzamento delle competenze individuali che difficilmente potrebbero conseguire il fine ultimo di creare una nuova cultura interna che sfavorisca comportamenti scorretti.

Concludendo si può dire che fino ad ora la messa a punto dei codici etici non ha portato ad una sostanziale diminuzione del fenomeno di corruzione e neppure ad un generale miglioramento del funzionamento della pubblica amministrazione.

Non è, infatti, sufficiente riconoscere la corruzione come comportamento scorretto per ridurla e per migliorare l'efficienza dell'amministrazione ma si dovrà attendere il radicarsi di una nuova cultura che porti le coscienze dell'intera comunità a percepire il pubblico impiego come un servizio per i cittadini.

Ciò non si realizzerà tanto facilmente fin quando il grande limite dei codici etici rimarrà quello dell'interpretazione finora attribuitagli per la quale sono considerati primariamente non come strumenti per ridurre la conflittualità tra il pubblico e i cittadini quanto piuttosto per tutelare il funzionario evitandogli di compiere un'azione successivamente sanzionabile.

4. Ulteriori strumenti della lotta alla corruzione

In Polonia la corruzione interna alla pubblica amministrazione non è soltanto una

⁵⁷ OCSE, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, Parigi (1997).

⁵⁸ Ibidem.

questione etica ma è anche fortemente condizionata da un'organizzazione obsoleta, ancora eccessivamente burocratizzata e lungi dall'aver accolto la struttura manageriale ormai diffusa in gran parte degli ordinamenti democratici⁵⁹.

Per questa ragione sono stati individuati ulteriori campi di azione, principalmente di carattere preventivo, nella creazione di agenzie di controllo completamente o parzialmente indipendenti, nella semplificazione, nella partecipazione del pubblico e nella regolazione del rapporto tra l'amministrazione e la politica rientranti in una strategia mirata alla lotta contro la corruzione.

Dal 2002, il Consiglio dei Ministri ha raccolto nel suo primo Programma per combattere la corruzione, meglio noto come Strategia Anti-Corruzione, alcune proposte di soluzioni e azioni da attuare nel periodo dal 2002 al 2005. Ulteriori strategie sono state varate negli anni successivi⁶⁰ ed è tutt'ora in fase di realizzazione la Strategia-Anti-Corruzione 2015-2019.

Tra i diversi provvedimenti sono particolarmente degni di nota quelli con cui sono stati creati innovativi sistemi di controllo e intitolati nuovi soggetti di poteri e funzioni di indagine.

Nel 2003, è stata istituita presso il Ministero degli Interni una squadra di coordinamento e monitoraggio per adempiere all'incarico di supervisionare e concretizzare la strategia governativa indagando o proponendo opinioni in collaborazione con le organizzazioni della società civile e con gli organi dell'Unione Europea⁶¹.

Anche il Ministero della Difesa ha iniziato a svolgere delle funzioni di accertamento attraverso l'Agenzia dei Procedimenti Anti-Corruzione, mentre quello delle Finanze si è dotato di un team speciale per l'Anti-Corruzione nel 2003 con i compiti di predisporre verifiche.

Un altro importante obiettivo nell'ambito della prima strategia anti-corruzione è la fondazione, tramite la Legge sull'agenzia di sicurezza interna e l'agenzia di intelligence estera del 24 maggio del 2002, dell'Agenzia per la sicurezza interna (*Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego* - ABW) un'istituzione governativa con il potere di avviare operazioni di indagine e denuncia di corruzione implicante un funzionario pubblico⁶².

Le stesse competenze sono attribuite anche al dipartimento speciale contro la criminalità organizzata e corruzione istituito presso le Corti di Appello e pienamente operante dal 2004⁶³. L'imparzialità e indipendenza dalla politica di questo ufficio erano state garantite da una legge del 2010 con la quale le funzioni di Procuratore Generale e Ministro degli Interni restarono separate fino all'approvazione dell'emendamento del 2016⁶⁴.

L'innovazione più significativa relativa agli strumenti di controllo è stata

59 S. Liebert, S. E. Condrey, D. Goncharov. *Public Administration in Post-Communist Countries: Former Soviet Union, Central and Eastern Europe, and Mongolia*, CRC Press, Florence – KY (2013).

60 Stefan Batory Foundation, *Anti-Corruption Policy Summative evaluation of anti-corruption policy applied by consecutive Polish governments in 2001–2011*, Varsavia (2011).

61 D. Schmidt-Pfister – H. Moroff, op. cit.

62 *Ibidem*.

63 European Research Centre for Anti-Corruption and State-Building, *Working Paper No. 11 - (Anti-)Corruption in Poland since Early 2000 to 2010*, Berlino (2010).

64 Journal of Laws of 2016, item 177.

concretizzata dal governo PiS durante il periodo della seconda Strategia Anti-Corruzione. Si tratta della creazione dell'Agenzia Centrale per l'Anti-Corruzione (*Centralne Biuro Antykorupcyjne* – CBA)⁶⁵, un servizio speciale istituito come ufficio governativo finalizzato alla lotta contro la corruzione nel settore pubblico ed economico, con particolare riguardo all'ambito amministrativo locale e centrale e delle istituzioni.

Per adempiere alla propria funzione la CBA è dotata di ampie prerogative ed è titolare degli stessi poteri e strumenti della polizia e dell'*intelligence* essendo autorizzata ad effettuare intercettazioni o operazioni sotto-copertura la cui conduzione continua a destare non poche polemiche.

Anche il ruolo ingerente del Presidente del Consiglio continua a sollevare perplessità mettendo in discussione la neutralità e l'imparzialità dell'Agenzia essendogli attribuiti poteri quali la nomina per quattro anni, e l'eventuale rinnovo per un mandato, del Capo della CBA e la capacità di emanare direttive non solo di carattere generale ma anche riguardanti l'assunzione e la gestione del personale.

L'unico elemento di garanzia e democraticità dell'organo si riscontra nell'obbligo di rendere conto del proprio operato annualmente al Parlamento.

Sono, invece, riconosciuti degni di nota per il basso livello di politicizzazione la Corte dei Conti e il Difensore Civico, i due organi di controllo dello Stato, anche essi incaricati di avviare procedimenti e indagini relativi al reato di corruzione⁶⁶.

Nello specifico, la Corte dei Conti effettua, ai sensi dell'articolo 203 della Costituzione, un controllo sul bilancio di tutte le più importanti istituzioni dello Stato e dei diversi settori pubblici, tra cui la pubblica amministrazione, rilevando eventuali irregolarità e, *ex* articolo 204, esprimendo pareri non vincolanti per migliorare le strategie contabili dei vari organi di sua competenza. Il Difensore Civico, invece, monitorando il rispetto dei diritti dei cittadini da parte di agenzie e istituzioni, come stabilito dalla Costituzione dagli articoli 80 e 208 ha spesso avuto un ruolo determinante nell'individuazione di comportamenti irregolari che hanno portato alla luce casi di corruzione.

In Polonia, operazioni di controllo e verifica della corruzione vengono effettuate da decenni anche da parte di agenzie e organizzazioni indipendenti. La più nota è la Fondazione Stefan Batory creata dal celebre magnate George Soros e registrata dal 1988. Attualmente il Programma Anti-Corruzione è il più noto e importante progetto portato avanti dalla Fondazione grazie al quale vengono effettuate verifiche su determinate spese pubbliche e sulla diffusione della corruzione in alcuni settori della società ritenuti più a rischio⁶⁷.

Inoltre, sono operativi programmi e organizzazioni locali totalmente indipendenti, come Cittadini contro la Corruzione, o portati avanti con la partecipazione dei governi locali tra cui, ad esempio, il progetto di "Polonia Trasparente"⁶⁸.

Il limite dei controlli di queste organizzazioni dipende dal loro stesso scopo che è quello di verificare non tanto la diffusione della corruzione quanto l'operato delle

65 Journal of Laws, 2006, No. 104, item 708.

66 Commissione Europea, *Allegato sulla Polonia della relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles (2014).

67 Ibidem.

68 OCSE, *Administrative simplification in Poland*, Parigi (2011).

istituzioni, in particolare del Governo, nell'implementare la Strategia Anti-Corruzione.

In generale, poi, le operazioni di controllo incontrano il grande ostacolo della burocratizzazione e della quasi totale mancanza di trasparenza che rendono le ricerche difficili da portare a termine e poco attendibili.

La disciplina sul pubblico impiego ha subito continue modifiche non permettendo al sistema di consolidarsi e creando un accumulo di norme smisurato e disordinato all'interno del quale il confine tra legalità e illegalità diventa labile e non sempre facilmente individuabile.

Un tentativo di semplificazione è rappresentato dai programmi varati dai diversi governi per ridurre i costi e i danni economici e implicanti emendamenti ad alcune leggi già esistenti sui rapporti tra amministrazione, privati e imprese tra cui quella sui rapporti tra pubblico e privato, quella sull'accesso alle informazioni commerciali e il Codice del Lavoratore⁶⁹.

Benché questi strumenti non siano rivolti direttamente alla lotta contro la corruzione dalla loro piena attuazione porterebbe dipendere il conseguimento di notevoli risultati anche in questo settore. Il crescente disinteresse delle autorità nei confronti di queste tematiche e dell'applicazione delle strategie non ha, però, portato ad un soddisfacente riscontro.

Per quel che concerne la trasparenza è attualmente in discussione una legge già approvata dal Parlamento alla fine del 2017 in modifica a quella del 5 giugno del 1997. La nuova disposizione è stata, però, accusata di essere eccessivamente sbilanciata in termini di protezione di diritti prevedendo, ad esempio, la richiesta di informazioni puntuali e dettagli su doni anche di entità quasi insignificante pena l'applicazione delle sanzioni e per tale severità la sua entrata in vigore è stata più volte rimandata.

Il principio della trasparenza dovrebbe essere, infatti, interpretato non come strumento di controllo ma di partecipazione per fornire a chiunque la possibilità di conoscere e valutare il funzionamento, le risorse e le decisioni della pubblica amministrazione.

La nuova legge sulla trasparenza tenderebbe, invece, ad incrementare la distanza tra i cittadini e le istituzioni radicalizzando e irrigidendo i rapporti con l'amministrazione da cui potrebbe facilmente derivare un calo della fiducia reciproca e, di conseguenza, un aumento di comportamenti scorretti.

Infine, la corruzione nella pubblica amministrazione è fortemente legata al livello di politicizzazione. Su questo tema, in realtà, si è già discusso relativamente alla struttura del pubblico impiego. A tal riguardo si ricorda che uno degli elementi caratterizzanti del sistema polacco è proprio la mancanza di professionalizzazione e la forte ingerenza politica espressa, in particolare, attraverso il meccanismo delle nomine. Un sistema concorrenziale favorirebbe l'esercizio delle funzioni di un pubblico ufficiale sulla base dei principi della responsabilità e della competenza. In mancanza di queste prerogative qualsiasi funzionario rischia di trovare più stimolante, e quindi di accettare, le proposte di scambio da parte di privati.

69 Ibidem.

5. La corruzione tra prevenzioni e sanzioni

La sanzione è lo strumento residuo della lotta alla corruzione a fronte del fallimento delle diverse misure preventive, caso molto frequente in Polonia, ed è conseguente ad un procedimento giudiziario o disciplinare.

Pertanto un pubblico agente sarà penalmente colpevole ai sensi dell'articolo 228 del Codice Penale ma potrà essere perseguito anche per l'inadempienza delle responsabilità legate alla sua funzione ai sensi dell'articolo 113 della legge sul pubblico impiego, in materia di responsabilità disciplinare dei singoli impiegati pubblici, per violazione dei principi stabiliti dall'articolo 1 della legge, dal Codice Etico del 2011 e dall'articolo 153 della Costituzione relativi agli obblighi e ai principi.

Le sanzioni disciplinari sono previste dall'articolo 114 della suddetta legge e consistono nella segnalazione, nell'ammonizione, nella sospensione della possibilità di essere promossi per un periodo massimo di due anni, nella riduzione del salario fino al 25% per non più di sei mesi, nella degradazione ad una posizione inferiore e, infine, nell'espulsione dalla pubblica amministrazione o, per i dirigenti, dal proprio ufficio.

Ai sensi degli articoli 116 e 117 l'irregolarità verrà giudicata in prima istanza da una commissione disciplinare composta da almeno dieci membri, impiegati nello stesso ufficio dell'imputato e nominati dal loro Direttore Generale. È consentito, ex articolo 118, un appello il cui giudizio dipenderà dall'Alta Commissione di quindici elementi nominati dal Presidente del Consiglio. È prevista anche, negli articoli 124 e 125, la nomina di un Ombudsman Disciplinare il quale dovrà indagare preliminarmente sulla sussistenza degli elementi per avviare il procedimento o meno.

Infine, esiste un ultimo grado di giudizio presso la Corte di Appello del Tribunale del Lavoro e della Previdenza Sociale al quale, nel rispetto dell'articolo 127, possono richiedere la revisione della sentenza dell'Alta Commissione Disciplinare sia le parti che il Capo del Pubblico Impiego, l'atto non potrà essere impugnato in Cassazione.

Gli ultimi dati disponibili dimostrano che nel 2016 i procedimenti disciplinari avviati sono stati 375, circa il 14% in meno dell'anno precedente, e 117 quelli risolti con sanzioni, il 5% in più rispetto al 2015. Si tratta del terzo anno consecutivo in cui si registra un sostanziale calo dei casi di cattiva condotta e potrebbe ritenersi un effetto del Codice di condotta del 2011⁷⁰.

Una questione ancora controversa riguarda, invece, la responsabilità collettiva della pubblica amministrazione nel caso in cui un suo agente sia colpevole di corruzione.

In generale, se il compimento di un reato comporta un danno ad una parte questa sarà legittimata ad agire e, ai sensi dell'articolo 77 comma 1 della Costituzione, avrà diritto al risarcimento dei danni.

Nel rispetto della norma costituzionale il Codice Civile del 1964, all'articolo 417, statuisce che per i danni causati da atti illeciti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri è responsabile, il Tesoro dello Stato o il governo locale o altra persona giuridica che esercita tale autorità in base alla legge.

La Corte Suprema, nella sentenza III CSK 211/13, ha precisato che tali autorità sono tutte quelle per cui è previsto da un accordo o contratto l'esercizio di

70 Cancelleria del Presidente del Consiglio dei Ministri, *The Report of the Head of Civil Service on the state of the Civil Service and realization of its tasks in 2016*, Varsavia (2017).

funzioni e servizi pubblici⁷¹.

Ad ogni modo, alla base di questa responsabilità deve essere riconosciuto non solo un effettivo danno ma anche l'atto illecito o l'omissione di un esercizio proprio dell'autorità pubblica e un collegamento comprovato tra questi due elementi⁷².

Di conseguenza nel caso di corruzione, seguendo le indicazioni della comunità internazionale, espresse in particolare nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003, si evince che la responsabilità della pubblica amministrazione dovrebbe essere determinata non dal compimento di un atto illecito, ovvero dalla condotta del funzionario, ma dalla mancanza di un controllo idoneo sugli atti e sul personale che comporterebbe il mancato conseguimento degli obiettivi e degli obblighi garantiti dall'articolo 153 della Costituzione e dall'articolo 1 della legge sul pubblico impiego.

Si tratta, comunque, di un'interpretazione valida ai fini di soddisfare eventuali danni arrecati ad una terza parte difficilmente concretizzabile. Qualora si tratti del mero reato penale, invece, non esiste alcuna normativa specifica per inquadrare la responsabilità della pubblica amministrazione nel caso di corruzione di un suo funzionario.

Attualmente, nell'ordinamento, viene ammessa una responsabilità definita quasi-penale, prevista dall'articolo 5 della legge sulla responsabilità penale delle entità collettive per reati perseguibili, approvata il 28 ottobre 2002. Tale responsabilità può essere imputata ai soli soggetti delimitati dalla legge stessa dei quali, però, non esiste una giurisprudenza che ne interpreti e ne stabilisca con chiarezza i significati e i limiti a causa dello scarso riferimento a questa norma da parte della giustizia⁷³.

Ad ogni modo, si tratta di una responsabilità secondaria potendo sussistere a seguito dell'emissione di un giudizio di colpevolezza individuale e che può essere imputata solo se l'entità ha tratto beneficio dal comportamento illecito del singolo e solo se viene dimostrata la mancanza di diligenza nelle operazioni di monitoraggio e controllo dei dipendenti e degli atti da loro emessi⁷⁴.

Da questa prospettiva, però, se fosse possibile un'applicazione valida anche per pubblica amministrazione, la responsabilità collettiva non avrebbe il solo fine sanzionatorio ma potrebbe funzionare come efficace metodo preventivo stimolando gli uffici e i dipartimenti a ad essere meno negligenti nell'adoperare e implementare gli strumenti disciplinari e di controllo a loro disposizione.

6. Conclusioni

L'analisi del caso della Polonia ha permesso di individuare nel funzionamento e nella struttura della pubblica amministrazione alcuni dei fattori da cui può dipendere l'insufficienza di normative penali e di strategie *ad hoc* per limitare la corruzione.

In particolare, è stata dimostrata la rilevanza degli elementi storici, culturali e istituzionali nella diffusione del fenomeno all'interno del settore pubblico

71 Corte Suprema (Sąd Najwyższy), sentenza III CSK 211/13.

72 Wardyński & Partners, *Liability of public authorities*, Varsavia (2016).

73 The In-House Lawyer, *Comparative Legal Guide – Poland: Bribery and Corruption* (2018).

74 Ibidem.

ridimensionando l'equazione tra debole economia, bassa crescita e propensione alla corruzione.

Dalla comparazione diacronica della storia della pubblica amministrazione e della sua regolamentazione è emersa un'eccessiva ingerenza degli esecutivi determinata dalle sue origini sotto la lunga dominazione straniera e rafforzatasi a causa di un deficit democratico e di una mancanza di equilibrio e bilanciamento tra i poteri protrattosi per tutto il Novecento, con particolare evidenza nel periodo socialista.

La politicizzazione e l'accentramento del potere hanno creato un contesto favorevole ad una condotta irregolare e scorretta di tutto il settore pubblico. A conferma di ciò, le indagini e i dati riportati sulla corruzione e relativi al periodo della transizione e del consolidamento hanno rilevato come il fenomeno cresca o decresca a seconda del livello di salute della democrazia e delle sue istituzioni. Infatti, è stato notato come le vicende dell'attuale legislatura dominata da PiS, stiano coincidendo con un decisivo aumento della corruzione percepita dalla comunità soprattutto all'interno della pubblica amministrazione.

L'alternanza politica e spesso ideologica delle maggioranze, che ha caratterizzato i primi decenni della democrazia polacca, non ha permesso all'ordinamento di dotarsi di una disciplina relativa al settore pubblico definitiva e imparziale. Il timore di costruire una pubblica amministrazione indipendente ed efficiente ha impedito la messa a punto di una riforma totale e coerente che portasse negli anni ad una drastica semplificazione. Le innovazioni mancate in Polonia avrebbero dovuto indirizzare il settore pubblico al rispetto dei principi della trasparenza e dell'imparzialità; ad un aumento dignitoso dei salari, soprattutto per le cariche non dirigenziali; e ad assumere un sistema di reclutamento basato sulla meritocrazia garantendo ai cittadini personale competente e responsabile.

Indubbiamente anche il sistema di controlli e indagini necessiterebbe di essere modificato risultando attualmente sovraccaricato ed allargato ad un numero eccessivo di nuovi soggetti spesso legati più o meno direttamente al potere politico.

Inoltre, dovrebbero essere rafforzati gli strumenti preventivi dal momento in cui la sanzione difficilmente elimina gli effetti della corruzione e non è, comunque, un deterrente sufficiente per fermare la diffusione del fenomeno. Una risposta intermedia tra prevenzione e sanzione potrebbe essere riscontrabile in una disciplina chiara e rigorosa sulla responsabilità collettiva della pubblica amministrazione, nei casi in cui venga compiuto un reato da parte di un suo agente, per mancanza di controlli idonei.

Ad ogni modo, la corruzione resterà sempre un problema deontologico alimentato dall'incapacità dei nuovi valori di imporsi su una prassi consolidata da decenni se non da secoli. La pubblicazione di Codici Etici non potrà, quindi, essere risolutiva fino a quando non sarà l'intero ordinamento e la sua comunità a riconoscersi in quel sistema di norme e principi.

L'attuale Governo PiS sta, però, conducendo la Polonia verso una deriva illiberale contraddicendo molti dei principi e delle norme su cui è stato costruito l'ordinamento nel 1997. All'interno di una tale cornice non sarebbe realistico pensare di poter allentare il legame tra l'amministrazione e la politica né di poter infondere una nuova cultura e deontologia per risolvere sia la questione del malfunzionamento che della condotta spesso scorretta dei pubblici agenti e, quindi, della corruzione.

Il contrasto alla corruzione “amministrativa”: riflessioni sul modello francese

di Claudia Sartoretti

Abstract: The fight to “administrative” corruption: thoughts on the french model –

This paper focuses on the evolution of the concept of corruption and of the legislation against corruption in France.

Keywords: France; Transparency; Corruption; Public administration.

1. Introduzione. La lotta *multilevel* alla corruzione

La questione riguardante la corruzione/concussione di pubblico ufficiale o addetto a pubblico servizio e la necessità di interventi per fronteggiare questo fenomeno è stata fortemente avvertita sul piano del diritto internazionale per poi essere affrontata e sviluppata, con un effetto a cascata, all’interno dei singoli ordinamenti nazionali (europei e non), dando origine ad una pluralità di diritti anticorruzione accomunati dal medesimo interesse quale quello di approntare strumenti di contrasto finalizzati non solo a reprimere, ma anche, e *a fortiori*, a prevenire le condotte illecite dei pubblici funzionari.

Numerosi Paesi, fra i quali l’Italia e la Francia, hanno in tal senso avviato negli ultimi anni una profonda e complessa riforma del sistema amministrativo nazionale tale da consentire loro di prevenire, oltre che di contrastare, la corruzione nei pubblici poteri, combattendo giuridicamente l’espansione e le trasformazioni di un fenomeno sempre più drammaticamente diffuso, e favorendo, in parallelo, la diffusione della cultura della legalità e dell’etica pubblica.

Partendo dalla condivisione di alcuni principi di base veicolati a livello globale dal diritto internazionale, ciascun Paese ha poi, nello specifico, sviluppato un proprio modello di normativa anticorruzione che maggiormente rispondesse alle necessità e peculiarità del contesto giuridico, economico e socio-culturale in cui si sarebbe poi dovuto applicare¹.

Si rammenti – come è stato efficacemente messo in evidenza² – che alla

¹ B. Boschetti, *Il diritto anticorruzione come diritto globale*, in *Federalismi.it*, online, 30 marzo 2018, parla di un diritto anticorruzione “glocale”, evidenziando come nonostante l’impatto uniformante impresso dal diritto internazionale, esso risulti invero esposto a una serie di contaminazioni ad opera di fattori esogeni, endogeni e congeniti, che ne determinano l’assetto nell’ordinamento interno.

² Ancora B. Boschetti, *op. loc. cit.*

dimensione internazionale delle pratiche anticorruzione e all'impatto uniformante che il diritto sovranazionale ha senza dubbio avuto sotto molti aspetti (a cominciare dall'aver messo al centro l'approccio preventivo in luogo di quello riparatorio) sul diritto domestico, ha fatto da contraltare il ricorso frequente a fonti appartenenti al *genus* della *soft law*, ossia a indicazioni prive di effetti cogenti, ancorché capaci di esercitare una notevole influenza e forza persuasiva sull'agire degli operatori.

L'impiego di atti con valenza meta-giuridica (raccomandazioni, linee guida e così via) è apparsa infatti spesso la soluzione migliore per rispondere alle esigenze di flessibilità e adattamento della regola che originano dalla dinamicità dei fenomeni e dalla peculiarità del contesto nazionale in cui prende successivamente forma la *hard law* domestica anticorruzione.

L'adozione di strategie anticorruzione che permettano di incidere, non solo *ex post* ma anche *ex ante*, sui comportamenti degli agenti, sui processi decisionali e sui modelli organizzativi pubblici e privati appare dunque svilupparsi all'interno di una complessa gerarchia di fonti che rispecchia un sistema *multilevel*, all'interno del quale è possibile distinguere un livello corrispondente all'ordinamento della Comunità internazionale, uno riferito agli ordinamenti di enti dotati di una natura intermedia fra quella di un'organizzazione internazionale quella di una federazione o confederazione di Stati (è il caso dell'Unione europea) ed infine un livello corrispondente agli ordinamenti statali.

Punto di partenza per lo sviluppo del diritto anticorruzione può essere considerata la Convenzione OCSE per la lotta contro la corruzione dei pubblici uffici del 1997 (entrata in vigore nel 1999) che pur non sposando ancora la logica preventiva ha tuttavia il merito di aver focalizzato l'attenzione sul concetto di corruzione internazionale, con particolare riferimento agli ufficiali pubblici stranieri nel contesto delle transazioni commerciali internazionali, e di aver affiancato alle misure più strettamente "operative" un efficace meccanismo di monitoraggio. A porre attenzione sul rischio ("*risk-based approach*"), prima che sugli strumenti repressivi ("*police patrol*") è invece la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (aperta alla firma a Merida il 9.12.2003 ed entrata in vigore il 14 dicembre 2005) che ha avuto il merito di promuovere politiche di prevenzione (art.5) e ha previsto che ciascuno Stato, compatibilmente con il proprio sistema giuridico, si munisca di un organo di prevenzione *ad hoc* (art.6).

Vanno poi segnalati, con un impatto limitato però ai Paesi europei, la Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione del 27.1.1999, entrata in vigore nel 2002 e la Convenzione civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione (fatta a Strasburgo il 4.11.1999 e ratificata con l. 28.6.2012, n. 112). Numerose sollecitazioni sono poi pervenute dai "tavoli" internazionali di cooperazione intergovernativa operanti in ambito G7, G8 e G20, o incardinati presso istituzioni quali l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (*Working group on Bribery*: WGB), il Consiglio d'Europa (*Groupe d'États contre la Corruption*: GRECO) e la Convenzione ONU (*Implementation Review Group*: IRG) e dagli strumenti di *soft regulation* a cui si è sovente ricorsi.

L'*input* che il diritto internazionale è stato capace di imprimere alla successiva evoluzione della normativa dell'Unione europea emerge sin dalla prima relazione di analisi della corruzione negli Stati membri dell'UE stilata nel 2014 dalla

Commissione UE³. Il documento contiene, infatti, un’ampia riflessione sugli ulteriori miglioramenti da apportare alle misure già adottate per contrastare il fenomeno in oggetto, sottolineando l’importanza che venga adottato un approccio organico e coordinato a livello centrale. Coerentemente con le conclusioni a cui si è pervenuti a livello internazionale, viene ribadita anche in ambito europeo la necessità di avviare politiche di prevenzione (ciò che si traduce nell’uso di norme etiche chiare, nell’adozione di misure di sensibilizzazione, nello sviluppo di una cultura di integrità nelle varie organizzazioni, etc.) e di incentivare controlli sia esterni che interni alle singole amministrazioni, ferma, naturalmente, restando l’autonomia dei singoli Paesi sulla scelta delle strutture (autorità anticorruzione, organi specializzati, forze di polizia, magistratura, ecc.) che meglio paiono rispondere alle esigenze di lotta alla corruzione nel singolo contesto nazionale. Il quadro normativo europeo si è poi arricchito anche grazie alle tre direttive varate dall’Unione in materia di appalti (2014/23-24-25/UE) che contemplano specifiche disposizioni, in chiave spiccatamente preventiva, ispirate a quanto già anticipato dalla Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei funzionari pubblici stranieri.

In questo quadro, nel solco tracciato dal diritto internazionale e da quello europeo, intervengono da ultimo le normative nazionali, fra le quali quella francese che, analogamente a quanto avvenuto negli altri Paesi aderenti all’UE, interviene efficacemente sulla problematica della corruzione nella pubblica amministrazione anche e soprattutto in ottemperanza agli obblighi che alla Francia – analogamente agli altri Stati membri – derivano dall’appartenenza all’Unione europea. Si può infatti osservare come nell’ordinamento transalpino vi sia stato invero un certo ritardo ad occuparsi di “corruzione” in una prospettiva che contemplasse anche soluzioni preventive attente alle regole e alle procedure, anziché solo agli illeciti tipici e alle responsabilità personali. Per molto tempo la Francia sembra, infatti, aver trascurato la dimensione “politico-sistemica” della corruzione dei pubblici funzionari e l’esistenza di una rete stabile e indeterminata di rapporti eretta a componente quasi strutturale del funzionamento della Pubblica Amministrazione (p.a.); il mercimonio della funzione pubblica è stato per lo più avvertito come episodico e fonte di responsabilità individuali anziché come una sorta di “patologia” del sistema amministrativo nel suo complesso, da fronteggiare dunque non più solo con misure repressive penali ma anche preventive⁴.

La relazione della Commissione del 2014, nel fornire un’accurata radiografia della corruzione negli Stati membri dell’Unione europea e delle misure sino a quel momento adottate per prevenirla e combatterla, denuncia pertanto l’assenza in Francia di una specifica strategia anticorruzione ed evidenzia al contempo come i problemi connessi alla corruzione abbiano progressivamente assunto un peso maggiore negli ultimi anni e occorra, conseguentemente, adoperarsi per affrontare a livello nazionale i rischi di corruzione sistemica nel settore degli appalti pubblici e nelle operazioni economiche internazionali fino a quel momento ignorati o

³ Relazione Annuale della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio dell’Unione europea del 2014 (COM 2014/38), consultabile all’indirizzo <https://ec.europa.eu>

⁴ Cfr., S. Ottoni, *La lotta alla corruzione in Francia*, in M. D’Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, p. 237 ss.

sottovalutati⁵ o comunque riduttivamente riconosciuti come espressione di responsabilità individuali. Con l'obiettivo di avvicinarsi ai migliori standard anticorruzione europei ed internazionali e rinnovare l'economia nazionale, la Francia approva così la recente *Loi* n. 2016-1691 in materia di trasparenza, lotta alla corruzione e modernizzazione della vita economica, (cd. "*Loi Sapin II*", dal nome del Ministro che l'ha presentata)⁶, con la quale aggiorna la pregressa legislazione in materia di prevenzione della corruzione ed istituisce un'*Agence française anticorruption*, l'Agenzia Anticorruzione Francese, e la *Loi Organique* n. 2016-1690, sulle competenze e la giurisdizione del *Défenseur des droits* per l'orientamento e la protezione di coloro che segnalano gli illeciti, i *lanceurs d'alerte* (o *whistleblowers*⁷).

2. Della *perennité* della corruzione e della sua (nuova) dimensione sistemica

La corruzione non è certamente un fenomeno nuovo, ma esiste da molto tempo; si potrebbe anzi quasi sostenere che non è mai mancata, configurandosi come un vizio diffuso ovunque ed insito nella natura umana piuttosto che rappresentare un malcostume dei tempi⁸.

Presente sin nell'antichità, il fenomeno in questione si è evoluto declinandosi in profili diversi accomunati cionondimeno da alcuni tratti essenziali condivisi che rappresentano la costante di tutti i comportamenti corrotti, quali la presenza di uno scambio di beni (denaro, favori, voti, simboli di *status* sociale), l'idea che tale commutazione contrasti con regole giuridiche o morali, l'aspetto occulto della transazione e la tendenza di questa all'appropriazione di risorse, soprattutto pubbliche. Fuori da queste connotazioni comuni e basilari, il fenomeno della corruzione si è sviluppato e propagato sotto distinti e differenti profili: quello prettamente morale, conseguente alla violazione di regole etiche ed incrementatosi nel tempo fino a configurarsi come una vera e propria degenerazione generale dei costumi con evidenti manifestazioni non più solo nella sfera privata di singole persone ma anche nella sfera pubblica e, in special modo, nella politica; quello a rilevanza giuridica, allorché la corruzione viene a tradursi nella violazione di norme giuridiche, assurgendo, nella fattispecie, a reato punito dai codici penali di numerosi ordinamenti.

⁵ Si veda l'allegato sulla Francia della relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 2014.

⁶ *Loi org.* n. 2016-1691 du 9-12-2016

⁷ *Loi org.* n. 2016-1690 du 9-12-2016

⁸ La corruzione è sempre stata presente in ogni tempo e in ogni luogo (R. MacMullen, *Corruption and the decline of Rome*, New Haven, Yale University Press, 1988 (trad. it. Bologna 1991)) ha giocato un suo ruolo in ogni sistema sociale e politico; si sa che ciò che spinge a corrompere e a farsi corrompere è un insieme di passioni e interessi individuali o di gruppo, quali la ricerca del guadagno, il desiderio del potere, la ricerca di uno *status* superiore nelle diverse gerarchie; e che tutto questo è in gran parte insito nella natura umana. Cfr., F. Farouz-Chopin, *Introduction*, in Id, *La lutte contre la corruption*, Perpignan, Presses Universitaire de Perpignan, 2003, p. 13 ss., parla di "*perennité*" della corruzione, evidenziando come questo fenomeno non sia nuovo al pari degli «*scandales qui l'accompagnent au moment de sa révélation*».

In queste ipotesi, la corruzione ha sempre a che fare con comportamenti di persone, moralmente o giuridicamente riprovevoli il cui dilagare e il reiterare continuo lasciano intendere che oltre alle persone, è l'intero sistema istituzionale ad essere corrotto.

La dottrina⁹ in merito a ciò distingue la corruzione c.d. “soggettiva” da quella oggettiva, riconoscendo al tempo stesso che la responsabilità è degli uomini che si macchiano di questo illecito a causa delle condotte illecite tenute, ma che anche il contesto in cui questo malcostume si sviluppa assume rilievo, là ove la degenerazione e lo sfilacciamento delle istituzioni, il degrado cioè istituzionale, viene ad assurgere in alcuni casi a fattore di alimentazione della corruzione individuale. Si potrebbe allora dire che non tutte le notizie di reato sono giustificabili imputandole semplicemente alla tendenza immorale dei singoli individui responsabili; la corruzione non dipende cioè solo ed esclusivamente dalla condotta amorale delle persone coinvolte: sovente è il sistema di regole, la “legislazione oscura e sovrabbondante”, “l'eccesso di procedure amministrative e di discrezionalità”, il sistema di controlli “disfunzionali” a far collassare un sistema intero, rendendolo in una qualche misura corrotto. Ciò che porta a configurare l'esistenza anche di una corruzione nel rispetto della legge: un apparente ossimoro che si spiega acquisendo consapevolezza del fatto che talvolta sono le stesse leggi ad essere “corrotte”, perché scritte ed approvate per il tornaconto dei privati contro l'interesse dello Stato, o per alcuni privati a svantaggio di altri. Nel momento in cui la regola *corrotta* viene applicata nessuno commette sostanzialmente reato: i reati – si osserva¹⁰ - «sono semmai compiuti quando il Parlamento ha approvato le leggi, ma sono più difficili da dimostrare e sanzionare».

In Italia, il caso “Tangentopoli” che ha scosso il nostro Paese a metà degli anni Novanta del secolo scorso, ha fatto emergere con chiarezza lo stretto legame fra la degenerazione delle istituzioni e la diffusione della corruzione “soggettiva” mostrando come il dilagare del malcostume di pretendere e incassare tangenti non dipendesse solo dalla immoralità propria degli individui coinvolti, ma fosse piuttosto causato dal degrado istituzionale. Il che evidenzia la stretta interdipendenza tra il livello di corruzione presente in un sistema e la qualità delle istituzioni del medesimo: il primo sarà infatti tanto più elevato quanto più bassa sarà la seconda.

Alcuni indicatori internazionali finalizzati a misurare il livello di corruzione confermano la necessità di leggere i dati riguardanti la corruzione “soggettiva” congiuntamente a quelli concernenti la consistenza istituzionale, al fine di poter avere una visione d'insieme della questione in oggetto il più chiara e comprensibile possibile e meglio rispondente alla realtà che si sta studiando. L'indice di percezione

⁹ M. d'Alberti, *Il propagarsi della corruzione amministrativa*, in Id (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., p. 1 ss.; Id, *Corruzione “soggettiva” e “oggettiva”*, in M.d'Alberti, R. Finocchi (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 13 ss., osserva come si possano corrompere le persone ma anche il sistema istituzionale stesso. Sicché per combattere la corruzione si rende necessario contrastare sia i comportamenti di corrotti e corruttori sia la corrosione istituzionale, la quale può fungere da moltiplicatore della corruzione delle persone poiché più sono disfunzionali le istituzioni più ne traggono vantaggio le condotte corrotte.

¹⁰ Cfr., in questo senso, G. Barbieri, F. Giavazzi, *Corruzione a norma di legge*, Milano, Rizzoli, 2014.

della corruzione (CPI)¹¹, ad esempio, introdotto dall'organizzazione internazionale *Transparency International* e volto a misurare la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica in numerosi Paesi di tutto il mondo, basandosi sull'opinione di esperti, ha fatto emergere che i Paesi percepiti come più corrotti sono quelli nei quali è presente un sistema istituzionale "debole"¹².

La scarsa capacità di adottare regole idonee a permettere e a promuovere lo sviluppo economico, un insoddisfacente livello di osservanza delle norme da parte dei propri destinatari ed un eccesso di burocrazia, intesa come sovrabbondanza di procedure amministrative ed eccesso di discrezionalità amministrativa, sintomatico di una più generale e generica debolezza del settore pubblico, costituiscono fattori che mettono, infatti, in dubbio la qualità e la solidità del sistema istituzionale di un Paese, rendendo il medesimo più vulnerabile e come tale maggiormente corruttibile e corrotto rispetto a quello degli Stati più prosperi e virtuosi¹³.

Il numero degli indicatori che si possiedono oggi per misurare la corruzione (dagli indici della percezione della corruzione stilati da esperti, ai sondaggi indirizzati ai cittadini sulla loro percezione e/o esperienza diretta (indice di esperienza), ai dati basati su statistiche economiche, nonché ai dati sulla criminalità e sulla giustizia penale), pur con tutti limiti o margini d'errore, ci offrono un quadro del fenomeno da cui emerge abbastanza chiaramente che gli ordinamenti più corrotti condividono alcuni primati come il malgoverno, l'inefficienza delle istituzioni pubbliche, la mancanza di indipendenza degli organi di stampa, e così via.

Come è stato osservato¹⁴, l'attenzione al fenomeno della corruzione, in definitiva, si è progressivamente spostata dalla considerazione dei fatti corruttivi che riguardano puntuali episodi criminosi a veri e propri fenomeni collettivi di degenerazione diffusa del tessuto sociale quando la cultura della illegalità finisce per contaminare tutto e tutti.

Ne consegue allora, che la lotta alla corruzione deve svolgersi non soltanto

¹¹ Il *Corruption Perception Index* (CPI) di *Transparency International* è uno degli indici di percezione più utilizzati al mondo. Serve soprattutto per misurare la corruzione nel settore pubblico e viene ricavato in base a sondaggi effettuati da diverse istituzioni indipendenti interrogando esperti. Un limite del CPI o di altri indici di percezione sta nel fatto che non vi è certezza che la corruzione percepita corrisponda al livello di corruzione reale. Inoltre, la percezione del fenomeno può essere fortemente condizionata da fattori esterni che non hanno necessariamente un impatto concreto sul livello di corruzione reale, quali ad esempio le opinioni stereotipate, i pregiudizi o l'importanza attribuita dai media a scandali politici o economici.

¹² Lo conferma un articolo pubblicato sulla rivista *Nature* il 15 ottobre 2015 di A. Mungiu-Pippidi, *Corruption: Good governance powers innovation*, evidenziando come «*Innovation is key to prosperity. But corruption is inimical to innovation*».

¹³ A mettere in evidenza la stretta connessione tra la capacità di governo di un Paese e il livello di corruzione presente in esso è il saggio di D. Acemoglu, J.A. Robinson, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, London, Profile Books, 2012 in cui si mette in luce come in verità le origini di prosperità e povertà risiedono nelle istituzioni politiche ed economiche che le nazioni si danno. Cfr., altresì, Di North *Economic Performance Through Time* *The American Economic Review*, vol. 84, n. 3, 1994, p. 359 ss., il quale ha enfatizzato l'importanza delle istituzioni legali – in particolar modo di un sistema giudiziario efficiente – e della burocrazia pubblica come alcune delle maggiori determinanti della crescita economica, evidenziando come esista una correlazione negativa tra corruzione e crescita economica.

¹⁴ Così, G. De Vergottini, *Corruzione contro Costituzione*, Padova, Cedam, 2012, p. 6 ss.

attraverso la repressione delle condotte illecite di corrotti e corruttori ma anche attraverso interventi di più ampio respiro, finalizzati a contrastare la disfunzione istituzionale, aumentando, ad esempio, la trasparenza delle decisioni pubbliche¹⁵ e la digitalizzazione, snellendo le procedure richieste alle aziende dalla Pubblica Amministrazione, riducendo gli eccessi di burocrazia e regolamentazione nella creazione (e gestione) di un’attività commerciale.

La dimensione sistemica della corruzione si accompagna pertanto ad un’evoluzione della nozione stessa di “corruzione”, non più declinata e declinabile come “penale”, cioè in quanto espressione di responsabilità individuale, ma da intendersi come una più generale patologia del sistema istituzionale amministrativo in quanto tale, riconducibile sostanzialmente alla *maladministration*, e cioè a quel complesso fenomeno «di disfunzioni che va dalle resistenze al cambiamento al formalismo, all’indifferenza all’efficienza, all’ostilità verso la tecnologia, all’“*overstaffing*”, al nepotismo, alla corruzione»¹⁶. Sicchè – come ci ricorda illustre dottrina¹⁷ –, può essere «un errore isolare le fattispecie penali tanto note, come la corruzione, la concussione, la ricettazione, ecc. Queste sono soltanto le più visibili, per l’intervento del giudice penale. Sono quelle che colpiscono di più. Ma sono indicative di un entroterra di malversazioni che l’amministrazione pratica ogni giorno a danno del cittadino e della collettività».

La nozione di “corruzione amministrativa” richiama infatti l’attenzione su un fenomeno corruttivo che riguarda più in generale la necessità di salvaguardare l’esigenza di buon andamento dell’amministrazione nel suo complesso e quella relativa alla correttezza dei rapporti tra amministrazione e cittadini, presupposto fondamentale di funzionamento dello Stato democratico¹⁸. Ciò che richiede necessariamente l’utilizzo di strumenti di tutela ulteriori rispetto a quelli propriamente repressivi delle fattispecie penali: in tal senso, le forme di malcostume possono e devono essere contrastate non solo con meccanismi di carattere punitivo *ex post*, ma anche, in via preventiva, agendo, ad esempio, sui controlli amministrativi e sulla trasparenza ed intervenendo sulla deontologia e sulla formazione del personale.

La risposta “penale” ha infatti dato prova della sua insufficienza, rendendo necessaria la sua integrazione con un’azione anche di prevenzione *ex ante* a largo raggio, indispensabile a contrastare la corruzione, là ove essa assume la portata di fattore sistemico di disgregazione della coesistenza a tutti i livelli, configurandosi come un più ampio ostacolo all’eguaglianza, alla competitività, all’efficienza del

¹⁵ Si veda *ex multis*, G.F.Ferrari, *Politica e Amministrazione della Spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione*, Atti del LIX Convegno di Studi di Scienza dell’amministrazione, Varenna, 19-21/9/2013, Milano Giuffrè, 2014.

¹⁶ Così, S. Cassese, «*Maladministration*» e rimedi, in *Il Foro italiano*, parte V, vol. 115, 1992, p. 243 ss.. Si veda, altresì, in ambito internazionale, G. M. Racca, C. R. Yukinis (ed. by), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni, L. Vandelli, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, p. 92.

settore pubblico e privato¹⁹.

3. Le misure di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione adottate in Francia. Dalla repressione penale alla prevenzione amministrativa

L'evoluzione della normativa anticorruzione a cui assistiamo in numerosi ordinamenti giuridici, e nella fattispecie in quelli europei, si pone dunque nel solco tracciato dalla presa d'atto che la corruzione è divenuta progressivamente "sistema", atteggiandosi a vera e propria prassi, ossia a *modus operandi* e addirittura *vivendi* diffuso, che porta ad instaurare una permanente induzione verso detta fattispecie delittuosa. Non più – come si è visto – riconducibile a mero atto criminoso isolato, la corruzione si è modificata transitando da una dimensione prevalentemente "burocratico-amministrativa", in cui il mercimonio della funzione pubblica risulta(va) episodico e si concretizza(va) in atti individuabili, ad altra "politico-sistemica", ove il patto tra corrotto e corruttore diviene una componente quasi strutturale del funzionamento della Pubblica Amministrazione (p.a.), laddove si inserisce all'interno di una rete complessa, stabile e indeterminata di rapporti.

La corruzione amministrativa, ossia quella *della* pubblica amministrazione e *nella* pubblica amministrazione ha infatti assunto dimensioni progressivamente sempre maggiori, mano a mano che la p.a. ha ampliato le sue funzioni e i suoi poteri decisionali. Ciò accade soprattutto a partire dalla fine del Ottocento, allorché, negli Stati moderni, viene introdotto il principio della divisione dei poteri, dal quale origina una separazione di complessi organizzativi, per effetto della quale, comincia a qualificarsi come pubblica amministrazione «il complesso costituito dalla Corona (o comunque dall'organo sovrano), dal governo e, infine, dagli uffici esecutivi e ausiliari»²⁰.

La formazione di un vero e proprio corpo burocratico stabile e la progressiva modernizzazione dei sistemi amministrativi segnano quindi anche il momento in cui si iniziano ad avvertire in modo chiaro e netto l'aumento dei rischi di corruzione, sempre meno riconducibili a episodi isolati, al punto che il potere amministrativo «non viene più percepito come un potere impersonale e neutrale, bensì come uno strumento di parte»²¹, laddove la funzione pubblica viene svolta non nell'esclusivo interesse del pubblico, ma anche nell'interesse dei privati, per assicurare loro guadagno.

Le dimensioni che le amministrazioni pubbliche assumono nel tempo, per via della dilatazione e complicazione degli organi centrali e locali, diretti e indiretti, dello Stato, e a causa delle nuove e sempre più elaborate specie di enti pubblici, preposti anche a funzioni erogative e imprenditoriali, non soltanto però segnano la portata del fenomeno corruttivo che assume conseguentemente proporzioni smisurate ma permette, come già accennato, al medesimo di assumere una identità sua propria (quella appunto della "corruzione amministrativa") con la quale si intende far

¹⁹ Cfr., G. Flick, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa?** *Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2014, p. 2 ss.

²⁰ M.S.Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, *passim*, ma spec., p. 69 ss.

²¹ Coi, ancora, S. Cassese, "*Maladministration*" e rimedi, loc. cit.

riferimento a tutto ciò che costituisce «degenerazione contrastante con l'interesse della collettività e produzione di vantaggi particolari nell'esercizio di cariche pubbliche». In questo modo, la lotta alla corruzione e alla malamministrazione deve più ampiamente interessare «ogni aspetto di gestione dei servizi o comunque di scelta concorrenziale; od ogni ipotesi di presentazione di istanze, da parte di privati, per esercitare un'attività od ottenere un beneficio; oppure l'esercizio di poteri autoritativi, di controllo e sanzione nei confronti di attività svolte da persone o imprese»²².

Il degrado amministrativo che si avverte in proporzioni sempre maggiori nei sistemi complessi, basati per la maggior parte su normative pletoriche e farraginose, nelle quali facilmente possono annidarsi prevaricazioni e arbitrarie, impone necessariamente una riflessione sull'adeguatezza degli strumenti adottati a ristabilire la legalità e porta ad interrogarsi sull'opportunità di abbracciare anche un approccio preventivo che consenta di intervenire contro il malcostume della sfera pubblica ricorrendo agli strumenti tipici del diritto amministrativo.

A questa consapevolezza, ossia all'idea che la corruzione “amministrativa” si connota di peculiarità sue proprie che le permettono di includere non soltanto i “tradizionali” fenomeni di corruzione penalistica e repressiva di accordo illecito intercorrente tra due soggetti e finalizzato a conseguire utilità indebite, ma anche tutto ciò che esprime più genericamente inefficienza e malaffare, la Francia sembra arrivare tardivamente.

E ciò non certo perché il Paese transalpino sia stato immune da episodi di corruzione che, come ci ha ricordato Y. Mény²³ non hanno riguardato solo piccoli casi di infrazione della pubblica amministrazione minore, ma anche la grande corruzione di partiti, esponenti di governo, istituzioni centrali e periferiche dello Stato, giungendo a sfiorare o coinvolgere la stessa presidenza della Repubblica²⁴.

La dottrina²⁵ agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso evidenziava ancora come il tema della corruzione del sistema amministrativo francese fosse quasi una sorta di tabù giuridico-costituzionale, un argomento noto alle cronache giornalistiche per ciò che concerneva i singoli episodi di corruzione c.d. burocratico-pulviscolare, ma che ci si rifiutava di affrontare in termini di patologia di sistema. Paragonata efficacemente ad una sorta di «*clandestin administratif*»²⁶, la corruzione amministrativo-sistemica è stata per molto tempo occultata, quasi “rimossa” come situazione problematica, tanto dai suoi protagonisti quanto dalla opinione pubblica (o da parti significative di essa).

Nel 1997, si osserva che i poteri pubblici non sembrano ancora «*engagé dans un processus de régulation systématique en ce domaine*», evidenziando come l'alta funzione

²² F. Merloni, L. Vandelli, *Prevenzione e repressione della corruzione: aprire una nuova pagina*, in di F. Merloni e L. Vandelli, *La corruzione amministrativa*, cit.

²³ Donatella della Porta, Y. Mény (a cura di), *Corruzione e democrazia. Sette Paesi a confronto*, 1995, Liguori editore, Napoli, p. 9 ss.,

²⁴ V., *ex multis*, M. Delmas-Marty, *La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique*, in *Rev. de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, n.3, 1997, p. 696 ss.

²⁵ Vedi, J. Tulard, G.Thuiller, *Administration et corruption*, in *La Revue administrative*, n.272, 1993, p. 111 ss.

²⁶ L'espressione è di *Ibidem*

pubblica continui a riscuotere in Francia «*un large capital del confiance*»²⁷.

«*L'honnêteté d'un administrateur – avvertono gli studiosi²⁸ – est chose complexe*», poiché le influenze illecite sono esercitate in mille modi: oggi la corruzione è diventata intelligente, sotterranea, il gioco di pressione è nascosto dal *convivium* e dal *connubium*, e le tentazioni sottili che provengono dal desiderio di un avanzamento nella carriera professionale «*obscurcissent certains réflexes administratifs*».

La debolezza del processo decisionale, l'incapacità di resistere alle pressioni dettate da interessi personali, è ciò che sicuramente minaccia gli interessi dell'amministrazione più del peculato o dell'appropriazione indebita, poiché perché questa fragilità e questa incapacità sono le più diffuse.

Nel verificare la piena ed effettiva indipendenza ed imparzialità della p.a. occorre guardare non solo ai casi evidenti di disonestà in cui si concretizzano le fattispecie penali perseguite dai codici penali dei singoli ordinamenti, ma devono essere presi in considerazione anche tutti quei sistemi di pressione, influenze, forme di lassismo, compiacenza e persino dipendenza, i cui effetti possono essere molto più disastrosi per il bene pubblico che non la corruzione finanziaria.

Si tratta di forme di corruzione “dolci”, come è stato suggestivamente fatto notare²⁹, in grado di comprendere non solo i casi di malversazione ma qualsiasi generica forma di malfunzionamento della pubblica amministrazione, perché come ricorda anche il Procuratore generale presso la Corte dei Conti italiana, è l'inefficienza a creare ampie zone oscure in cui si possono facilmente inserire e nascondere conflitti d'interesse e corruzione³⁰. Per gestire la cosa pubblica la rettitudine è pertanto un requisito indefettibile, ma non sufficiente, dovendosi piuttosto coniugare il medesimo con competenza e capacità professionale per poter dar corpo alla diligenza richiesta.

Nel celebre *affaire Panama*, una vicenda di corruzione legata al taglio del Canale di Panama, che travolse molti uomini politici e industriali francesi durante la Terza Repubblica francese e mandò in rovina centinaia di migliaia di risparmiatori, il Ministro delle Finanze Rouvier fu accusato di corruzione. In quell'occasione Caillaux, cercando goffamente di difendere Rouvier ebbe a dichiarare: «*il y a une chose dont je suis sûr, c'est que jamais il n'a abandonné une parcelle des droits de l'État contre quelque avantage personnel que ce puisse être, et cela seul importe!*»³¹. Conclusioni che potrebbero applicarsi – come viene per assurdo ipotizzato – in modo del tutto analogo a qualsivoglia funzionario amministrativo, la cui onestà o disonestà andrebbe dunque valutata anche e più in generale in base alla capacità del medesimo di saper difendere efficacemente ed effettivamente i diritti dello Stato. Il che conferma ancora una volta la complessità e multiforme portata del concetto stesso di “corruzione amministrativa”, un fenomeno che non può essere semplificato cogliendone solo il

²⁷ In questo senso, J. Marchand, *Face à la corruption administrative, quelques propositions à usage français*, in

Esprit, n. 236, 1997, p. 137 ss.

²⁸ Ancora, si veda J. Tulard, G. Thuiller, *Administration et corruption*, cit., p. 113

²⁹ Così, *Ibidem*

³⁰ Le parole sono state pronunciate dal Procuratore generale della Corte dei Conti Claudio Galtieri, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 della Corte dei conti.

³¹ Cit. da J. Tulard, G. Thuiller, *Administration et corruption*, cit., p. 113

rilievo esclusivamente penalistico, ma va affrontato anche chiarendo la nozione stessa di “onestà” nella p.a. , perché «*on peut être honnête, mais incapable, influençable, mal entouré, pas sûr*»³². Ciò che implica necessariamente un mutamento di prospettiva per cui a diventare altresì rilevanti sono situazioni in cui il rischio di corruzione è meramente potenziale, ma in presenza del quale, ossia di quelle condizioni che possono costituire terreno fertile per lo sviluppo e il propagarsi di condotte illecite, appare indispensabile l'adozione di misure di “allontanamento” dal pericolo attraverso scelte di intervento, non più circoscritte a sanzionare specifici comportamenti individuali, bensì rivolte, più in generale, a questioni preliminari, aspetti organizzativi, regolazione e procedimentalizzazione di specifiche attività e così via.

Concepire la corruzione in modo ampio, ricomprendendo non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione, ma tutte quelle situazioni che, prescindendo dalla rilevanza penale, rilevano un malfunzionamento della pubblica amministrazione, per cattivo utilizzo a fini privati delle sue funzioni, significa, infatti, inevitabilmente allargare il campo di intervento e optare per un sistema interessato a “prevenire” oltre che sanzionare, ossia un sistema che presti attenzione a ciò che “può accadere” anziché solo a quanto è (già) “accaduto” e si rivolga all'organizzazione piuttosto che all'azione.

Su questo punto, sulla presa d'atto cioè che la corruzione della p.a. possa rappresentare una patologia dell'intero sistema amministrativo che abbisogna di una strategia di contrasto diversa da quella “repressiva” imposta dalla normativa penale, la Francia, in modo non dissimile all'Italia, giunge piuttosto tardivamente. La ragione di questo ritardo è da imputarsi all'«atteggiamento culturale»³³ francese nei confronti della amministrazione pubblica, caratterizzato da sempre da un rispetto generalizzato verso un corpo che come ci ricorda Toqueville «tiene tutti i francesi sotto tutela». A differenza che in Italia, ove si avverte da tempo la debolezza della classe burocratica che non gode di adeguato prestigio sociale e appare soprattutto sprovvista di una élite significativa sul piano strutturale³⁴, in Francia, come in altri ordinamenti europei (Gran Bretagna e Germania, ad esempio) l'esistenza di un corpo di funzionari altamente qualificato, garantito dalle modalità di accesso agli impieghi pubblici e da una scuola specializzata per la preparazione e la selezione dei meritevoli alle più alte sfere dell'amministrazione (ENA)³⁵, contribuiscono a rafforzare l'immagine di un'amministrazione al servizio del Paese, sulla cui efficienza e trasparenza non sembra possano esserci incertezze.

La fiducia nell'operato dell'amministrazione francese è tale che per lungo tempo è apparso quasi sacrilego insinuare dubbi sulla possibilità che anche nel sistema transalpino serpeggiasse il malaffare. Nel 1984 la rivista *Pouvoirs* pubblicò un

³² Ancora, testualmente, *Ibidem*

³³ Così, S. Ottoni, *La lotta alla corruzione in Francia*, cit. p. 237 ss.

³⁴ E' ciò che emerge dal *Rapporto del Comitato di Studio sulla prevenzione della corruzione*, nominato nel 1996 dalla Camera Violante, cit. in F. Bonini, *Amministrazione e Costituzione: il modello francese*, Carocci, Bologna, 1999, p. 30-31; cfr. anche G. Melis, *La burocrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998

³⁵ Protagonista della sua creazione fu il ministro Michel Debré. L'obiettivo era di creare una classe amministrativa unitaria tramite un concorso unico, affermando quindi il principio meritocratico contro quello clientelare e/o di cooptazione

dibattito fra quattro illustri personalità in cui i medesimi si interrogavano sulla possibilità di considerare la p.a. corrotta e corruttibile; ne emerse un dialogo interessante da cui si distinguono complessivamente due reazioni: la prima, minoritaria, sosteneva la possibilità che la p.a. fosse più corrotta di quanto si pensasse, la seconda, maggioritaria, escludeva al contrario questa eventualità, ritenendo invece che si trattasse di un fenomeno marginale e che «*étudier la corruption dans l'Administration française était une mauvaise action*»³⁶ poiché «*l'Administration française est l'une des plus honnêtes du monde*»³⁷.

Ancora una volta il richiamo alla grande tradizione amministrativa francese³⁸ porta a far pensare che la p.a. costituisca invero «*un corps honnête, dans lequel il y a sûrement naturellement quelques brebis galeuses mais elles sont rares*».

Si ipotizza addirittura che l'amministrazione francese fosse più corrotta sotto l'Ancien Régime e il Direttorio³⁹ e che successivamente, anche grazie agli interventi di Napoleone finalizzati alla risistemazione della macchina amministrativa e all'introduzione di una nuova organizzazione, oltre che di una diversa definizione di compiti e finalità, si è stabilito un «*mécanisme régulier*»⁴⁰ basato su «*une éthique nouvelle sur laquelle nous vivons encore et dont nous pouvons être fiers*»⁴¹.

Gli episodi di corruzione nella p.a. non sono certo mai mancati⁴², ma ad essere trascurata è la dimensione sistemica del fenomeno: immaginare di poter parlare di una «*théorie de la corruption*» nell'amministrazione francese è apparso dunque inverosimile e le fattispecie criminose, più che la punta di un iceberg, che nasconde, pur lasciandoli intuire, aspetti più gravi e complessi, sono state interpretate come casi di «*quelques hommes à la dérive*»⁴³.

La lotta alla corruzione viene dunque affrontata per lungo tempo solo ed esclusivamente attraverso gli strumenti del diritto penale che pur ricchi non consentono di poter operare se non via repressiva, dal momento che la sanzione penale è per sua natura diretta al ripristino della legalità ed interviene successivamente alla commissione dell'illecito.

³⁶ P. Ardant, F. Bloch-Lainé, A. Chalandon, Y. Gaillard, *Débat L'Administration française est-elle corrompue?*, in *Pouvoirs, La corruption*, n.31, 1984, p. 77

³⁷ Le parole sono di F. Bloch-Lainé, in P. Ardant, F. Bloch-Lainé, A. Chalandon, Y. Gaillard, *Débat L'Administration française est-elle corrompue?*, loc.cit.

³⁸ Per A. Chalandon «*l'Administration possède à la fois cette très forte tradition de rigueur et une importance particulière dans la gestion des affaires publiques, depuis bien longtemps*» (in P. Ardant, F. Bloch-Lainé, A. Chalandon, Y. Gaillard, *Débat L'Administration française est-elle corrompue?*, cit. p.83)

³⁹ A. Mathiez, *Un procès de corruption sous la Terreur, l'affaire de la compagnie des Indes*, Paris, Félix Alcan, 1920, denunciava un vero e proprio sistema di degrado generalizzato sotto la Rivoluzione, messo a punto dei consiglieri segreti di Luigi XVI; O. Blanc, *La corruption sous la Terreur* Paris, Ed. Laffont, 1992,

⁴⁰ Cfr., S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, *passim* ma spec., p. 68 ss.

⁴¹ Ancora A. Chalandon, (in P. Ardant, F. Bloch-Lainé, A. Chalandon, Y. Gaillard, *Débat L'Administration française est-elle corrompue?*, cit. p.83)

⁴² V., ad esempio, P.Lascoumes (dir.), *Favoritisme et corruption à la française. Petits arrangements avec la probité*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2010.

⁴³ L'espressione è P.Ardant, M. Mathieu, *Dossier La corruption en France à travers «Le Monde» (janvier 1980 - juin 1984)*, in *Pouvoirs, La corruption*, cit., p. 115 ss., ma spec., p. 120

Esiste comunque un importante apparato di norme penali che sanzionano le pratiche corruttive, ma anche tutte quelle diverse fattispecie criminose connesse direttamente o indirettamente alla corruzione. Oltre agli illeciti propriamente definiti “corruzione” – corruzione attiva (art. 433-1 *Code pénal* del 1° marzo 1994)⁴⁴ e passiva (art.433-11)⁴⁵, corruzione di funzionario pubblico o di dipendente secondo le tradizionali distinzioni giuridiche del diritto penale francese -, sono infatti regolate anche altre fattispecie “limitrofe”, tutte riconducibili ad una più generale “violazione del dovere di probità” da parte di pubblici funzionari, quali il traffico di influenze, la concussione (art.432-11), la *prise illégale d'intérêts* (art.432-12) e reati ad essi correlati, come l'abuso dei beni sociali e le violazioni della libertà di accesso e della parità di accesso ai beni sociali, nonché le violazioni del principio di eguaglianza dei candidati all'aggiudicazione di un appalto pubblico. Infine, va altresì annoverati i reati "conseguenziali" di occultamento e riciclaggio di denaro sporco, eventualmente commessi ad uno stadio successivo, all'interno di una sorta di “sequenza criminale”⁴⁶.

Il già ampio arsenale di disposizioni penali predisposto dal legislatore per contrastare l'illegalità nella p.a. si è poi ulteriormente e più recentemente arricchito grazie alla *loi* n. 2013-1117 del 6 dicembre 2013 in materia di lotta alla frode fiscale e alla grande criminalità finanziaria, che ha modificato le norme processuali (con l'introduzione dell'art. 2-23 del *code de procédure pénale*) ammettendo la costituzione di parte civile delle associazioni anti-corruzione in procedimenti penali tipizzati dal legislatore sotto il profilo della rilevanza che assumono *les atteintes à la probité*: tra questi, appunto, i procedimenti per corruzione «passiva» e traffico d'influenza (e per altre fattispecie di illecito concernenti la corruzione, la concussione, il riciclaggio, il peculato e la violazione delle leggi elettorali). Gli aggiornamenti del *corpus* normativo in materia di corruzione finalizzate a renderlo di più efficace applicazione comprende poi anche le nuove previsioni del *code de procédure pénale* (art. 706-1-1) dirette a rafforzare i poteri delle autorità inquirenti nelle indagini sulla grande criminalità

⁴⁴ art. 433-1, «*De la corruption active et du trafic d'influence commis par les particuliers*», costituisce ipotesi di corruzione attiva il fatto del privato di offrire, senza diritto, in ogni momento direttamente o indirettamente le stesse utilità previste dall'art. 432-11 alle medesime persone (funzionari pubblici in genere) allo scopo di ottenere da costoro, in controprestazione, l'astensione o il compimento di un atto del proprio ufficio oppure l'uso indebito delle loro influenze per far ottenere un beneficio al privato. Il *pactum sceleris* è caratterizzato quindi dal favore amministrativo da un lato e dall'utilità dall'altro. I delitti di corruzione sono divisi prettamente per la qualifica soggettiva della parte contrattuale.

⁴⁵ Ex art. 432-11, «*De la corruption passive et du trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique*», è punito un soggetto titolare di autorità pubblica, incaricato di pubblico servizio, o investito di un mandato elettivo pubblico che solleciti o riceva, senza diritto, in qualsiasi momento, direttamente o indirettamente, offerte, promesse, doni o qualunque altro vantaggio sia al fine di compiere o astenersi dal compiere un atto della sua funzione, della sua missione o del suo mandato, sia al fine di abusare della sua influenza reale o supposta in vista di far ottenere da un'autorità o da una amministrazione pubblica distinzione, impieghi, commesse o qualsiasi altra decisione favorevole.

⁴⁶ Cfr., per approfondimenti, J. Riffault-Silk, *La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal*, in *Rev. intern. de droit comparé*, vol. 54, n.2, 2002, p. 639 ss.; C. Cutajar, *Les évolutions marquantes de la lutte contre la corruption en France*, in *AJ Pénal*, n° 7 et 8, 2015, p. 340 ss.; M.A. Frison-Roche, *La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier*, in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière, ouvrage collectif*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2001, p. 17 ss.; F. Farouz-Chopin, *La lutte contre la corruption*, cit.

economica e finanziaria, e, tra questi, i reati di corruzione sopra menzionati.

Non va poi dimenticato l'apporto della giurisprudenza penale che ad, esempio, con riferimento alla prescrizione triennale, ha ritenuto che essa possa costituire una sorta di impedimento ad un'efficace lotta alla corruzione, tenuto conto della difficoltà di rilevare il reato e fornirne prove concrete ed efficaci. Come è stato osservato⁴⁷, la clandestinità del patto corruttivo fa sì che esso venga spesso allo scoperto quando ormai il termine di prescrizione dell'illecito è scaduto: per ovviare a questo inconveniente che finisce per lasciare impuniti numerosi casi di corruzione, la *Cour de Cassation*, con una sentenza del 6 maggio 2009 ha stabilito di far decorrere il termine di prescrizione dal giorno in cui il reato «*est apparus et ont pu être constatés dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique*»⁴⁸.

Per quanto ricco e complesso, il corredo di strumenti penali contro la corruzione viene ad un certo punto percepito come insufficiente a contrastare il dilagare del malaffare e inizia a farsi strada l'idea che occorra anche fare uso di tecniche finalizzate alla prevenzione dei reati, mediante la creazione di specifiche istituzioni il controllo e il rafforzamento delle regole di trasparenza.

A partire, infatti, dagli Anni Novanta a seguito di scandali e inchieste giudiziarie, per vero non più gravi, quanto a dimensioni e portata sistemica, dei fatti accertati nello stesso arco temporale nella Tangentopoli italiana, la Francia, a differenza dell'ordinamento italiano, reagisce senza indugiare, nella nuova convinzione che la risposta repressiva affidata al contrasto di tipo giudiziario non sia più soddisfacente ma vada adeguatamente integrata con un sistema di prevenzione che consenta non solo di punire, ma anche di prevenire la lesione del bene giuridico. E l'anima di tale sistema non può che trovarsi sul piano del diritto amministrativo, attraverso la predisposizione di modelli di prevenzione e promozione della legalità che restituiscano al diritto penale la funzione di *extrema ratio* nella tutela dei beni giuridici, dovendo la sanzione intervenire esclusivamente quando ogni altro rimedio approntato dall'ordinamento si riveli inidoneo al ripristino della legalità violata.

4. segue. L'evoluzione della normativa francese nella prevenzione del malaffaire nella p.a.

L'approvazione della legge 29 gennaio 1993 n. 122 (*Loi Sapin o loi Sapin I*) rubricata *prévention de la corruption et transparence de la vie économique et des procédures publiques* segna la svolta francese nella gestione del fenomeno corruttivo, fungendo quasi da spartiacque fra un "prima" in cui la dimensione sistemica della corruzione veniva trascurata o addirittura negata e un "dopo" in cui si prende atto che l'illegalità della p.a. non si esaurisce nei singoli episodi criminosi riconducibile alla responsabilità individuale di singoli funzionari pubblici, ma costituisce una patologia di sistema da fronteggiare con misure anche di prevenzione del rischio.

Facendo tesoro dei suggerimenti formulati dalla Commissione di studio

⁴⁷ G. Larguier, *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique*, in *Droit Pén.*, 2005, étude 14; J. Lelieur, *La prescription des infractions de corruption*, Dalloz, Paris, 2008, n. 16, p. 1076 ss.

⁴⁸ *Cass. Crim.*, 6-5-2009, *pourvoi* n. 08-84 107

Bouchery (*Commission de prévention de la corruption*)⁴⁹ nominata nell'aprile del 1992 con l'incarico di studiare le misure di “moralizzazione” della vita pubblica nei settori considerati più “sensibles” e maggiormente esposti al rischio di corruzione (servizi pubblici, urbanistica, concessione dei finanziamenti)⁵⁰, il legislatore francese ha approvato la riforma *Sapin I* con l'obiettivo di mettere ordine a un panorama lacunoso e frammentato, in quanto lasciato alla gestione autonoma delle singole amministrazioni, attraverso norme che disciplinassero i profili di assunzione delle cariche e quelli incompatibilità.

La riforma prevedeva l'avvio di un complesso sistema di coordinamento tra i poteri amministrativi di vigilanza, gli altri servizi governativi e territoriali, e l'autorità giudiziaria, che nel tempo si è dimostrato molto inefficace, e soprattutto non al riparo dalle influenze dell'indirizzo governativo. Veniva realizzata poi una riforma della trasparenza del finanziamento dei partiti politici e del sistema delle partecipate. Altre disposizioni avevano poi ad oggetto la trasparenza dei procedimenti delle collettività territoriali, i concessionari pubblici, le autorizzazioni urbanistiche, industriali e commerciali. Non va tuttavia dimenticato come il rapporto trasparenza-corruzione sia sempre stato improntato in Francia ad una certa difesa del segreto amministrativo⁵¹, come emerge ad esempio nella *Loi n. 78-753* del 14 luglio del 1978 (*pourtant diverses mesures d'améliorations des relations entre l'administration et le public*), che pur disciplinando l'accesso agli atti e istituendo un'apposita *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA), introduceva tuttavia numerose ipotesi in cui non era consentito l'accesso ai documenti amministrativi, e nella *Loi n. 83-634* del 13 luglio 1983 (*portant droits et obligations des fonctionnaires*) che contemplava invece l'obbligo di discrezione professionale tra i doveri dei funzionari pubblici⁵².

A partire dalla *Loi Sapin I* si riconosce invece il ruolo centrale della trasparenza come antidoto nei confronti della corruzione⁵³ e si evidenziano, allo stesso tempo, i

⁴⁹ *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique. Rapport au Premier ministre de la commission de prévention de la corruption présidée par Robert Bouchery – La Documentation française*, Paris, 1993

⁵⁰ Sulla maggior esposizione al rischio di alcune attività, cfr., P. Truche, M. Delmas Marty, *L'Etat de droit à l'épreuve de la corruption*, in G. Braibant (dir), *Mélanges en l'honneur*, Paris, Dalloz, 1996, p.721 ss.

⁵¹ F.Pinto, *La prevenzione e il contrasto della corruzione in Francia nelle riforme degli ultimi anni*, in *amministr@tivamente* (online), n.9-10, 2017,

⁵² Sia consentito rinviare a C. Sartoretti, *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale. Il modello francese*, Giappichelli editore, Torino, 2008, *passim* ma spec., p. 195 ss.; si veda altresì il numero monografico della rivista *Pouvoirs, Transparence et secret*, n. 97, 2001

⁵³ Cfr., B. Lassarre, N. Lenoir, B. Stirn, *La transparence administrative*, Paris, PUF, 1987, per un'attenta ricostruzione delle tappe storiche che hanno condotto all'affermazione della trasparenza come regola e non più eccezione, a cui deve ispirarsi la p.a. francese. Per molto tempo la trasparenza è stata considerata soprattutto come un obbligo morale, ma questa situazione è mutata grazie anche e, a *fortiori*, all'intervento del *Conseil constitutionnel* che, ad esempio, il 26 giugno 2003, in una sua decisione (*Conseil const., déc. n. 2003-473 DC du 26-6-2003*) riguardante la *Loi n° 2003-591 du 2-7-2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, ha riconosciuto valore costituzionale ai «*principes de la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures*», sulla base degli articoli 6 e 14 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Recentemente, si veda E. Aubin, *La protection constitutionnelle de la transparence administrative*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 59, n. 2, 2018, p. 35 ss.

rischi dell'opacità e di quel "potere invisibile" di cui parlava Norberto Bobbio che è negazione della democrazia e dell'accordo della politica con la morale.

La pubblicità delle informazioni si rivela, così, essere uno dei rimedi più efficaci ed economici per prevenire gli abusi e garantire al tempo stesso il buon andamento dell'amministrazione (che è strettamente legato al diritto dei cittadini di conoscere come l'amministrazione destina le risorse di cui dispone, quali risultati ottiene e con quali costi) e la sua imparzialità (attraverso la messa in risalto dei casi di cattiva amministrazione).

La trasparenza, assurgendo a strumento utile e significativo per l'indagine e la prevenzione dei fenomeni corruttivi, consente infatti ai cittadini di esercitare il ruolo di *watchdog* sul corretto e imparziale svolgimento dell'azione amministrativa⁵⁴, ovviamente nel rispetto della libertà individuale e della vita privata, come ci ricorda il *Conseil constitutionnel* nella decisione⁵⁵ con la quale si è pronunciato sulla legittimità costituzionale della *Loi Sapin I*.

L'acquisizione della consapevolezza che la strategia preventiva per arginare la corruzione riposa necessariamente sul principio della trasparenza porta poi al varo della successiva legge cd. DCRA, n. 2000- 321 del 12 aprile 2000, sui diritti dei cittadini nelle loro relazioni con le amministrazioni e delle leggi n. 2013-906 e 2013-907 dell'11 ottobre 2013, sulla trasparenza della vita pubblica, che hanno trasformato la *Commission pour la transparence de la vie publique* in una nuova autorità amministrativa indipendente con poteri accresciuti, la *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* (HATVP).

576

Alla normativa sulla prevenzione della corruzione va poi il merito di aver introdotto per la prima volta il *Service centrale de prévention de la corruption* (SCPC), una struttura interministeriale autonoma (oggi sostituita – come si vedrà meglio in seguito – dall'*Agence française anticorruption*), facente capo al Ministro della Giustizia, diretta da un magistrato dell'ordine giudiziale e composta da magistrati, degli ordini giudiziari, finanziari o amministrativi, e da impiegati statali provenienti dai diversi ministeri (Economia, Interno, Giustizia, Pubblica istruzione), ciascuno dei quali era sottoposto al segreto professionale. Il *Service* poteva denunciare fatti al Procuratore della Repubblica, ma il suo ruolo si esauriva con l'apertura dell'inchiesta giudiziaria, svolgendo pertanto un ruolo essenzialmente preventivo, privo di poteri investigativi e repressivi⁵⁶. Attraverso le informazioni raccolte, il SCPC elaborava poi un

⁵⁴ Sul punto, vedi, H. Park, J. Blenkinsopp, *L'influence de la transparence et de la confiance dans la relation entre corruption et satisfaction du citoyen* in *Rev. Intern. des Sciences Administratives*, vol. 77, n.2, 2011, p. 251 ss.; L. Guillaume, *De l'opacité à la transparence: les limites de l'indice de perceptions de la corruption de transparency international*, in *Déviance et Société*, vol. 31, n. 1, 2007, p. 41 ss. Si veda altresì il numero monografico della rivista *Esprit*, *La corruption maladie de la démocratie*, Février, 2014.

⁵⁵ *Conseil const., déc. n. 92-316 DC du 20-1-1993*. Nella sentenza n.92-316, il *Conseil constitutionnel* ha in particolare insistito sul fatto che «le législateur n'a pas entendu déroger aux dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés»

⁵⁶ In verità la versione originaria della legge conferiva al *Service central de la prévention de la corruption* poteri di controllo e inchiesta più ampi, ma il timore che ciò potesse portare «atteintes à la liberté individuelle sans garantie de l'autorité judiciaire» ha indotto il *Conseil constitutionnel* a dichiarare incostituzionale l'art. 1, comma quinto, della legge n.122 del 1993,

resoconto di attività annuale rimesso al Primo ministro ed al Ministro della Giustizia, e reso successivamente pubblico. Il fascicolo poteva contenere anche delle proposte al Governo tra cui progetti di riforme in materia di politica di prevenzione della corruzione.

Da questo momento in poi, smarcata la necessità di avviare riforme normative finalizzate ad adottare misure di prevenzione alla illegalità nella pubblica amministrazione, l'ordinamento francese si arricchisce vieppiù di leggi finalizzate a contrastare la corruzione in un'ottica di anticipazione della sua concreta realizzazione.

Si tratta di interventi normativi che, analogamente a quelli repressivi delle leggi penali, trovano anch'essi la propria legittimazione in una forte e solida base di principi riguardanti la più ampia tematica della probità pubblica e della buona amministrazione, così ben consolidati nella tradizione giuridica francese.

Similmente a quanto accade in Italia, anche in Francia lo Stato impone, infatti, ai funzionari e agli agenti pubblici alcuni obblighi professionali, allo scopo principale di garantire il rispetto dei valori fondamentali dell'amministrazione, che sono quelli dell'imparzialità⁵⁷ e del buon funzionamento della medesima⁵⁸. A farne poi da corollario è il dovere di probità, intesa come « *qualité de quelqu'un qui observe parfaitement les règles morales, qui respecte scrupuleusement ses devoirs, les règlements* »⁵⁹ che il giudice amministrativo⁶⁰ ha elevato al rango di principio generale di diritto, ritenendolo il presupposto necessario affinché vengano garantiti i valori fondanti della buona amministrazione⁶¹.

Seppur inizialmente non menzionata in quella complessa regolamentazione composta di ben quattro leggi⁶² che è lo *Statut général de la Fonction publique* (adottato nel 1946 e successivamente emendato), la probità, intesa come dovere del funzionario di svolgere il suo compito con integrità e disinteresse, in tutta coscienza e con lealtà, è persa sin da subito riconducibile ad alcuni obblighi espressamente elencati nello Statuto medesimo, primo fra i quali proprio quello di *désintéressement* (art. 25 della *Loi*

là ove espressamente riconosceva al *Service* la possibilità di utilizzare persone qualificate per svolgere indagini in autonomia (Conseil const., *déc.* n.92-316 cit.)

⁵⁷ L'imparzialità è un principio generale della legge sancito dalla sentenza: Cons. Et., ar. 7-7-1965, n° 61958, *Fédération nationale des transports routiers*.

⁵⁸ O. Dord, *Droit de la fonction publique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p.209

⁵⁹ Secondo la definizione proposta dal Dizionario Larousse

⁶⁰ Cfr., ad esempio, Cons. Et., ar. 26-4-1963, *SA Les armateurs français*. Il giudice amministrativo regolarmente richiama l'attenzione sul carattere assoluto del suo principio di « *obligation d'intégrité* » (Cons. Et., ar. 28-6-1999, n. 178530, *Min. Intérieur c./ Stasiak*) come della « *probité de la gestion* » che si impone ai funzionari e agenti pubblici (cfr. per es.: Cons. Et., ar. 27-6-2005, n. 237969, *Novou*)

⁶¹ Sullo stretto collegamento tra anticorruzione e promozione della “buona amministrazione”, cfr., *ex multis*, A. Cerrillo i Martínez, J. Ponce (ed by), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruxelles, Bruylant, 2017

⁶² Lo *Statut général de la Fonction Publique* è così composto: *Titre I : Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (loi Le Pors) Fonction publique de l'État; Titre II : Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relative à la fonction publique de l'État. Fonction publique territoriale; Titre III : Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant disposition statutaires relatives à la fonction publique territoriale. Fonction publique hospitalière; Titre IV: Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions relatives à la fonction publique hospitalière*

n° 83-634 del 13 luglio 1983) che vieta a chi ricopre un pubblico ufficio di perseguire, nell'esercizio delle sue funzioni, interessi diversi da quelli pubblici.

Oggi, la *Loi* n°2016-483 del 20 aprile 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, nel modificare l'art. 25 summenzionato ha espressamente riconosciuto in capo al pubblico funzionario l'obbligo di esercitare le sue funzioni «avec dignité, impartialité, intégrité et probité», aggiungendovi altresì il dovere di dar prova di «neutralité» e rispetto del principio di laicità.

Come è stato osservato⁶³, probità, imparzialità ed efficienza possono a ragione essere considerate «trois exigences, qui sont en même temps des valeurs, fondent toutes les fonctions publiques»: esse sono infatti preposte a garantire che il funzionario serva l'interesse generale e che il funzionamento dei servizi pubblici avvenga in modo corretto e a vantaggio degli utenti; come tali, questi principi, divengono allora anche la base su cui poggiare la connessione tra buona amministrazione e lotta alla corruzione, come, d'altra parte, già evidenziava il *Conseil d'État* in una sentenza del 1969, in cui si riconosceva una stretta correlazione tra integrità ed onestà e divieto di corruzione⁶⁴.

In aggiunta agli articoli 14, 15 e 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* che esprimono un principio di responsabilità degli agenti pubblici, obbligati a dar conto alla società della propria amministrazione, le norme dello *Statut* e l'esigenza di probità recentemente codificata nella l.483/2016 forniscono però complessivamente non soltanto il fondamento giuridico generale con cui legittimare la criminalizzazione della corruzione e di altri reati, come il traffico d'influenza, al fine di ristabilire *ex post* il corretto funzionamento della macchina amministrativa, ma offrono anche la giustificazione per improntare misure di carattere preventivo atte a ridurre o impedire il rischio di *malaffaire* ed assicurare *ex ante* le condizioni essenziali per il buon andamento della p.a., perché il diritto ad una buona amministrazione passa anche attraverso la garanzia di trasparenza e la prevenzione della corruzione.

Proprio su queste premesse e in considerazione anche del dilagare dell'illegalità nella p.a., il legislatore francese ha approvato la *Loi* n° 2016-483 del 20 aprile 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires* con cui ha voluto non soltanto, come si è visto, modificare e aggiornare il Titolo I dello *Statut*, ma più genericamente e ampiamente ha inteso adottare un vero e proprio codice di condotta del dipendente pubblico allo scopo di creare «une fonction publique exemplaire, porteuse de valeurs républicaines, qui consacre ses principes fondamentaux et rénove son approche déontologique pour renforcer le lien qui unit les citoyens au service public»⁶⁵.

Tutti i funzionari e gli agenti pubblici devono infatti rispettare quel complesso di norme di comportamento o – come è stata efficacemente definita – quella «codificazione dell'etica»⁶⁶ che porta appunto il nome di “deontologia”, termine con il quale ci si riferisce, in generale, ai doveri specifici di alcuni stati professionali, e che

⁶³ C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Paris, Dalloz, 2012, p. 13

⁶⁴ Cons. Et., ar. 15-10-1969, n° 76367, *Préfet de police c/ Schweitzer*

⁶⁵ Così testualmente nella *Lettre rectificative au projet de loi (n° 1278) relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, *Compte rendu du Conseil des ministres du 17 juin 2015*, consultabile all'indirizzo web <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2880.asp>

⁶⁶ Così, B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà, Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p.139.

applicato al mondo della pubblica amministrazione⁶⁷ permette di garantire una certa impermeabilità della cosa pubblica rispetto a interessi particolari e persino criminali, per mezzo di richiami ad un «atteggiamento etico degli organi dell'amministrazione»⁶⁸ con i quali si offre dignità ai componenti degli enti pubblici, si favorisce il buon governo e si genera la fiducia del pubblico.

La deontologia – ci ricorda il Consigliere di Stato Christian Vigouroux – può allora essere definita come «*l'art de créer de la confiance chez les citoyens usagers*»⁶⁹; i cittadini contano sull'impegno dei funzionari ad operare per l'interesse generale e ad amministrare quotidianamente le risorse pubbliche in modo appropriato: solo un'amministrazione equa, integra, esemplare ed efficiente può infatti assicurarsi il legittimo affidamento dei cittadini sulla sua azione. La fiducia ed il credito dei privati nei pubblici poteri – è stato osservato⁷⁰ – si pone «*au fondement du contrat social et de la démocratie, en ce qu'elle est au cœur de la relation entre souveraineté populaire et représentation*» e pertanto «*parce qu'il confie la gestion et l'exécution de l'action publique aux gouvernants et à l'administration, et parce que ceux-ci agissent en son nom, le citoyen est en droit d'exiger de toute personne qui concourt à ces missions une réelle exemplarité*».

In tal senso il codice di comportamento del 2016, ergendosi a strumento volto al perseguimento di obbiettivi di integrità e trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, finisce per prestarsi anche come un utile mezzo dell'anticorruzione e, nella fattispecie, come “misura di prevenzione” che si inserisce a valle di una valutazione del rischio di corruzione⁷¹. Là ove, infatti, consente la traduzione di valori “astratti”, propriamente etici⁷², in comportamenti concreti e in doveri rilevanti

⁶⁷ Per R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 147 ss., ma spec., p. 148, come gli "ordini" dei liberi professionisti hanno una loro morale al pari è di giovamento per l'amministrazione pubblica "una morale professionale della funzione pubblica"; Argyriades, Demetrios, *Bonne gouvernance, professionnalisme, éthique et responsabilité*, in *Rev. Intern. des Sciences Administratives*, vol. 72, n. 2, 2006, p. 159 ss.

⁶⁸ S. Lessona, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo. L'azione amministrativa nei suoi aspetti giuridici ed etici*, La Spezia, 1958. Cfr., altresì P. Lucier, *L'éthique [SÉP]et l'administration publique*, in *Éthique publique*, (online) vol. 3, n° 1, 2001; Y. Boisvert, *Éthique et gestion publique : apprendre des scandales*, in *Rev.fr. d'administration publique*, vol. 140, n. 4, 2011, p. 641 ss.; A. Bartoli, O. Keramidas, F. Larat, B. Mazouz., *Vers un management public éthique et performant*, in *Rev. fr. d'administration publique*, vol. 140, n.4, 2011, p. 629 ss..

⁶⁹ C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Paris, Dalloz, 2012, p. 13.

⁷⁰ *Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique* (2011), *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, rapport remis au Président de la République le 26 janvier 2011*, disponibile all'indirizzo: <http://www.conflits-interets.fr>

⁷¹ Cfr., sull'argomento, J.-M. Sauvé, *Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires?*, in *Rev. fr. d'administration publique*, vol. 147, n. 3, 2013, p. 725 ss., ma spec., p. 740, il quale osserva: «*Outre l'arsenal pénal existant, il convient surtout de développer – je l'ai dit de la déontologie en général, cela vaut en particulier pour les conflits d'intérêts – une culture de la prévention, qui repose à la fois sur une organisation collective, une formation et un dialogue. La déontologie est affaire de responsabilité individuelle, mais aussi d'organisation collective. Pour prévenir plus efficacement les fautes déontologiques et les conflits d'intérêts, l'organisation des administrations doit donc être adaptée, la déontologie ne pouvant être en déshérence et absente des organigrammes*».

⁷² Il rinvio a principi etici è molto frequente. D'altra parte, come evidenzia anche Y. Meny, *Francia: la fine dell'etica repubblicana*, in D. Della Porta, Y. Meny, (a cura di), *op.cit.*, p. 9, la corruzione stessa costituisce ovunque la violazione di norme etiche che sono giuridicamente tutelate. Si veda altresì, B. Perrin, *Le rôle de l'éthique dans la prévention de la corruption. Le cas*

sul piano della responsabilità disciplinare, il codice diviene meccanismo di prevenzione capace di dialogare con il processo di *risk assessment* e reagire al verificarsi di episodi di *maladministration*. In altre parole – e ciò è una delle ragioni della fortuna che i codici di comportamento hanno avuto in Francia, ma anche in altri ordinamenti come, ad esempio, quello italiano – la deontologia diviene il punto di snodo di dimensioni diverse, di responsabilità (anzitutto disciplinare), prevenzione della corruzione, etica e legittimazione, del funzionario e delle stesse istituzioni, che vengono in questo modo messe in connessione e comunicazione fra loro e offrono nel loro complesso un valido supporto all'azione svolta da soggetti *ad hoc* come le autorità anti-corruzione⁷³.

5. La corruzione secondo la *Loi Sapin II*: tra prevenzione dell'illegalità, trasparenza e ammodernamento della vita economica

Punto di approdo del cammino intrapreso dal legislatore francese per disciplinare al meglio la questione "corruzione", in un'ottica che veda moltiplicarsi anche le ipotesi di interventi precauzionali e non solo repressivi, è rappresentato dalla recente *Loi* n° 2016-1691 del 9 dicembre 2016, c.d. "*Loi Sapin II*", che modifica la precedente *Loi Sapin I* del 1993, disciplinando in maniera rigorosa ed analitica il settore degli *affaires publiques* e vietando i *facilitation payments* e la corruzione privata oltre a interdire il traffico illecito di influenze internazionali. La riforma è stata sottoposta al vaglio di costituzionalità del *Conseil constitutionnel*, il quale è intervenuto con la decisione n° 2016-741 del 8 dicembre 2016⁷⁴ con cui, fatta salva l'eliminazione di alcuni articoli per incostituzionalità, ha convalidato la maggior parte delle disposizioni contenute nella legge, confermandone sostanzialmente l'assetto originario.

Come emerge dal titolo della legge, la Francia non intende con questo provvedimento dotarsi solo di uno strumento che permetta di svelare, prevenire e sanzionare efficacemente la corruzione e gli attentati alla probità, ma si prefigge un compito ben più ambizioso – già in parte anticipato nella precedente *Loi Sapin I* – come quello di riuscire ad offrire risposte concrete alle richieste dei francesi per ciò che riguarda trasparenza, etica e giustizia in materia economica⁷⁵, nella convinzione che la corruzione non abbia solo assunto dimensioni sistemiche ed internazionali ma incida anche sull'economia pubblica e la leale concorrenza tra imprese oltre che sul

de la Suisse, in *Sécurité et stratégie*, vol. 3, n. HS1, 2010, p. 87 ss., ma spec., p.93 che con riguardo alla funzione di prevenzione degli illeciti, definisce l'etica: «*une barrière privilégiée contre le passage à l'acte*»

⁷³ Vedi, anche con particolare riferimento al caso italiano, E. Carloni, *I codici di comportamento*, in *Il lavoro nelle pubblicazioni amministrazioni*, Numero unico, 2017, p.158 ss.; S. Cassese, *I codici di condotta*, in *Documenti Giustizia*, 1994, pp.7-8

⁷⁴ Conseil const., *déc.* n. 2016-741 DC du 8-12-2016

⁷⁵ V., recentemente, B. Delaunay, *La transparence de la vie économique*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 59, n. 2, 2018, p. 23 ss., il quale fa notare come l'attenzione all'economia che emerge nel richiamo alla «*transparence de la vie économique*» nella legge *Sapin I* e in quello alla «*modernisation de la vie économique*» nella legge *Sapin II* non sia da considerarsi «*banale*» ma testimoni la necessità di «*parvenir à une meilleure connaissance et à une accessibilité accrue de l'information relative à la vie économique, c'est-à-dire à la vie publique des affaires entendue comme la vie des entreprises privées au-dehors et à l'action économique des administrations*».

buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione

«*L'éthique doit être la boussole de la vie publique et économique*», ha espressamente affermato Michel Sapin che ha poi anche aggiunto «*ce texte contribuera à faire de notre pays une démocratie moderne, assise sur des valeurs solides*» e permetterà di costruire «*une économie au service de tous et à combattre une finance débridée au service de la corruption et de la spéculation*»⁷⁶.

La nuova legge si propone, infatti, di assicurare il raggiungimento dei migliori standards europei ed internazionali in materia di trasparenza e lotta alla corruzione, prestando attenzione anche alla modernizzazione della vita economica, attraverso la previsione di una serie di misure di carattere finanziario (ad es. ridefinizione degli abusi di mercato; maggiori poteri conferiti all'Autorità dei mercati finanziari, organizzazione pubblica indipendente con personalità legale e autonomia finanziaria fondata nel 2003 con il *Financial Security Act* e con l'obiettivo di migliorare e dare maggiore visibilità al sistema regolativo finanziario della Francia; inquadramento del finanziamento partecipativo o *crowdfunding*; segnalazione dei prodotti derivati) indirizzate tanto ai consumatori quanto alle imprese, indispensabili a ristabilire il pluralismo economico e ad assicurare la tutela dei risparmiatori e degli investitori.

Novità di particolare interesse della legge in esame è rappresentata dall'introduzione dell'*Agence française anticorruption* (AFA) che sostituisce il precedente *Service Central de la prévention contre la corruption* istituito ad opera della pregressa *Loi n.93-1993*, modificandone ed estendendone le relative funzioni in un'ottica anche di omogeneizzare gli istituti di prevenzione alla lotta alla corruzione nell'area europea e nell'area internazionale (conformemente a quanto richiesto dalla Convenzione ONU del 31 ottobre 2003).

Rispetto all'SCPC, che va a sostituire, l'AFA si distingue però per il fatto che, pur continuando a far capo al Ministero della Giustizia, ha invero più ampia autonomia ed una significativa estensione dei compiti da esercitare (nonché dei correlati poteri), essendole possibile, tra l'altro: 1) prevenire fatti corruttivi (generalmente intesi come corruzione, concussione, traffico di influenze, acquisizione illegale di interessenze, appropriazione indebita di fondi pubblici e favoritismi) anche attraverso la formulazione di raccomandazioni, indirizzate a soggetti specificatamente individuati sulla base di alcune loro caratteristiche concrete (come, ad esempio, la dimensione dell'ente e la natura dei potenziali rischi a cui esso può essere esposto nel proprio ambito di operatività), con ciò superando, almeno in teoria, l'applicazione meramente formale di cui tali strumenti di indirizzo sono spesso accusati; 2) esercitare il controllo, anche d'ufficio, oltre che su segnalazione dei membri del governo o di altre autorità sull'efficacia e sulla qualità dei sistemi di prevenzione adottati dalle amministrazioni pubbliche; 3) verificare il rispetto dell'introduzione di un sistema di prevenzione della corruzione nei soggetti privati a ciò obbligati ai sensi della medesima *Sapin II*, con possibilità, in questo come nel precedente caso, di esercizio di specifiche facoltà previa autorizzazione del *Conseil d'État*, di qualsivoglia documento e/o informazione utile al perseguimento dei propri fini di verifica e controllo; 4) segnalare all'autorità giudiziaria fatti di cui si è venuti a

⁷⁶ Le dichiarazioni del Ministro sono riportate nell' *Éditorial* del Ministro nel *Dossier de Press*, *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, 30 marzo 2016, consultabile all'indirizzo online www.economie.gouv.fr

conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni che possano configurarsi illeciti penalmente rilevanti.

L'istituzione dell'*Agence française anticorruption* (AFA) si inserisce all'interno di un più ampio scenario comparato di contrasto amministrativo della corruzione che ha visto non solo in Francia, ma in numerosi altri ordinamenti giuridici, svilupparsi legislazioni anticorruzione e diffondersi autorità *ad hoc* preposte alla prevenzione delle condotte corruttive.

Nel quadro delle esperienze di lotta alla corruzione, quella italiana è stata spesso presa a riferimento dagli altri Paesi, soprattutto per il ruolo che nel sistema ha progressivamente assunto l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)⁷⁷. La Francia per prima, come emerge dal dibattito⁷⁸ che ha condotto all'istituzione dell'AFA, si è ispirata all'ANAC (istituzione ampiamente analizzata all'indomani della scelta francese di adottare una nuova legge anticorruzione) come modello di buona prassi a livello internazionale, per creare e regolamentare un nuovo soggetto che potesse sostituire il pregresso *Service central de prévention de la corruption* e fosse dotato di funzioni consultive e di controllo più estese e di nuovi mezzi d'azione.

La tentazione di effettuare un parallelismo tra AFA e ANAC sorge pertanto naturale, ma il raffronto, seppur giustificato, non sembra potersi tuttavia spingere fino al punto di sostenere una completa corrispondenza tra le due autorità, che divergono oltre che per l'ambito soggettivo di esercizio delle funzioni, più ampio per l'AFA in quanto comprensivo non solo di organizzazioni pubbliche ma anche di soggetti interamente privati, anche per il fatto che solo all'organismo italiano è riconosciuta la natura di autorità amministrativa indipendente.

582

L'*agence française* risulta infatti incardinata presso il Ministero della Giustizia ed il Ministero delle finanze (art.1 l. 1691/2016) e questo ha posto e continua a porre alcuni interrogativi⁷⁹ circa la possibilità di essere anch'essa ricondotta nell'alveo delle autorità amministrative indipendenti, al pari di altri organismi nazionali come l'*Autorité de la Concurrence* o la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* o, ancora, l'*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*.

Come è noto, le *authorities* (o autorità amministrative indipendenti) sono soggetti o enti pubblici istituiti allo scopo di regolare ambiti considerati sensibili o di alto contenuto tecnico (ad esempio, la concorrenza, le comunicazioni, la *privacy* e, nel caso di specie, anche la corruzione), tali da esigere una peculiare posizione di indipendenza rispetto al potere politico, in modo da garantire loro una certa imparzialità e neutralità rispetto agli interessi coinvolti.

⁷⁷ Cfr. sul punto, *ex multis*, Cfr. già OECD, *Specialised anti-corruption institutions. Review of models*, Paris, OECD, 2007; R.Cantone, E. Carloni, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2017, p. 903 ss.

⁷⁸ Cfr., *Service central de prévention de la corruption, Rapport pour l'année 2015, La Documentation française*, Paris, 2016, che ha un intero capitolo (il V) dedicato al modello italiano dell'ANAC

⁷⁹ L'indipendenza dell'AFA ha costituito oggetto di un vivace dibattito parlamentare nel corso dell'approvazione della legge *Sapin II*. Sul punto, cfr., *Dossier législatif loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Communiqué de presse Transparency international*, 2016 ; C. Rolland, *Création de l'Agence française anticorruption par la loi «Sapin II» : quels moyens pour quelle action*, in *Actualité Juridique Collectivités Territoriales*, 2017, p. 124 ss.; E. Daoud, S. Sfoggia, *Que doit-on attendre de la nouvelle Agence française anticorruption ?*, in *Rev. Lamy Droit des Affaires*, n° 125, 2017, p. 34 ss.

La circostanza per cui esse siano «*placé auprès des ministres chargés de la justice et du budget*» solleva, infatti, alcuni dubbi sulla reale capacità del magistrato preposto alla guida della medesima di ottemperare l'articolo 2 della legge in cui si dichiara che egli, nell'esercizio delle funzioni, «*ne reçoit ni ne sollicite d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale*».

Diversamente che per l'ANAC, sin dalla sua origine considerata un'autorità amministrativa indipendente (natura di recente confermata anche dal Consiglio di Stato⁸⁰), per l'AFA si è preferito parlare di una sorta di ibrido, «*ni autorité administrative indépendante ni autorité judiciaire*», poiché per le ragioni sopra menzionate, non sembra possa esserle riconosciuta «*une indépendance pleine et entière*»⁸¹.

Non va d'altra parte dimenticato come complessivamente, e a prescindere dallo specifico caso AFA, la Francia abbia da sempre dimostrato una scarsa propensione per l'introduzione di autorità amministrative indipendenti nel suo territorio, ciò che trova una sua giustificazione nella norma costituzionale (art.20 Costituzione francese) che colloca l'amministrazione pubblica alle strette dipendenze del Governo, facendone così un apparato tendenzialmente monolitico che mal si adatta all'idea di un'amministrazione “parallela” ed alternativa al modulo dei Ministeri.

Ciò non ha naturalmente impedito lo sviluppo anche nel Paese d'oltralpe di *authorities* capaci di regolare quei *domaines sensibles*, per i quali è sembrato necessario garantire l'apporto qualificato di organismi muniti di una particolare posizione di terzietà, in modo da garantire interventi più equilibrati e non condizionati dall'indirizzo politico; tuttavia, rispetto ad altri ordinamenti che hanno accolto con maggior favore questo nuovo modo di essere della p.a. (primo fra i quali quello statunitense)⁸², in Francia sembra per certi versi essere permasa una certa diffidenza e ritrosia per questi soggetti giuridici, come ad esempio, emerge da una più recente denuncia del loro «*developpement anarchique*» a cui si suggerisce di porre rimedio con un ridimensionamento del numero⁸³.

Nel selezionare il modello di organismo specializzato richiesto dalla convenzione ONU del 2003, la Francia sembra dunque optare per un modello “istituzionale”⁸⁴ e più tradizionale, come quello dell' “agenzia”, di un organismo cioè che continua ad essere incardinato nell'apparato governativo, pur mantenendo una certa autonomia organizzatoria e funzionale atta a permettere quella distinzione tra compiti politici e compiti amministrativi che è necessaria a garantire una maggiore

⁸⁰ Cons. St., comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920 riconosce all'ANAC. la natura di autorità amministrativa indipendente in virtù della funzione di garanzia da essa assolta e dei delicati interessi sottesi alla disciplina degli appalti pubblici, conformemente alle direttive comunitarie

⁸¹ P. Dufourq, *Les contrôles de la nouvelle Agence française anticorruption*, in *Dalloz actualité online*, 10 novembre 2017

⁸² Sul punto, in chiave comparata, sia consentito rinviare allo studio di C.Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato. Indirizzo politico e mercato nel mondo latino-americano*, Bologna, Bononia University Press, 2018

⁸³ Si veda il *Rapport d'information de M. Patrice GÉLARD*, 11 giugno 2014, consultabile all'indirizzo web <https://www.senat.fr/notice-rapport/2013/r13-616-notice.html>

⁸⁴ Cfr., J-B Auby, *Les voies de la lutte contre la corruption administrative*, in *Droit administratif*, 1999, p. 3 ss.

efficienza dell'azione dei poteri pubblici⁸⁵. L'*agence française anticorruption* sembra per certi versi potersi ricondurre a quel modello di agenzia che ha avuto notevole sviluppo nel sistema europeo⁸⁶, a cui sono riconosciuti compiti di natura tecnica che consistono principalmente in attività di indagine, consulenza e proposta e che pur collocandosi fuori dall'apparato amministrativo della Commissione europea, non sono dotate di una piena ed effettiva indipendenza, paragonabile a quella di cui sono provviste le *authorities*.

Al di là del collocamento o meno dell'*agence française anticorruption* nel novero delle autorità amministrative indipendenti, è d'obbligo comunque constatare come la nuova legge, anche e *a fortiori* attraverso questo organismo, abbia di fatto compiuto notevoli passi avanti nella lotta contro la corruzione, come dimostrano non soltanto gli ampi poteri riconosciuti all'AFA (poteri anche di inchiesta molto forti, potendo la medesima agenzia interrogare qualsiasi soggetto ed esaminare qualsiasi documento, detenuto da soggetti pubblici o privati, al fine soprattutto di controllare la probità dei soggetti privati con cui la p.a. contratterà)⁸⁷, ma anche la tutela dei funzionari *lanceurs d'alerte*, versione francese dell'istituto del *whistleblower*, ossia di coloro che denunciano attività corruttive e *maladministration* all'interno dell'ente di appartenenza di cui sono personalmente a conoscenza, e i particolari obblighi imposti alle grandi società⁸⁸.

Con riferimento ai *lanceurs*, la *Loi Sapin II* ha riconosciuto per la prima volta l'importanza della cultura della segnalazione all'interno dell'amministrazione pubblica e delle aziende, introducendo un regime giuridico generale di protezione dei segnalatori, proponendone prima di tutto una definizione univoca⁸⁹. Ai sensi dell'art.6 il *lanceur d'alerte* è la persona fisica che rivela o segnala, in maniera

⁸⁵ Sulle agenzie anche in chiave comparata, cfr., L. Casini, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 393 ss.

⁸⁶ Cfr., F. Donati, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione*, 1, 2006, p. 27 ss.

⁸⁷ Secondo S.Ottoni, *op cit.*, p. 247, questo tipo di poteri consentono di differenziare, almeno parzialmente, il ruolo dell'agenzia anticorruzione da quello svolto dal *Service central de prévention de la corruption*, con cui la prima condivide la funzione consultiva.

⁸⁸ Si veda soprattutto per la definizione del concetto di *lanceur d'alerte*, A.Laurant, *L'agent public lanceur d'alerte: de la déontologie à la transparence*, in *Rev.dr.pubbl.*, 2016, n. 4, p. 1094 ss.; J.-P. Foegle, *Les lanceurs d'alerte*, in *La Revue des droits de l'homme*, 6, 2014, online; J. Marchand, *Le droit d'alerter, entre transparence et secret*, in *La Revue des droits de l'homme*, online, n. 10, 2016

⁸⁹ L'ordinamento francese non era invero privo del tutto di norme in tema di *whistleblowing*, ma si trattava di disposizioni ricavabili da una pluralità di atti che, anche se considerate assieme, non fornivano un quadro preciso e dettagliato del fenomeno. Prima dell'introduzione di norme specifiche, la protezione dei dipendenti che segnalavano condotte illecite era garantita solo in relazione ad alcune fattispecie ben definite. Il Codice del Lavoro, infatti, poneva (e pone tuttora) in capo al lavoratore il dovere di riferire immediatamente al datore di lavoro o a un suo delegato ogni situazione lavorativa che, secondo la sua ragionevole convinzione, potesse costituire un pericolo imminente e grave per la sua vita e per la sua salute (*Code du travail*, L.4133-1). Questo obbligo era esteso anche ai funzionari pubblici, i quali erano tutelati da eventuali provvedimenti disciplinari e decurtazioni stipendiali qualora si fossero sottratti dall'eseguire una mansione ritenuta dannosa per la loro salute. Inoltre, il Codice del Lavoro ammetteva la protezione dei dipendenti che avessero riferito atti ritorsivi dettati da ragioni discriminatorie (*Code du travail*, artt. L.1132-3 e L.1132-4) o che avessero riferito episodi di molestia sessuale (*Code du travail*, artt., L.1153-3 e L.1153-4) o morale (*Code du travail*, artt., L.1152-2 e L.1152-3)

disinteressata e in buona fede, un reato, una violazione grave e manifesta di una legge o di un regolamento o una minaccia per l'interesse pubblico. Sono pertanto esclusi dal regime di segnalazione così definito i documenti e le informazioni coperti da segreto di Stato, da segreto medico o da segreto relativo al rapporto tra un avvocato e il suo cliente.

Sui profili di costituzionalità della disciplina del *lanceur d'alerte*, prevista negli artt. 6ss, dinnanzi alle numerose perplessità manifestate in sede di discussione parlamentare, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che la definizione di *whistleblower* offerta dall'articolo 6 della legge sia sufficientemente precisa. Nella sua decisione n.2016-741, il giudice delle leggi francese ha inoltre ritenuto che le norme dell'articolo 8, che organizzano la procedura di segnalazione in tre fasi successive (al datore di lavoro, poi a un'autorità amministrativa o giudiziaria e, infine, in assenza di trattamento, al pubblico), siano conformi alla Costituzione. Il *CC* ha tuttavia chiarito che il campo di applicazione di quest'ultima disposizione è da considerarsi limitato agli informatori che presentano una segnalazione in merito all'organizzazione che li impiega o all'organizzazione con cui collaborano in un contesto professionale; dalla legge si evincerebbe infatti che l'art.8 non si applica ai *lanceurs d'alerte* "esterni". Con queste precisazioni, il *CC* ha cercato di limitare i rischi che l'applicazione della disciplina degli informatori possa condurre alla legittimazione di forme di delazione nell'interesse personale anziché di segnalazione “virtuosa” – o, come è stata efficacemente definita, di «*alerte éthique*»⁹⁰ – fatta nell'interesse generale della collettività⁹¹.

In merito invece alle società che impiegano oltre cinquecento dipendenti o presentano un fatturato superiore a 100 milioni di euro, oltre alla specifica procedura testé menzionata della segnalazione dell'illecito, sono previsti specifici obblighi finalizzati a prevenirne la corruzione e, nella fattispecie, si impone l'istituzione di *compliance programs* (o *programmes de mise en conformité*) che dovranno contenere un codice di condotta con annessi sistemi sanzionatori disciplinari autonomi, una mappa del rischio, delle procedure di controllo contabile interne o esterne, finalizzate a garantire che libri, registri e conti non siano utilizzati per nascondere la corruzione o il traffico di influenza illecita, un sistema di formazione per i dirigenti ed il personale

⁹⁰ Come emerge dall'approfondita disamina del *Conseil d'État*, *Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger. Étude adoptée le 25 février 2016 par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État*, La Documentation française, Paris, 2016, *passim*, ma spec. p. 11, a cui si rinvia altresì per l'accurata descrizione del ruolo del *lanceur d'alerte*, il quale appare «*n'est ni un dissident, qui s'opposerait radicalement à une collectivité, ni un partisan de la désobéissance civile, qui revendiquerait une "contre-légitimité"*», ma piuttosto colui che «*signale, de bonne foi, librement et dans l'intérêt général, de l'intérieur d'une organisation ou de l'extérieur, des manquements graves à la loi ou des risques graves menaçant des intérêts publics ou privés, dont il n'est pas l'auteur*».

⁹¹ Si osservi come il *Conseil constitutionnel* (Conseil const., *déc.* n. 2016-740 DC du 8-12-2016) abbia confermato la validità anche della *Loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte* n° 2016-1690 du 9-12-2016 (che modifica la precedente *loi organique* n. 2011-333 du 29-3-2011), la quale, unitamente alle norme contenute nella legge *Sapin II* e indirizzate alla regolazione dei *lanceurs d'alerte*, contribuisce a offrire una sorta di “statuto” del *Whistleblowing*. In particolare, il giudice delle leggi francese nella decisione n. 2016-740 ha testualmente affermato che la *loi organique* sottoposta al vaglio costituzionale «*a été prise sur le fondement de l'article 71-1 de la Constitution*» ed è stata adottata «*dans le respect des règles de procédure prévues par les trois premiers alinéas de son article 46*».

più esposto a rischi di corruzione e traffico d'influenza (art. 17, l. *Sapin II*).

Il legislatore ha poi dedicato un'attenzione particolare alla trasparenza dei rapporti fra i *représentants d'intêret* - ossia persone giuridiche di diritto privato o associazioni pubbliche o, ancora, persone fisiche impegnate, rispettivamente, in attività di impresa o in attività professionali capaci di influenzare le decisioni pubbliche per la rilevanza che esse assumono - e i detentori del pubblico potere. Nota a livello internazionale come *lobbying*, la dinamica attraverso cui gli interessi particolari cercano di influire sulle decisioni pubbliche non costituisce un illecito di per sé, tuttavia, al fine di limitare le pratiche che minano i meccanismi della democrazia contaminando i processi decisionali con forme di corruzione, condizionamento o asservimento dei decisori pubblici o con stravolgimento delle procedure, in Francia, come in altri Paesi, è stata avvertita la necessità di introdurre una disciplina in termini di trasparenza e riconoscibilità⁹². E ciò per permettere di distinguere gli episodi di «lecita promozione di attività imprenditoriali»⁹³ dai casi di traffico di influenze illecite o di vera e propria corruzione, riducendo il rischio di una commistione equivoca di ruoli, di funzioni e di persone, in cui possono più facilmente radicarsi fenomeni illegali e incentivando una sana dialettica tra imprese e Pubbliche Amministrazioni.

La legge francese, nella fattispecie, prevede l'obbligo di iscrizione da parte dei lobbisti al Registro dei rappresentanti di interesse della *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* al fine di realizzare una apposita banca dati pubblica e liberamente accessibile, contenente un preciso elenco di informazioni atte a consentire la qualificazione dell'attività economica svolta dal rappresentante di interessi, i responsabili della medesima e i rapporti tra gli individui facenti parte di un gruppo di pressione e i soggetti preposti ad assumere pubbliche decisioni (art. 25 della *Loi* n. 1691/2016 che modifica la *Loi* n° 2013-907 dell'11 ottobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*).

Con la nuova normativa, il governo transalpino, non soltanto si adegua alla necessità di introdurre una regolazione nazionale delle *lobbies* che permetta di rendere trasparente e imparziale (almeno per quanto riguarda il piano amministrativo) il vasto quadro dei rapporti istituzionali tra il decisore pubblico e i vari rappresentanti di interessi settoriali, ma, nel vasto e variegato panorama delle forme di censimento dei gruppi di pressione, opta per il modello a registro obbligatorio, ispirandosi per certi versi alla tipologia diffusa negli Stati Uniti (secondo cui i rappresentanti non possono scegliere liberamente di registrarsi, ma per legge devono assoggettare la propria attività professionale al monitoraggio del

⁹² Sull'argomento e in più in generale sul problema delle lobbies vi è una ricca letteratura; esemplificativamente, si veda, P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione: parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, Giuffrè, 2011; C. Holman, E.W. Luneburg, *Lobbying and transparency: A comparative analysis of regulatory reform*, in "Interest Groups & Advocacy", Macmillan Publishers Ltd. 2012, p. 75 ss.; M. Clamen, *Lobbying: de l'histoire au métier*, in *Géoéconomie*, vol. 72, n. 5, 2014, p. 165 ss.; P. Bardon, T. Libaert, *Le lobbying*, Paris, Dunod, 2012

⁹³ Così, Paola Severino in un articolo dal titolo *Senza norme sul lobbismo difficile abbattere l'illegalità*, pubblicato sul quotidiano *Il Messaggero*, 15 giugno 2018; Cfr., altresì, B. Sourice, *Lobbying et corruption, les deux faces de la capture du pouvoir*, in *Hermès, La Revue*, vol. 73, n. 3, 2015, p. 81 ss.; Id, *Plaidoyer pour un contre-lobbying citoyen*, Paris, éditions Charles Léopold Mayer, 2014; P. Lascoumes, *Une Démocratie corruptible*, Paris, Seuil, 2011

decisore e dell’opinione pubblica), e preferendolo al prototipo “volontario” (e più *soft*) adottato in molti ordinamenti europei, primo fra i quali la Germania⁹⁴.

L’art. 25 ha complessivamente superato il controllo di costituzionalità fatta eccezione per alcuni aspetti che il *Conseil constitutionnel* nella sua decisione n.2016-741 ha ritenuto di dover censurare⁹⁵. Il giudice delle leggi francese ha, in particolare, giudicato conforme alla Costituzione la creazione di un elenco digitale dei rappresentanti di interessi sotto la responsabilità della *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* (HATVP), precisando che l’art. 25 non ha «*ni pour objet ni pour effet de conférer à la Haute Autorité le pouvoir d'imposer des obligations aux membres des assemblées parlementaires, à leurs collaborateurs et aux agents de leurs services, dans leurs relations avec les représentants d'intérêts*». Ha invece formulato una riserva di interpretazione là ove ha voluto precisare che la medesima disposizione non può «*sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, interdire aux assemblées parlementaires de déterminer, au sein des représentants d'intérêts, des règles spécifiques à certaines catégories d'entre eux, ou de prendre des mesures individuelles à leur égard*».

La complessa *Loi Sapin II* con la quale il legislatore francese introduce una serie di misure e azioni finalizzate a migliorare la lotta contro la corruzione non interviene però soltanto sul piano della prevenzione del malaffare a cui dedica, come appena visto, particolare attenzione ma sceglie di agire a 360° e non trascurare dunque anche quella dimensione sanzionatoria-repressiva che costituisce il secondo pilastro della strategia anticorruzione. L’attenzione che oggi viene prestata agli strumenti preventivi, non deve, infatti, fare trascurare l’importanza che continuano ad avere anche le misure repressive, le quali, pur divenendo operative solo allorché i primi siano falliti, oltre a sanzionare le condotte illecite con pene aventi funzione retributiva ed afflittiva, permettono di conseguire due ulteriori obiettivi: impedire che i funzionari e gli agenti corrotti possano cagionare ulteriori danni (prevenzione speciale) e fungere da deterrente (prevenzione generale).

Ecco perché si rende necessario aggiornare anche il sistema penale: per sradicare la corruzione non esistono ricette infallibili, tuttavia una strategia che voglia risultare concretamente efficace deve basarsi su un insieme di misure adattate al contesto locale e pensate sia in chiave preventiva che in prospettiva rimediale alla commissione di reati di corruzione.

In tal senso, la *Loi Sapin II* apporta pertanto modifiche anche al *Code pénal*, assicurando, innanzitutto, l’estensione della portata del reato di corruzione a tutti gli appalti pubblici e a tutti i contratti di concessione (che comprendono le delegazioni di servizio pubblico ma anche opere e concessioni). Ricalcando, poi, le orme del *Foreign Corrupt Practises Act* (FCPA) americano (primo atto legislativo approvato nel 1977 dal Congresso statunitense, che estende la sua applicabilità al di fuori dei confini del Paese, vietando di corrompere pubblici ufficiali di altri governi con la finalità di

⁹⁴ Per una ricostruzione in chiave comparata dei modelli di registrazione dell’attività dei gruppi di pressione, vedi, D. David, *Lobbying, Gruppi di interesse e regolazione amministrativa: alcuni segnali di cambiamento?* in *Federalismi.it*, online, 20 dicembre 2017.

⁹⁵ Nella fattispecie, se il giudice delle leggi ha apprezzato la definizione dei rappresentanti di interessi offerta dal legislatore, perché ritenuta sufficientemente chiara e precisa, è stato invece critico in merito al fatto che «*en édictant des délits réprimant la méconnaissance d'obligations dont le contenu n'est pas défini par la loi, mais par le bureau de chaque assemblée parlementaire, le législateur a méconnu le principe de légalité des délits et des peines*».

ottenere indebiti vantaggi), la legge prevede inoltre che venga attribuita efficacia extraterritoriale al diritto penale francese in caso di commissione di reati di corruzione: il giudice francese potrà, infatti, perseguire i cittadini francesi come pure gli stranieri abitualmente residenti in Francia o che in Francia conducano tutta o anche solo una parte della propria attività economica che realizzino comportamenti corruttivi in violazione della legge francese indipendentemente dal luogo in cui tali comportamenti vengano compiuti e, dunque, anche nel caso essi siano commessi all'estero e indirizzati a pubblici ufficiali stranieri (art.435-6-2 e art.435-11-2 *Code pénal*).

L'art. 18 della legge introduce poi nel codice penale francese l'art. 131-39-2 che contempla la possibilità di punire la persona giuridica che violi la legge imponendole l'obbligo di realizzare, a sue proprie spese e in un arco temporale di non oltre cinque anni, un sistema di *monitoring* (un piano cioè di monitoraggio, misurazione, analisi e valutazione del sistema di gestione anticorruzione), sotto stretto controllo dell'AFA. L'inadempimento di tale obbligo di *facere* così come l'ostruzionismo da parte delle persone fisiche rappresentanti il soggetto giuridico sanzionato sono punibili con l'arresto, a carico delle stesse persone fisiche, fino a due anni e con la condanna a una sanzione pecuniaria di 50.000 euro; analogamente, le stesse persone giuridiche subiranno, in questi casi, l'imposizione di una sanzione pari a quella già irrogata loro in conseguenza del fatto criminoso origine dell'applicazione dell'obbligo di *facere* di cui all'art. 131-39-2 sopra illustrato.

6. Spunti conclusivi

Nell'ordinamento francese, il termine corruzione appare già nel Preambolo della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, che recita: « *Les représentants du peuple français, constitués en assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements* ». Tuttavia, come si è precedentemente osservato, il governo transalpino con somma fatica ha riconosciuto la dimensione sistemica che il fenomeno corruttivo ha assunto in Francia, come in molti altri ordinamenti, al punto da poter parlare di una corruzione "amministrativa", intesa come illegalità che serpeggia all'interno della p.a., la cui estensione è divenuta tale da non potersi più parlare di isolati casi di responsabilità individuale, ma piuttosto di una patologia del sistema amministrativo in quanto tale.

Il GRECO, l'organismo del Consiglio d'Europa composto da 49 stati membri, operante in materia di corruzione, ha rilevato in più occasioni come l'ordinamento transalpino fosse piuttosto carente in materia di anti-corruzione e come nel 2013 avesse attuato solo tre delle numerose raccomandazioni formulate nel primo rapporto di conformità elaborato dall'organismo europeo⁹⁶.

Malgrado la presenza di un arsenale giuridico finalizzato alla persecuzione e

⁹⁶ Cfr., il *Second Rapport de conformité sur la France* del *Groupe d'États contre la corruption (GRECO)*, 26 novembre 2013, che valuta le misure adottate dalle autorità francesi a partire dal primo *Rapport de conformité sur la France* del 1° aprile 2011 alla luce delle raccomandazioni formulate nel *Rapport d'évaluation du troisième cycle* del 12 marzo 2009. Il documento è consultabile sul sito www.coe.int/fr/web/greco/evaluations/france

sanzione della corruzione e di numerose altre specifiche fattispecie penali “limitrofe”, la disciplina normativa esistente appariva infatti deficitaria ed insufficiente a rispondere ad una richiesta più ampia di contrasto alla corruzione in termini non solo più repressivi ma anche preventivi. Una richiesta, quella di intervento *ex ante* e non solo *ex post*, che proveniva dalla circostanza per cui il mercimonio della funzione pubblica era divenuto sempre meno episodico e sempre più assurgeva a componente quasi strutturale del funzionamento della Pubblica Amministrazione, in cui si rifletteva tutta l’inefficienza e il malaffare del settore pubblico-amministrativo.

Occorreva dunque mettere mano non tanto al già nutrito *Code pénal*, ma piuttosto a tutte quelle regole e procedure che dovevano – e devono – garantire il buon andamento e l’imparzialità dell’intero apparato amministrativo, al fine di migliorare il rapporto tra amministrati e amministrazione, rinnovando l’immagine di quest’ultima e ripristinando l’antica fiducia nell’onestà e qualità della p.a. francese.

Di qui l’avvio progressivo di riforme ad opera del governo francese tutte improntate ad operare sul versante della prevenzione amministrativa, e cioè dell’introduzione di forme di controllo, regole e standard di comportamento in grado di impedire od ostacolare *in nuce* la realizzazione di comportamenti corruttivi da parte delle pubbliche amministrazioni.

La *Loi Sapin II* rappresenta il punto di approdo di questo lungo *iter* e sembra in una qualche misura aver centrato l’obiettivo là ove essa prevede la creazione di un apposito organo anticorruzione, l’adozione codici di condotta e di misure per la trasparenza e la responsabilità, l’introduzione di un sistema di protezione per i dipendenti che, in buona fede, segnalano casi sospetti di corruzione all’interno della pubblica amministrazione (*lanceurs d’alerte*).

Non solo. La nuova legge del 2016 sembra aver anche fatto tesoro della necessità di una politica anticorruzione “integrata”, che pur prevedendo l’introduzione nell’ordinamento di strumenti di prevenzione volti a incidere sulle occasioni di corruzione e sui fattori che ne favoriscono la diffusione, impone di continuare ad aggiornare e rafforzare altresì i rimedi di tipo repressivo, assicurando in questo modo il rispetto dei fondamentali principi garantistici del sistema penale. Un sistema di politiche anticorruzione efficiente deve infatti articolarsi oltre che sulla promozione di una cultura della legalità e dell’etica pubblica nelle amministrazioni centrali e locali, su due principali linee di intervento che devono coesistere ed integrarsi fra loro: il miglioramento delle misure di prevenzione ed il potenziamento dell’impianto repressivo.

La *Loi Sapin II* è intervenuta infatti sia sugli strumenti di prevenzione, ponendo l’accento sulla trasparenza come fondamento «*d’une bonne action publique, c’est-à-dire d’une action légale, juste et efficace*» in grado di favorire «*des achats publics et des recrutements plus pertinents*»⁹⁷, che su quelli di repressione, aggiornando il *Code pénal* con la previsione, ad esempio, del carattere extraterritoriale alla legge penale francese in relazione a fattispecie criminose inerenti la corruzione.

Il cammino delle riforme francesi finalizzato a contrastare la corruzione amministrativa non sembra peraltro destinato ad arrestarsi, ma appare piuttosto in

⁹⁷ Così, J.-M. Sauvé vice-presidente del *Conseil d’Etat*, in un intervento dal titolo, *Transparence et efficacité de l’action publique*, presso l’*Assemblée générale de l’inspection générale de l’administration*. L’intervento è consultabile all’indirizzo web www.conseil-etat.fr

continuo divenire come dimostra il successivo decreto n° 2017-159 del 9 febbraio 2017 *relatif aux prestations de publicité digitale* con il quale si è voluto regolamentare anche la pubblicità digitale estendendo ad essa gli obblighi di trasparenza della amministrazione concessionaria verso gli inserzionisti, stabiliti quasi 25 anni fa dall'art. 23 della *Loi Sapin I*.

Un ruolo rilevante nella complessa partita che lo Stato gioca contro la corruzione all'interno dei propri organismi lo svolge anche la deontologia, ossia quell'insieme di regole di condotta utili a garantire che la funzione disciplinare sia orientata ad assicurare un'amministrazione più imparziale ed efficiente. La Francia ha, infatti, prestato molta attenzione ai doveri dei pubblici funzionari, nella convinzione che l'esercizio del potere disciplinare possa essere uno strumento utile a prevenire e contrastare la corruzione dei pubblici uffici: ne è conferma, come si è visto, la recente revisione avvenuta nel 2016 del codice di condotta del 1983 (*Loi n° 83-634 del 13 luglio 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires*), introdotta allo scopo di regolamentare il comportamento di tutto il personale pubblico in modo più efficace.

Al di là della bontà del quadro normativo complessivo volto a contrastare il *malaffaire* nella pubblica amministrazione, permangono tuttavia alcuni profili di criticità su cui si auspica un intervento futuro del legislatore che permetta di ottimizzare al meglio le strategie anticorruzione. In Francia manca, ad esempio, una normazione organica sul conflitto di interessi dei dipendenti pubblici⁹⁸; l'art. 23 della Costituzione si riferisce infatti solo ed esclusivamente ai componenti del Governo, stabilendo che le loro funzioni «*sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle*».

Con particolare riferimento alla disciplina delle interdizioni per le attività professionali svolte da un titolare di incarico pubblico, dopo la cessazione di un suo mandato o incarico⁹⁹, resta poi ancora aperta la questione sulla opportunità di limitare ulteriormente¹⁰⁰ la mobilità dal settore pubblico a quello privato (c.d. *pantouflage* o *revolving doors*), ponendo un freno a quelle pratiche, diffuse in Francia, di assunzione di incarichi o collaborazioni da parte di ex-titolari di incarichi pubblici (che sono spesso anche ex-allievi di una *Grande école*) presso società sottoposte in precedenza alla loro sfera di attribuzioni.

Non si può infatti negare l'esistenza di uno stretto collegamento tra le strategie anticorruzione e una attenta e rigorosa disciplina degli incarichi amministrativi (in specie quelli di carattere dirigenziale) finalizzata ad arginare il rischio che il

⁹⁸ Y.Meny, *De la confusion des intérêt au conflits d'intérêt*, in *Pouvoirs*, 2013, p. 5 ss. Cfr., altresì, J.-B.Auby, *Corruption and Conflict of Interest: Some Comparative Comments*, in A.Cerrillo i Martínez, J.Ponce (ed by), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, cit.; J.-B. Auby, E.Breen, T.Perroud, *Corruption and Conflict of Interests: A Comparative Law Approach*, Cheltenham, Elgar, 2014,

⁹⁹ Si vedano gli artt. 432-12 e 432-13 del *Code pénal* che sanziona il reato di *prise illégale d'intérêt* laddove vi sia un'assunzione di cariche all'interno di soggetti sottoposti al controllo dell'amministrazione di provenienza.

¹⁰⁰ La normativa francese stabilisce già il divieto per ben tre anni di svolgere nel settore privato attività in aree attinenti alla precedente attività politica o amministrativa. (art. 432-13 *Code pénal*)

“dipendente pubblico” possa sfruttare l’approfondita conoscenza delle dinamiche organizzative che connotano gli uffici interni della pubblica amministrazione per trarre vantaggi di natura patrimoniale o non patrimoniale. La «prevenzione della corruzione si realizza, infatti, evitando che possano accedere e permanere in incarichi pubblici persone che si trovino in situazioni che facciano dubitare della loro imparzialità»¹⁰¹.

La *Loi* n° 2017-1339 del 15 settembre 2017 *pour la confiance dans la vie politique* sembrava offrire l’opportunità al Governo Francese di poter rimediare a questa lacuna e regolamentare così in maniera più severa il passaggio di alti funzionari statali a ditte private.

Al fine di «*prévenir l’utilisation à des fins lucratives d’un réseau ou d’une clientèle constitués dans le cadre de l’exercice et pour l’objet d’une mission de service public*», alcuni senatori avevano, infatti, suggerito di inserire nel progetto di legge del 2017 una norma che vietasse agli alti funzionari che avessero svolto incarichi nel settore privato, di poter tornare a lavorare in ambito pubblico, svolgendo mansioni connesse a quelle che svolgevano prima del *pantouflage*. Sul punto, la maggioranza dell’*Assemblée nationale* si è però espressa negativamente, rigettando la proposta formulata dal Senato¹⁰².

¹⁰¹ F. Merloni, *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, *Libro dell’anno del Diritto – Treccani*, in www.treccani.it, 2014; B. Bouzidi, R. Gary-Bobo, T. Kamionka, A. Prieto, *Le pantouflage des énarques: une première analyse statistique* in *Revue française d’économie*, vol. 3, 2010, p. 115 ss..

¹⁰² Il resoconto della *séance publique* dell’*Assemblée nationale* del 26 luglio 2017 in cui si discute la proposta di emendamento sul *pantouflage* presentata dal Senato al progetto di legge n.1339/2017 è consultabile all’indirizzo telematico, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cri/2016-2017-extra/20171021.asp>.

«Ma in America questo non si può». La lotta alla *public corruption* negli Stati Uniti

di Luigi Testa

Abstract: Fight against corruption in U.S. – The essay aims to analyze the difficulties in contrasting public corruption in U.S. and the attempts to persecute it with “non-traditional” criminal instruments. In the second part of the paper, a specific issue regards the relationship between Federations and States in the fight to corruption and some of the most recent measures adopted against international corruption.

Keywords: Bribery; illegal gratuity; Foreign Corrupt Practices Act.

1. Corruzione pubblica e percezione sociale

La pagina del sito del *Federal Bureau of Investigation* dedicata alla *public corruption* – presentata come *the FBI's top criminal investigative priority* – ha una sezione che riporta aggiornatissime *Public Corruption News*, con i riferimenti alle condanne più recenti o anche alle sole imputazioni per reati corruttivi nella pubblica amministrazione. Un bollettino “di guerra”, invero, piuttosto consistente, con notizie se non quotidiane almeno settimanali.

L’interesse mediatico dell’attività giudiziaria che vi si trova è piuttosto eterogeneo: è chiaro, infatti, che in un sistema di burocrazia dalle dimensioni necessarie agli Stati Uniti d’America, i fatti di corruzione assumono importanza con un alto grado di variabilità. Sono molti, tuttavia, i riferimenti – anche nella *timeline* più recente – a vicende giudiziarie tutt’altro che bagattellari, soprattutto in relazione a “posti chiave” dell’amministrazione.

Così, tra i casi più recenti, emerge la condanna di un ex Washington State Auditor per fatti fraudolenti compiuti durante il mandato¹, o quella di un ex *Chief Counsel* del *U.S. Immigration and Customs Enforcement's Office*², o addirittura la condanna a ben dodici anni di prigione al senatore texano Carlos I. Uresti «for the fact that former Senator Uresti used his position of trust in the community to lure his victims to the fraudulent scheme at the heart of the cases»³. D’altra parte, se si scorre un po’ la *timeline* ci si imbatte anche in riferimenti ad inchieste con ingredienti gustosi per il fronte anti-presidenziale. Nell’aprile 2018, ad esempio, la *Public*

¹ Qui il link alla notizia: www.justice.gov/usao-wdwa/pr/former-washington-state-auditor-sentenced-one-year-prison-fraud-tax-and-false-statement.

² Qui il link alla notizia: www.justice.gov/opa/pr/former-ice-chief-counsel-sentenced-four-years-prison-wire-fraud-and-aggravated-identity-theft.

³ Qui il link alla notizia: www.justice.gov/usao-wdtx/pr/former-state-senator-carlos-uresti-sentenced-12-years-federal-prison.

Corruption Unit distrettuale di New York, in collaborazione con l’FBI, ha attenzionato alcuni trasferimenti di denaro disposti da personaggi direttamente legati al Presidente Trump ad una ex modella di *Playboy*, nel contesto di una vicenda non ancora completamente chiarita.

Le *Public Corruption News* della pagina web dell’FBI, tuttavia, danno un’impressione soltanto parziale del fenomeno corruttivo nella pubblica amministrazione americana, che è, invero, piuttosto complesso. Se si guarda alle statistiche ufficiali, i numeri non sono certamente da sottovalutare.

La *Public Integrity Section*, istituita presso la divisione criminale del Dipartimento di Giustizia nel 1976, oltre ad offrire consulenza e assistenza a procuratori e agenti federali e stati in materia di corruzione pubblica, redige annualmente un *Report* sulla sua attività, che, pur indirizzato al Congresso – ai sensi della sec. 603 dell’*Ethics in Government Act* del 1978 –, è reso pubblico in conformità ad una scelta di trasparenza amministrativa. L’attendibilità dei dati non manca di essere contestata da parte di alcuni⁴, tuttavia il *Report* della *Public Integrity Section* è ad oggi la principale mappatura ufficiale della corruzione pubblica negli Stati Uniti: metri di misurazione diversi, in statistiche non ufficiali, rischiano talvolta di tener conto di indici con scarso grado di oggettività, per cui conviene – pur nella consapevolezza di un variabile scostamento dalla realtà che rientra nella fisiologia del tipo di attività delittuosa considerata – tenere fede ai dati ufficiali.

Il *Report* più recente, per l’anno 2016, restituisce numeri piuttosto consistenti. Le imputazioni per reati di corruzione pubblica ammontano a 982, di cui 354 riguardanti pubblici ufficiali federali e 139 ufficiali statali⁵. Solo leggermente inferiore è il numero delle condanne per reati corruttivi: 886 complessive, di cui 326 a carico di agenti federali e 125 di ufficiali statali⁶. A questi dati va poi aggiunto un numero di 569 ufficiali – federali, statali e locali – che nel 2016 erano ancora in attesa di processo⁷.

Il dato complessivo è, invero, in leggera diminuzione rispetto al trend dell’ultimo decennio, in cui sia il numero delle imputazioni che quello delle condanne per reati corruttivi si è generalmente mantenuto al di sopra del migliaio⁸, mentre resta senza rilevanti variazioni il rapporto tra fatti di rilevanza statale o federale.

Se si guarda, poi, alla distribuzione delle condanne tra i diversi Stati della Federazione, i numeri maggiori si ritroveranno in quelle formazioni statali in cui si concentra la maggiore ricchezza nazionale. Il primato è detenuto dalla California, con le sue 86 condanne nel 2016, con una concentrazione piuttosto alta nel centro dello Stato; segue il Texas, con 82 condanne, quasi tutte tra il Nord e l’Ovest del territorio statale. Segue in classifica la Georgia, che invero è una *newcomer*, con 73 condanne, in

⁴ Si veda, ad esempio, A. S. Cordis, J. Milyo, *Measuring Public Corruption in the United States: Evidence From Administrative Records of Federal Prosecutions*, in *Public Integrity*, 18: 127–148, 2016.

⁵ Nello specifico, 234 sono i pubblici ufficiali locali, e 255 generici “others involved”.

⁶ In dettaglio: 213 pubblici ufficiali locali, e 222 “others involved”.

⁷ Si badi che le risultanze che si potrebbero trarre dall’incrocio delle tre categorie di dati considerati – soprattutto di imputazioni e condanne – rischiano di essere parzialmente viziate per un’asimmetria temporale: è chiaro, infatti, che il più delle volte un’imputazione nell’anno “t” diventerà eventualmente condanna in un anno “t+n”.

⁸ Le imputazioni sono superiori al migliaio, in realtà, per tutto l’ultimo ventennio, salvo il caso virtuoso del 2014. Quanto, invece, alle condanne, una diminuzione c’era già stata nel 2014, con 989 casi, e nel 2015, con 904 casi.

sensibile aumento – quasi al doppio – rispetto alle edizioni precedenti; e poi lo Stato di New York, con 48 casi, quasi tutti localizzati nel Sud e nell'Ovest del territorio. Nonostante la cattiva fame di Chicago e della “Chicago way”, per il 2016 l'Illinois colleziona soltanto 35 condanne, quasi tutte nel Nord dello Stato.

I numeri, dunque, restituiscono un'alta densità corruttiva, che solo ad una prima e superficiale impressione contrasta con il basso tasso di percezione della corruzione registrata dagli studi di settore.

Il *Corruption Perceptions Index* preparato da *Transparency International* per il 2017 pone gli Stati Uniti al sedicesimo posto su 180 Paesi considerati – in una scala che va dal Paese percepito come più virtuoso a quello più corrotto –, e gli attribuisce un punteggio di 75/100, dove 100 è il livello della minor corruzione percepita. Si può discutere, naturalmente, del grado di attendibilità di uno studio del genere; tuttavia, anche a voler ammettere il più ampio margine di errore, il tasso di corruzione percepita resta ben inferiore rispetto a quello che ci si potrebbe attendere guardando ai dati forniti dalla *Public Integrity Section*.

Tale iato può probabilmente essere eziologicamente ricondotto all'effettività del sistema sanzionatorio, che tutto sommato è già emersa confrontando i dati del *Report* per il 2016. Si è, infatti, già notato che lo scarto tra le imputazioni e le condanne è del tutto minimo, e certamente mai di molto superiore al 10%, senza che sia possibile individuare dati in controtendenza almeno nell'ultimo decennio⁹ (ma anche oltre, in realtà¹⁰).

Sotto questo profilo, vengono in aiuto le statistiche fornite ogni trimestre¹¹ dalla *United States Sentencing Commission*, istituita dal *Comprehensive Crime Control Act* of 1984, con il compito, oltre di adottare linee guida nel campo della giustizia penale, di raccogliere, ordinare e rendere pubblici dati utili alla verifica dell'efficacia e dell'efficienza del sistema sanzionatorio statunitense. Al 31 marzo 2018¹², con un leggero aumento rispetto agli anni immediatamente precedenti, l'8.1 % degli *offenders* detenuti negli istituti di pena federali sono stati condannati per reati fraudolenti¹³, tra i quali rientrano le fattispecie penali che – come si vedrà poco oltre – sono impiegate nella lotta ai fenomeni di corruzione¹⁴.

⁹ Se si eccettua il 2015, in cui, rispetto a 1102 imputazioni, “soltanto” 904 son state le condanne: si tratta dello scarto più significativo dal 2006 ad oggi.

¹⁰ Dal 1997 ad oggi, i casi di scarto superiore al 10% in misura rilevante si riducono (oltre al 2015, v. nt. precedente), al 2003, con 868 condanne contro 1150 imputazioni; al 2001, 920 condanne, contro 1087 imputazioni; e al 1997, con 1057 imputazioni ma “sole” 853 condanne. Naturalmente, nella considerazione di questi dati, si tenga conto del *caveat* di cui alla nt. 7.

¹¹ Così, almeno, in seguito alla decisione della Corte suprema *U. S. v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005), volta a garantire *standards* della più esatta rappresentazione della realtà.

¹² Dati resi noti il 2 luglio 2018.

¹³ Non sorprenderà più di tanto scoprire, scorrendo ancora la statistica, che i reati fraudolenti – dopo quelli di traffico di stupefacenti – sono quelli per i quali vi è una maggiore densità di bianchi (40,8%) nella popolazione criminale (seguono, quasi a pari quota, “neri” ed “ispanici”), e che la stragrande maggioranza (70,6%) della popolazione carceraria per questo tipo di reato sia di sesso maschile.

¹⁴ Si vedrà nel paragrafo successivo che il reato proprio di corruzione (*bribery*) in realtà ad oggi è la fattispecie penale cui si fa meno ricorso per i fenomeni di corruzione pubblica. Purtroppo, le statistiche *United States Sentencing Commission* non offrono un dato disaggregato, per cui si dovrà tener conto del fatto che i reati fraudolenti (*fraud*) non si esauriscono nei fatti di *public corruption*, ma includono anche frodi o estorsioni comuni. Per avvicinarci alla realtà, dunque, il dato statistico che qui si considera andrebbe parzialmente scremato.

Alla certezza della pena si accompagna, peraltro, una sua esemplare severità. ‘Esemplare’ perché in tutti i casi accompagnati dalla maggior eco nell’opinione pubblica emerge senza non detto l’intento general preventivo di chi promuove l’azione. Per tornare ad un caso recente già citato, la ben grave pena – dodici anni – cui è condannato il senatore texano Carlos I. Uresti da un tribunale federale è in parte retta da un neanche celato intento di deterrenza¹⁵.

In effetti, se si guarda ancora ai dati della *United States Sentencing Commission*, per i reati di frode, in cui rientrano quelli corruttivi, sono irrogate sanzioni piuttosto severe, soprattutto confrontate all’approccio di altri Paesi. Tenendo conto delle pene cui sono stati condannati gli *offenders* per reati fraudolenti presenti negli istituti detentivi al marzo 2018, la durata media si assesta sui sedici mesi, che non è poco su una media di ventuno mesi considerate le pene complessivamente scontate da tutti i detenuti. Il dato che più impressiona, tuttavia, è quello relativo non alla durata ma alla natura della pena. Del totale delle sanzioni inflitte per *fraud*, infatti, soltanto il 18.8% è a pene non detentive, e – all’interno delle pene detentive – ben il 75.8 % dei casi è alla detenzione in carcere, senza possibilità di arresti domiciliari o affidamento in comunità.

A contribuire alla percezione generale di un basso tasso di *public corruption* nel Paese non è dunque la consistenza – almeno quantitativa – del fenomeno corruttivo reale, quanto il fatto che su di esso intervenga un efficace sistema di repressione. Non, dunque, che manchino corrotti e corruttori, ma che sempre si trovi *un bravo giudice serio, impettito*¹⁶. Di seguito, si tenterà di individuare con quali strumenti questo giudice – fuor di metafora: con quali strumenti il sistema repressivo statunitense persegua i fatti di *public corruption*.

Ci si dovrà soffermare, evidentemente, anzitutto sugli strumenti propri del diritto penale: è un campo sul quale si deve far i conti con un graduale abbandono della strumentistica classica verso il ripiego a tecniche di adattamento delle figure di reato comune, che si rivelano invero uno strumento di maggiore efficacia. Nella seconda parte ci si occuperà specificamente, invece, della repressione della corruzione internazionale, in cui gli Stati Uniti sono stati pionieri con il *Foreing Corrupt Practices Act* del ’77, anticipatore della Convenzione OECD del 17 novembre 1997. Non si è inteso occuparsi, in questa analisi, dei reati legati alla corruzione elettorale, che presentano invero una fisionomia propria, e che richiedono dunque un’attenzione isolata, non potendo essere assimilati con disinvoltura ai reati di corruzione ‘semplice’, né quanto alla struttura del fatto né quanto alla disciplina normativa.

¹⁵ Così nelle parole del U.S. Attorney: «I hope that this sentence sends the message to others that this office will not tolerate such outrageous abuses of power». E rincara lo FBI Special Agent in Charge: «Today's sentence sends a strong message to those who would defraud and harm others for their own personal gain. As an elected official, this individual took advantage of his position and power to personally enrich himself at the expense of those who trusted him. It is imperative that all individuals, but especially those who hold elected office, do so with honesty and integrity. The public can have confidence that the defendant is being held accountable for the crimes of which he has been convicted» (v. nt. 3).

¹⁶ ...pronto alla condanna: «Ah, mascalzone, presto in prigione!». Le citazioni – si perdoni la licenza – sono da *Madama Butterfly*, musica di G. Puccini, testi di L. Illica, G. Giacosa, Atto II, da cui è pure il titolo. Come si sa, la genuina fiducia della povera Butterfly nel sistema di giustizia americano viene presto smentita; si può forse mantenere il dubbio che la stessa fiducia nel sistema repressivo americano, sul piano della *public corruption*, abbia in sé qualche almeno qualche traccia di ingenuità.

2. Le fattispecie incriminatrici classiche: *bribery* e *illegal gratuity*

La disciplina penalistica della corruzione in senso stretto è stata largamente innovata da un’iniziativa del Congresso nel 1962¹⁷, e restituisce ad oggi quello che è stata definita «un’intricata rete di normative»¹⁸, ruotante attorno al reato di *bribery* e di *illegal gratuity*¹⁹, che restano le due fattispecie tipiche della *public corruption*, pur in presenza di un sempre maggior ricorso ai reati di frode comune, pur con gli aggiustamenti richiesti dal caso. In ogni caso, conviene naturalmente che da essi si parta, scomponendo il reato nei suoi elementi per una sua maggiore comprensione.

La condotta materiale della *bribery* e della *illegal gratuity* è, invero, (quasi) la medesima, differenziandosi le due fattispecie soltanto sotto il profilo soggettivo del fatto di reato – *rectius*: sotto il profilo dell’intento del fatto corruttivo.

Sia la sec. 201(b) che la sec. 201(c) del Title 18 del U.S. Code – recanti disciplina rispettivamente delle due ipotesi di reato – fanno riferimento alla dazione, all’offerta o alla promessa di qualcosa di valore (“a thing of value”) ad un pubblico ufficiale. L’oggetto della dazione, dell’offerta o della promessa può consistere in un bene sia materiale che immateriale²⁰, e il valore non coincide necessariamente con il suo prezzo di mercato²¹, tanto più che “a thing of value” può ben essere del tutto priva di una sua oggettiva commerciabilità: è il caso, ad esempio, di contributi per la campagna elettorale, riconosciuti di recente come elemento integrante la fattispecie dalla giurisprudenza²². Né sembra avere alcun rilievo il momento in cui il bene di valore è dato, promesso o offerto²³.

Poiché la normativa in materia estende il reato di *illegal gratuity* anche al caso in cui destinatario del bene di valore sia il testimone di un processo, un problema non da poco si è posto in relazione ai “beni” di cui i *prosecutors* dispongono come elargizioni premiali per incentivare una deposizione testimoniale (sconti di pena, *et similia*). Sul punto, la giurisprudenza attuale è concorde nell’escludere che tale caso integri la fattispecie di cui alla sec. 201(c): la soluzione contraria, infatti, significherebbe «a diminution of sovereignty not countenanced in our jurisprudence»²⁴.

Una prima differenza tra le due ipotesi di reato emerge in relazione, invece, al destinatario della dazione, offerta o promessa di un bene – e si comprenderà meglio alla luce della più importante differenza quanto all’intento della condotta. Soltanto l’*illegal gratuity*, infatti, può riguardare (anche) un ex pubblico ufficiale, mentre si parla di *bribery* soltanto se il destinatario è un pubblico ufficiale attualmente in servizio o che stia per prendere servizio, se la nomina è stata ufficializzata²⁵. Va peraltro notato che la Suprema Corte ha adottato una nozione piuttosto ampia di

¹⁷ Per una ricostruzione più approfondita, si veda W. M. Welch, *The Federal Bribery Statute and Special Interest Campaign Contributions*, 79 *J. Crim. L. & Criminology* 1347 (1989).

¹⁸ Così la Corte suprema, in *U.S. v. Sun-Diamond Growers of Cal.*, 526 U.S. 398, 409 (1999).

¹⁹ Per una analisi approfondita delle fattispecie si veda A. Sanyshyn, *Public Corruption*, in *American Criminal Law Review*, 54, 2017, 1673-1726.

²⁰ Più di recente, sul punto: *U.S. v. O’Brien*, 994 F. Supp. 2d 167, 183 (D. Mass. 2014).

²¹ Si veda, tra i casi più recenti, *In re Robert L. Burns*, Investment Advisors Act Release No. 3260 (Aug. 5, 2011).

²² *U.S. v. Terry*, 707 F.3d 607, 614 (6th Cir. 2013).

²³ *U.S. v. Jennings*, 160 F.3d 1006, 1014 (4th Cir. 1998).

²⁴ *Singleton II*, 165 F.3d, 1301-02 (10th Cir. 1997).

²⁵ Sec. 201(a)(2).

pubblico ufficiale – che vale trasversalmente sia per gli ufficiali federali che per quelli statali²⁶. Da un lato, infatti, essa ricomprende chiunque si trovi anche temporaneamente ad occupare una «position of public trust»²⁷, dunque anche soltanto per la momentanea responsabilità pubblica nel contesto di un programma o una *policy* federale o statale. Dall'altro lato, poi, non sembra rilevare la considerazione della effettiva idoneità del pubblico ufficiale a soddisfare l'interesse del promittente, il quale non può invocare come esimente una errata rappresentazione delle funzioni dell'ufficiale – da questo indotta o meno²⁸.

La differenza tra le due norme incriminatrici, come si anticipava, emerge quando dalla condotta materiale si passa a considerare l'intenzione dell'agente, e si tratta invero di una differenza non da poco, che segna il dislivello di gravità tra le due condotte deviate, e ne giustifica una importante disparità di trattamento sanzionatorio. La *bribery* è, infatti, compiuta con un intento corruttivo proprio, o almeno per influenzare il pubblico ufficiale nel compimento di un suo atto²⁹: è necessario che vi sia «a specific intent to give or receive something of value in exchange for an official act»³⁰. In sostanza, la volontà dei soggetti agenti deve coprire *non la semplice dazione o offerta, ma il sinallagma corruttivo*, che è atteso con un ragionevole grado di certezza, non essendo sufficiente «una vaga aspettativa»³¹ della controprestazione.

Diversamente, l'intento corruttivo è invece sfumato nel caso dell'*illegal gratuity*, che invece è compiuta semplicemente «for or because of any official act». Un collegamento tra la cosa offerta o promessa e l'atto per il quale essa è data o offerta è ancora necessario, ma in questo caso la volontà dei soggetti agenti copre *la sola dazione o offerta, purchè "giustificata" in ragione dell'atto ufficiale compiuto*.

Evidentemente si tratta di due ipotesi che se è possibile – e pure con una certa fatica – isolare *in vitro*, rischiano il più delle volte di confondersi *in vivo*. E si comprende bene come la strategia della difesa processuale sarà quasi certamente sempre volta ad ottenere una qualificazione *sub sec. 201(c)*, ottenendo così la condanna ad una multa o ad una pena detentiva comunque inferiore ai due anni – ben poca cosa rispetto al tetto massimo dei quindici anni previsto per il reato di *bribery*³².

²⁶ *Dixson v. U.S.*, 465 U.S. 497-98 (1984); ma sul punto si rinvia più ampiamente al paragrafo sul rapporto tra Stati e Federazione.

²⁷ *Dixson*, cit., 496.

²⁸ *U.S. v. Gijeli*, 717 F.2d 968, 976-77 (6th Cir. 1983).

²⁹ Ai sensi della sec. 201(a)(3) del Title 18 del U.S. Code, atto pubblico per il quale può essere dato, offerto o promesso un bene di valore è «any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official's official capacity, or in such official's place of trust or profit». Per la Suprema Corte, esso «deve implicare un formale esercizio di un potere di governo», che in qualche modo lo renda analogo, e.g., ad un'udienza dinanzi ad un tribunale, un'audizione al Congresso o un procedimento amministrativo (*McDonnell v. U.S.*, 163 S. Ct. 2355, 2371 (2016)).

³⁰ *Sun-Diamond*, cit., 404.

³¹ *U.S. v. McDonnell*, 792 F.3d 478, 514 (4th Cir. 2015).

³² Vale la pena segnalare l'esigenza di resistere alla tentazione di sovrapporre la distinzione tra sec. 201(b) e sec. 201(c) a quella a noi più familiare tra corruzione propria ed impropria. Quest'ultimo distinguo, infatti, non appartiene alla cultura giuridica penale americana, e la natura contro o secondo i propri doveri dell'atto del pubblico ufficiale non rileva in nessuna delle due fattispecie d'oltreoceano.

Va detto che *illegal gratuity* e *bribery* si accompagnano a fattispecie incriminatrici che si pongono con le prime in rapporto di specialità, e che ne condividono la condotta base, pur declinata con diverse specificazioni. C'è stato chi³³ ha contato, nel *Federal Crime Code*, ben diciotto forme di «bribery and kickbacks». Tra queste, una rilevanza particolare la ha l'ipotesi della corruzione nella gestione di programmi finanziati da fondi federali (*program bribery*). Disciplinata dalla sec. 666 del Title 18 del U.S. Code, la fattispecie di reato è stata introdotta negli anni Ottanta «to create new offenses to augment the ability of the United States to vindicate significant acts of theft, fraud, and bribery involving Federal monies that are disbursed to private organizations or state and local governments pursuant to a Federal program»³⁴. Alcuni commentatori non hanno mancato di denunciare un ricorso indiscriminato alla norma incriminatrice in questione, quasi fosse un «general anti-corruption statute»³⁵. Tale dinamica sarebbe agevolata dalla natura piuttosto vaga della formulazione legislativa, accompagnata ad un approccio ermeneutico piuttosto largheggiante, tale ad esempio da escludere che la sec. 666 preveda la stringente necessità di provare che «the bribe in some way affected federal funds»³⁶.

Tre le esimenti che generalmente vengono invocate nella prassi avverso alle incriminazioni di *illegal gratuity* e *bribery* – così come delle norme speciali – due richiedono di essere almeno segnalate.

La prima è quella dell'induzione al reato (*entrapment*) da parte della stessa amministrazione (*Government*). Si tratta di ipotesi limite che è difficile immaginare in astratto, e che non possono essere ricondotte all'ipotesi del c.d. agente provocatore: osta in tal senso, infatti, la condizione che la giurisprudenza richiede univocamente per la sussistenza dell'esimente, ossia la mancanza di una «predisposition» del soggetto attivo «to engage in the criminal conduct»³⁷. È, d'altra parte, proprio questo elemento soggettivo – o meglio: la mancanza dell'elemento soggettivo contrario, ovvero della tendenza a delinquere, con un'inversione per certi versi discutibile dell'onere della prova³⁸ – a finire per essere oggetto di una *probatio diabolica* che il più delle volte rende non percorribile la strada dell'*entrapment*.

La seconda possibile esimente – anche se qui si dovrebbe più correttamente parlare di causa di esclusione della punibilità – che vale la pena segnalare è costituita dalla insindacabilità costituzionalmente garantita ai membri del Congresso. Come è noto, infatti, il par. 1 della Costituzione degli Stati Uniti, al par. I, cl. 1 (c.d. *Speech or Debate Clause*) stabilisce che «for any Speech or Debate in either House, [Senators and Representatives] shall not be questioned in any other Place». Della clausola in

³³ J. Weitz, *The Devil is in the Details: 18 u.S.C. § 666 After Skilling c. United States*, 14 *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y* 805-843 (2011).

³⁴ S. Rep. No. 225, 98th Cong. 1st Sess. 369, reprinted in 1984 USCCAN 351.

³⁵ G.D. Brown, *Stealth Statute – Corruption, the Spending Power, and the Rise of 18 U.S.C. § 666*, 73 *Notre Dame L. Rev.* 247, 250 (1998).

³⁶ Così la Corte Suprema in *Salinas v. U.S.*, 522 U.S., 52, 55 (1997). Si tratta di una «smaterializzazione» della condotta incriminata che riemergerà con ancora maggior forza nella giurisprudenza sulle norme incriminatrici del fatto corruttivo diverse da quelle che si stanno affrontando in questo paragrafo, e per le quali si rinvia al paragrafo immediatamente successivo.

³⁷ *U.S. v. Orenuga*, 430 F.3d 1158, 1165 (D.C. Cir. 2005).

³⁸ Il soggetto accusato di *bribery* o *illegal gratuity* che voglia invocare l'esimente in questione si trova a dover fornire prova della inesistenza di una inclinazione a delinquere che, in realtà, dovrebbe essere presunta fino a prova contraria.

questione, tuttavia, la suprema giurisprudenza americana ha sempre inteso dare una interpretazione piuttosto restrittiva, pretendendo che la copertura dell'insindacabilità si estenda soltanto ai casi in cui vi sia «evidence of a legislative act»³⁹. Così, la risalente giurisprudenza della Suprema Corte esclude che la *Speech or Debate Clause* possa operare come causa di esclusione della punibilità per un fatto di corruzione pubblica di cui è autore un membro del Congresso in costanza di mandato. Secondo il supremo collegio, infatti, l'illiceità della condotta corruttiva fa venir meno di per sé il nesso funzionale con l'attività legislativa⁴⁰, e dunque l'art. 1, par. I, cl. 1, della Costituzione non esclude la punibilità di un parlamentare per la condotta che integri *illegal gratuity* o *bribery*.

Vale la pena di osservare, infine, che non sono mancati i tentativi volti a sollevare dubbi di legittimità costituzionale in relazione alla sec. 201 del Title 18 del U.S. Code di cui si sta discorrendo. In particolare, si è ritenuto da alcune parti che la disciplina delle *illegal gratuities* fosse caratterizzata da una eccessiva vaghezza, tale da inficiare la legittimità della previsione. Ogni volta che è stato proposto dalle parti, tuttavia, il dubbio è stato respinto dall'autorità giudicante, nell'esercizio del controllo di costituzionalità diffuso, la quale ha ritenuto che la norma non lasciasse margini di ambiguità stando ai canoni della comune comprensione⁴¹.

3. Le fattispecie incriminatrici diverse da quelle proprie

Come si è già in qualche modo anticipato, la lotta giudiziale alla corruzione, tuttavia, segue oggi binari parzialmente diversi da quelli delle due fattispecie incriminatrici proprie del fatto corruttivo. In effetti, *bribery* e *illegal gratuity*, se da un lato assicurano un agevole inquadramento della condotta materiale nella fattispecie identificata dalla norma, dall'altro lato sono provviste di una cornice sanzionatoria che per l'*illegal gratuity* è oggettivamente mite, e che nel caso di *bribery* può essere avvertita come tale, soprattutto se si adotta un approccio maggiormente giustizialista (che è quello che generalmente – lo si è in parte visto – accompagna i casi di pubblica corruzione che emergono alle cronache). Come si è visto, peraltro, la forza deterrente del quadro sanzionatorio è ancor più fiaccata dalla facile derubricazione del fatto corruttivo da *bribery* a *illegal gratuity* – sostanzialmente rimessa all'abilità della difesa di parte – con la conseguente applicazione del trattamento più mite.

In effetti, se si torna per un attimo alle statistiche del *United States Sentencing Commission*, rispetto a quell'8.1% di popolazione carceraria condannata per reati fraudolenti – al marzo 2018 – soltanto lo 0.2% (sul dato complessivo) è “dentro” in seguito ad una condanna per *bribery*. Questo non significa che soltanto una percentuale così bassa degli *offenders* ospitati negli istituti penitenziari sia stato condannato per un fatto di *public corruption*: la *policy* giudiziaria – neanche recentissima, in realtà – è infatti quella di rubricare condotte corruttive *sub specie* di altri reati fraudolenti, di per sé costruiti dal legislatore come reati comuni, ma che

³⁹ *U.S. v. Helstoski*, 442 U.S. 477, 487 (1979).

⁴⁰ «Taking a bribe is, obviously, no part of the legislative process or function» (*U.S. v. Brewster*, 408 U.S., 501, 525-26 (1972)).

⁴¹ Secondo il giudice di *U.S. v. Moody*, 977, F.2d 1420, 1424 (11th Cir. 1992), la norma è formulata in modo che «ordinary people understand what conduct is prohibited». Più recentemente, così anche *U.S. v. Blaszak*, 394 F.3d 881, 888 (6th Cir. 2003).

sono accompagnati da un regime sanzionatorio più severo. Naturalmente, tale approccio, se da un lato permette l'adozione di pene più pesanti e dunque – almeno in via di presunzione – maggiormente deterrenti, dall'altro lato impone alcune acrobazie interpretative sul piano della qualificazione della condotta, in un processo di “smaterializzazione” del fatto corruttivo⁴², con i problemi in termini di principio di legalità penale che questa operazione comporta.

La qualificazione alternativa a quella *sub sec. 201(b)* e *sec. 201(c)* più comune, e che più ha sollecitato l'attenzione della dottrina sin da subito, riconduce il fatto corruttivo alla fattispecie di cui alla *sec. 1951*, che sanziona – con la detenzione fino a venti anni – chiunque interferisca con il commercio di qualsiasi bene «by extortion» (c.d. *Interference with commerce by threats or violence*). La disposizione, nota come *Hobbs Act*, è stata introdotta dal legislatore americano nel 1946, nell'ambito di una serie di misure normative a tutela del commercio interstatale. Un campo che sembrerebbe, invero, assai distante da quello della *public corruption*, se non fosse da considerare la definizione che lo stesso legislatore dà di “extortion”. Essa, infatti, è intesa come «the obtaining of property from another, with his consent, induced by wrongful use of actual or threatened force, violence, or fear, or *under color of official rights*»⁴³ [corsivo nostro], ed è proprio questa ultima modalità della condotta – integrata dall'influenza esercitata dalla titolarità, reale o anche solo millantata, di una funzione pubblica – ad avvicinare la fattispecie al campo di nostro interesse.

Se si guarda alla giurisprudenza della Corte suprema, l'impressione è che l'*extortion under color of official right* abbia assunto ormai la fisionomia autonoma di un reato di corruzione *tout court*, risultando ormai quasi dissolto l'elemento dell'“interference with commerce”, che invece le Corti continuano a ritenere necessario per i casi sussumibili sotto la previsione della *sec. 1951* in cui non vi sia pressione esercitata tramite qualifica di pubblico ufficiale⁴⁴. È chiaro, infatti, che in un caso di corruzione pubblica non vi è alcuna interferenza con il commercio, né statale né interstatale – salvo voler individuare tale interferenza tra gli effetti sistemici del fatto corruttivo, ma forse l'argomentazione ha una pretesa eccessiva. L'operazione, tuttavia, ha ricevuto più volte l'avallo ufficiale della Corte suprema, che nel caso miliare *Evans v. U.S.*⁴⁵, del 1992, ha ritenuto il fatto di corruzione qualificabile come *extortion under color of official right* anche se è mancata una vera e propria induzione, purché lo scambio di prestazioni indebite sia stata accettato dal pubblico ufficiale⁴⁶ – svuotando di sostanziale significato anche lo stesso concetto di estorsione, e facendo della fattispecie «una sorta di figura generale di *corruzione a forma libera*»⁴⁷.

Non sono, in realtà, mancati tentavi da parte della dottrina più attenta di segnare con maggiore precisione la differenza tra l'*extortion under color of official right* e il reato di *bribery*, ma si può dire che – almeno finora – sull'attenzione al principio di

⁴² In questo senso, tra i commentatori italiani, G.L. Gatta, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti*, in *Riv. it. pir. proc. pen.*, 3/2016, 1281 ss. Processo che, d'altra parte, già si è visto in relazione al reato di *program bribery*, nel corpo del testo al paragrafo immediatamente precedente.

⁴³ *Sec. 1951(b)(2)*.

⁴⁴ Ad esempio, *U.S. v. Tillery*, 702 F.3d 170, 174 (4th Cir. 2012) specifica che l'effetto minimo dell'interferenza deve essere almeno quello di avere un impatto su una «inherently economic enterprise».

⁴⁵ *Evans v. U.S.*, 504 US 255 (1992)-

⁴⁶ *Evans*, cit., 268.

⁴⁷ G.L. Gatta, *cit.*, 1302.

tassatività legale abbia piuttosto prevalso la *policy* di general-prevenzione che i *prosecutors* non si fanno scrupolo di dichiarare anche con una certa retorica. D'altra parte, se si guarda al catalogo di distinzioni che la dottrina ha tentato di stilare per segnare il confine tra le due fattispecie incriminatrici, l'impressione è che si tratti di una riflessione troppo di cristallina teoria per poter resistere all'arroganza dei fatti criminali.

Tra i criteri distintivi proposti⁴⁸, quello senz'altro di maggior interesse attiene all'indebito vantaggio che la parte diversa dal pubblico ufficiale otterrebbe dal sinallagma corruttivo. Impiegando questo criterio, il fatto sarebbe qualificabile come *bribery* quando chi dà, promette o offre un oggetto di valore lo fa per ottenere un indebito vantaggio; al contrario, si rientrerebbe nell'estorsione *colore officii* quando il bene fosse dato per evitare uno svantaggio (e non tanto un danno ingiusto – il che, ad esempio, farebbe rientrare nella previsione della norma incriminatrice anche il fatto, assai frequente della casistica della *public corruption*, di chi agisca per evitare una denuncia)⁴⁹.

Il discrimine vantaggio/svantaggio, in effetti, ha se non altro il pregio di ridare consistenza all'estorsione, che di per sé implicherebbe una “*evil action*” del pubblico funzionario, che in questa ricostruzione è recuperata con l'elemento dello svantaggio che il *povero* correo si trova a dover evitare. In questo senso, il criterio distintivo *de quo* pare anche in un certo modo assorbire (non completamente, ma almeno in parte) gli altri criteri pure proposti dalla dottrina che, se considerati isolatamente, sembrerebbero invero un po' deboli: è il caso, ad esempio, di quello che guarda alla provenienza dell'iniziativa dell'accordo criminoso – che sarebbe del pubblico ufficiale nell'*extortion* e del civile nella *bribery* – o di quello che ravvisa nel primo caso e non nel secondo un elemento di coercizione. Né sembra convincere più di tanto la tesi proposta da Justice Thomas nella sua opinione dissenziente a *Evans*, laddove sostiene che la specialità dell'*extortion* rispetto al *bribery* sia la natura millantata e non reale del titolo di pubblico ufficiale. La tesi di Thomas non pare trovare un convincente riscontro in quello che potremmo definire il diritto vivente, e, d'altra parte – nota giustamente J. Lindgren – nulla osta a che sia contestato un reato di *bribery* anche se la qualifica di pubblico ufficiale di uno dei correi non è reale: circostanza che degrada l'efficacia del criterio distintivo proposto da Thomas.

Il principale difetto dell'approccio qui in commento, tuttavia, è quello di non riuscire a catturare alcuni casi, invero molto frequenti, che sfuggono alla alternativa su cui il criterio in commento si regge. È il caso di quelli che alcuni autori chiamano

⁴⁸ Per una ricostruzione completa, si rinvia senz'altro a J. Lindgren, *The Theory, History, and Practice of the Bribery-Extortion Distinction*, in 141 *Univ. of Penn. L.R.*, 1695-1740 (1993).

⁴⁹ Spiega bene J. Lindgren, *cit.*, 1699-1700: «When a briber corruptly pays off a public official, he is paying to get some result for himself or those he favors. He is seeking preferential treatment. (...) Bribery usually is thought to consist of paying for better than fair treatment. (...) Coercitive extortion by a public official is the seeking or receiving of a corrupt benefit under an implicit or explicit threat to give the payor worse than fair treatment or to make the payor worse off than he is now or worse than he expects to be. The payee is guilty of extortion; the payor is the victim of extortion».

“throtter cases”⁵⁰, in cui la finalità che l’agente è rivolto ad ottenere è di difficile qualificazione se si resta sullo stretto binario vantaggio/svantaggio⁵¹.

L’impressione, in realtà, è che il rapporto tra pubblico ufficiale e agente civile sia di per sé tanto strutturalmente squilibrato – per lo meno sul piano della percezione psicologica, quando non interviene altro – da divenire impresa ardua, per non dire impossibile, ricostruire *ex post* con esattezza i profili psicologici (quanto a determinazione e quanto a fine della condotta tenuta⁵²) di un fatto corruttivo.

Dinanzi a tale complessità, l’orientamento delle Corti pare favorevole più a secondare le preoccupazioni degli *sceriffi*, che non quelle degli studiosi, aprendo la strada ad una sostanziale fungibilità di *bribery* e *extortion* – di cui è smaterializzato sia l’elemento dell’interferenza che, in fondo, quello della pressione da parte dell’ufficiale. Operazione, peraltro, favorita anche dalla giurisprudenza della Corte suprema, la quale non sembra neanche farsi scrupolo di qualificare con un certo candore, nella citata *Evans*, l’*extortion under color of official right* come «the rough equivalent of what we would now describe as ‘taking a bribe’»⁵³, nonostante l’invito del dissenziente Thomas a non travolgere del tutto la distinzione tra i due reati in questione.

Vero è che, storicamente, il reato di estorsione precede di molto, nella legislazione sia inglese che quindi americana, quello di corruzione: secondo alcuni studi, il primo era perseguito già nel XII secolo, mentre il secondo fa le prime comparse nella metà del 1500⁵⁴. E anche quando le due fattispecie hanno assunto una fisionomia autonoma, in realtà poi, in concreto, hanno finito sempre per sovrapporsi con una confusione inevitabile. È anche vero, tuttavia, che questo può ragionevolmente spiegarsi se si considera che, in un contesto diverso da quello dello Stato di diritto moderno, il piano dei rapporti tra funzionario pubblico e privato cittadino non era quasi mai di natura paritaria, inclinando quasi sempre *naturaliter* verso forme di pressione esercitate dal funzionario, agente dunque di una estorsione più o meno “violenta”. Le cose, evidentemente, “si complicano” quando il rapporto diventa paritario: è lì che dovrebbe intervenire una maggiore chiarezza nella demarcazione tra le due ipotesi di reato – che non è la direzione che sembra esser stata finora presa dalle corti americane. Anzi, paradossalmente, ad oggi, sembra più facilmente percorribile la strada dell’*extortion* rispetto a quella del reato di *bribery*. Secondo la Corte, perché l’estorsione sia integrata, infatti, l’accusa «need only show that a public official has obtained a payment to which he was not entitled, knowing

⁵⁰ V. I. Ayres, *The Twin Faces of Judicial Corruption: Extortion and Bribery*, in *Denver University L.R.*, 74, 1997, 1236.

⁵¹ Ad esempio, la classica tangente per potersi aggiudicare un appalto può essere pagata sia per ottenere un vantaggio indebito (appunto, la posizione vincitrice nella gara) che per evitare uno svantaggio (che, in questo caso, potrebbe anche essere ingiusto: l’esclusione, ingiustificata, dalla posizione vincitrice).

⁵² Quanto alla determinazione, *rectius*: alla scelta di partecipare, e con quali modalità, al fatto corruttivo, vi sono casi in cui la semplice qualifica di pubblico ufficiale di una delle due parti ingenera nell’altra una influenza o addirittura una pressione pur non voluta. Quanto al fine della condotta, stando ancora al criterio vantaggio/svantaggio – che pare quello più plausibile –, in definitiva sempre (o quasi) sempre è uno svantaggio perdere una posizione di vantaggio: così ogni ipotesi può essere letta in entrambi i modi, soprattutto se perde di rilevanza la natura ingiusta del danno che si intende evitare.

⁵³ *Evans*, cit., 260.

⁵⁴ J. Lindgren, cit., 1696 ss.

that the payment was made in return for official acts»⁵⁵ (c.d. “*quid pro quo* requirement”).

Se quella dell'*extortion under color of official right* è una storia di radicale smaterializzazione del fatto *ope judicis*, segue un percorso parzialmente diverso l'operazione di qualificazione alternativa della corruzione *sub specie* della *mail fraud* o della *wire fraud*. Si tratta delle ipotesi di reato comune previste rispettivamente dalla sec. 1341 e dalla sec. 1343 del U.S. Code, a mente delle quali è sanzionato con la detenzione fino a venti anni l'autore di una frode per il cui impiego ci si sia serviti del servizio postale tradizionale o e-mail.

Perché l'ipotesi di reato sia integrata, dunque, è necessario che nello scambio corruttivo ci sia stata almeno una forma di corrispondenza, tradizionale o telematica. Ma il *gap* logico che c'è con la classica ipotesi corruttiva è il medesimo che ricorreva con il reato di *extortion*: in entrambi i casi, non si è dinanzi a due agenti che, entrambi per la loro parte, ricevono un beneficio (cosa che accade nella comune *bribery*), ma l'ipotesi tipica (sia nella frode, che nell'estorsione) contempla invece un agente beneficiato ed un soggetto passivo, vittima del reato. Ebbene, in entrambi i casi questo fatto tipico finisce per essere snaturato. Se nel caso dell'*extortion* la vittima del reato in realtà scompare – ricevendo sia il pubblico ufficiale che il correo civile un beneficio (che tale resta, anche se trattasi di uno svantaggio evitato), nel caso della frode, con uno spostamento logico assai audace, la vittima del reato viene proiettata al di fuori della coppia corrotto-corruttore, e finisce per essere rappresentata dal consociato estraneo all'accordo corruttivo, in qualche è privato del diritto ad un'amministrazione onesta. In questo modo – sebbene non dichiaratamente – questa specifica ipotesi di frode, da reato contro il patrimonio, diventa reato contro l'amministrazione, al pari della corruzione comune.

L'operazione è consentita dalla previsione della sec. 1346 introdotta nel 1988 dal legislatore, a mente della quale è frode anche quella volta a privare un soggetto del suo «intangibile right of honest services». Vale la pena notare che la scelta del Congresso era stata in senso contrario alla decisione con cui la Corte suprema⁵⁶ metteva un argine alla già diffusa prassi giudiziaria di ritenere la fattispecie integrata quando un soggetto fosse stato defraudato del suo “diritto al buon governo”⁵⁷: in quella circostanza, il supremo collegio aveva ritenuto che la norma incriminatrice coprisse soltanto le ipotesi in cui la vittima fosse privata di beni materiali, e non anche immateriali.

Dopo la novella del 1988, la Corte ha dovuto evidentemente mutare corso rispetto a *McNally*, ma non ha invero abdicato ad un approccio sostanzialmente critico nei confronti dell'estensione del reato di *fraud* all'«intangibile right of honest services». Così, quando alla sua attenzione è arrivata la questione della legittimità costituzionale della novella legislativa del 1988, ha salvato sì la norma, restringendone tuttavia drasticamente il campo applicativo.

⁵⁵ *Evans*, cit., 268.

⁵⁶ *McNally v. U.S.*, 483 U.S. 350, 356 (1987).

⁵⁷ Si veda E.S. Podgor, *Mail Fraud: Opening Letters*, 43 *S.C. L. Rev.* 223, 233 (1992).

La vicenda – definita dalla Suprema Corte nella decisione *Skilling v. U.S.*, che invero si inserisce in un trittico di decisioni coeve, tutte relative alla sec. 1346⁵⁸ – traeva occasione dall'imputazione di Jeffrey Skilling, già CEO di *Enron Corporation*, società protagonista nel 2001 della bancarotta più grave della storia degli Stati Uniti fino a quel momento, il quale era finito sotto accusa per diciannove fatti qualificati come reati fraudolenti. Skilling era, alla fine della fiera, ritenuto responsabile soltanto di nove fatti di reato, e per questi era condannato a poco meno di venticinque anni di carcere. Molte delle imputazioni era riconducibili *sub sec. 1346*, in relazione alla quale la difesa dell'ex amministratore delegato proponeva un dubbio di legittimità costituzionale, ritenendo «unconstitutionally vague» il riferimento legislativo.

A dire della Corte, il dubbio della difesa non è infondato, e la vaghezza, dunque, sussiste. Ma la norma è fatta salva da un'operazione ermeneutica che tutto sommato non è molto dissimile dalla interpretazione conforme a Costituzione di nostra conoscenza. Infatti, la formulazione vaga della norma non inficia la validità dell'intera normativa – *utile per inutile non vitiatur* –, se comunque è possibile che tale vaghezza sia ridotta per via interpretativa, e dunque se è possibile ricondurla nei canoni della legittimità costituzionale. Secondo il collegio supremo, tale operazione è senz'altro possibile con la sec. 1346 dello U.S. Code, se si ritiene che la condotta incriminata sia integrata laddove ricorra il pagamento di una tangente («bribes or kickbacks», nel linguaggio della Corte), recuperando in questo modo un elemento di tipicità. In questo modo, alla smaterializzazione della condotta corruttiva cui presta il fianco la sec. 1346 introdotta nell' '88 è opposto un movimento inverso individuando il «solid core» della previsione normativa.

Come si può immaginare, la decisione è stata oggetto di commenti contrastanti. Se qualcuno, da un lato, ha ritenuto felice l'operazione della Corte suprema⁵⁹, dall'altro lato c'è stato chi ha ritenuto che il ritaglio compiuto dalla Corte rischi di lasciare fuori dall'area della punibilità una serie rilevante di condotte di *public corruption*, in cui pure è compromesso il «rapporto fiduciario» tra amministrazione e cittadino⁶⁰. D'altra parte, nella sua opinione concorrente, *Justice* Scalia aveva concordato con la maggioranza sulla effettiva vaghezza della disciplina, ritenendo tuttavia che sarebbe stato compito del legislatore intervenire per porvi rimedio. L'operazione della maggioranza della Corte, secondo Scalia, era invece stato l'esercizio illegittimo di un potere non consentitole: «the ability to define new federal crimes».

Naturalmente, la pluralità di opinioni è del tutto legittima, ma forse è un bene che la Corte abbia avvertito in *Skilling* la preoccupazione di garantire un più stringente rispetto del principio di legalità penale – ormai quasi del tutto compromesso con l'*extortion under color of official right*. D'altra parte, ad allargare le maglie delle ipotesi incriminatrici di un fatto corruttivo interviene anche la punibilità

⁵⁸ Si tratta, oltre a *Skilling*, di: *Black v. U.S.*, 130 U.S. 1963 (2010) e di *Weyhrauch v. U.S.*, 130 U.S. 2971 (2010). La scelta della Suprema Corte di occuparsi contestualmente di tre casi (quasi) analoghi aveva rivelato subito che il collegio era portatore di «a broad vision of honest-services liability inconsistent with the status quo» (A. Christensen, *Honest Services and the Mail-Fraud Statute*, in *Scotus BLOG*, December 7th, 2009).

⁵⁹ Tra questi Autori, il citato J. Wietz.

⁶⁰ Si veda, T. Hoffmeister, *Presumed Prejudice, Actual Prejudice, No Prejudice: Skilling v. U.S.*, in *The Jury Expert*, 2010, 22(4), 57-60.

autonoma del solo accordo per commettere il reato – sia che si tratti di *bribery* o *illegal gratuity*, sia che si tratti di *extortion* o *mail* (o *wired*) *fraud*.

La sec. 371 dello U.S. Code, infatti, sanziona chi «si accordi per realizzare un qualsiasi reato contro gli Stati Uniti, ovvero per frodare gli Stati Uniti o una qualsiasi loro agenzia, in qualunque modo e per qualsiasi scopo, purché una o più delle persone coinvolte realizzi un qualsiasi atto per raggiungere l'oggetto dell'accordo» (c.d. *Conspiracy to commit offense or to defraud United States*). Come accade per il tentativo di reato nel nostro ordinamento, la *conspiracy* rileva come reato a sé, autonomo rispetto al reato-scopo, e d'altra parte non è neanche necessario che l'accordo in frode agli Stati Uniti integri di per sé una fattispecie penale⁶¹. In questo modo, non soltanto *bribery*, *illegal gratuity*, *extortion* e (*mail* o *wired*) *fraud* possono essere in concorso con la *conspiracy*, se non vi è assorbimento, ma – quel che più conta – è coperta tutta l'area dei fatti corruttivi che non si riescono a ricondurre alle condotte tipiche (pur, si è visto, tanto dematerializzate) dei primi reati. La sec. 371, in pratica, costituisce l'ipotesi di reato residuale per la lotta alla *public corruption*.

Proprio di recente, nel 2016, la Corte Suprema ha avuto occasione di pronunciarsi sulla *conspiracy to commit offense or to defraud United States*, e la sua decisione⁶² «si candida a diventare un caso di scuola di interpretazione della legge penale *in malam partem*»⁶³. Con un'ermeneutica che la dissenziente Sotomayor ha definito «a-testuale», la Corte chiarisce che nulla osta a che la *conspiracy* sia configurabile anche rispetto ad una *extortion*. L'ipotesi era stata revocata in dubbio dalla parte istante perché, evidentemente, pare implausibile immaginare un accordo tra il pubblico ufficiale e la parte privata, “vittima” dell'estorsione. Ma nell'approccio de-tipicizzante della Corte, di cui si è visto, di fatto quest'ultima non è più vittima, ma correo – salvo considerarla “vittima” di una indebita pressione del pubblico ufficiale, di cui in realtà non è chiaro né l'*an* né il *quantum* necessario. Di fatto, dell'estorsione intesa *in the common sense* non è rimasto nulla⁶⁴, e dunque è ben configurabile anche una *conspiracy* tra ufficiale e parte privata.

4. Repressione della corruzione tra Federazione e Stati

La decisione *Ocasio* del 2016 sulla *conspiracy* svela un altro nerbo scoperto nella lotta alla *public corruption* su cui occorre soffermarsi. La vicenda che arriva all'attenzione della Corte suprema riguarda un ex ufficiale del *Baltimore Police Department* – tale Samuel Ocasio, appunto –, il quale aveva partecipato ad un “kickback scheme” con i proprietari di un'autorimessa locale. La pratica concordata era, invero, piuttosto comune, e prevedeva che Ocasio, insieme ad altri agenti, indirizzassero i veicoli coinvolti in incidenti stradali all'autorimessa, ricevendone in cambio una percentuale. (*Incidenter tantum*: il fatto è eminentemente rappresentativo dello snaturamento della estorsione *colore officii*. Di fatto, qui non c'è nulla che vagamente somiglia ad

⁶¹ Si veda J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, Carolina Academic Press, 2015, 425 ss.

⁶² *Ocasio v. U.S.*, 578 U.S. ____ (2016).

⁶³ G.L. Gatta, *cit.*, 1313.

⁶⁴ Così Justice Thomas nella sua *dissenting opinion*: «The Court today takes another step away from the common-law understanding of extortion that the Hobbs Act adopted».

un'estorsione⁶⁵). Quello che qui più interessa è notare il contesto in cui la faccenda criminale si svolge: si tratta – lo si è detto – di funzionari della polizia di Baltimore, che si accordano con i titolari della locale *Majestic Auto Repair Shop*, per uno scambio corruttivo che non supera i confini dello Stato di appartenenza. Nonostante la natura statale di tutta la vicenda, a conoscerne è un giudice federale, e la condanna è pronunciata in relazione ad una previsione di reato della legislazione federale (*rectius*, a due previsioni della legislazione federale: sec. 1951 e sec. 371 del U.S. Code).

Questo può succedere a motivo della risalente ermeneutica della sec. 1951 nel senso di ritenere sussistente la giurisdizione federale (e non quella statale, come sarebbe prevedibile) anche laddove autore del fatto sia un funzionario pubblico statale. Una simile estensione aveva ricevuto l'avallo della Corte suprema già nel citato *Evans*, nel 1992, dove non era mancato l'energico dissenso di *Justice* Thomas, cui aderivano Scalia e il *Chief Justice* Rehnquist. L'autore della *dissenting opinion* aveva con parole forti ritenuto la decisione della maggioranza della Corte «repugnant not only to the basic tenets of criminal justice reflected in the rule of lenity, but also to basic tenets of federalism», e non meno dure sono le sue parole nella *dissenting ad Ocasio*, più di venti anni dopo. Per Thomas, si tratta di una invasione sostanziale nelle funzioni sovrane degli Stati della Federazione, che non trova alcuna ragionevole giustificazione.

In realtà, una giustificazione ci sarebbe pure, se la giurisprudenza della Corte in materia di *extortion* non l'avesse, di fatto, neutralizzata. Come si ricorderà, infatti, il reato di cui alla sec. 1951, rubricato *Interference with commerce by threats or violence*, è volto, appunto, a sanzionare forme di interferenze illecite al «commercio o alla circolazione di qualsiasi articolo o bene commerciabile» (se commesse, tra le altre modalità, per quel che ci riguarda, «obtaining of property from another, with his consent, induced ... under color of official right»). Questa, almeno, la lettera della norma – la quale si premura di dare a “commercio” l'interpretazione più ampia possibile: «commerce within the District of Columbia, or any Territory or Possession of the United States; all commerce between any point in a State, Territory, Possession, or the District of Columbia and any point outside thereof; all commerce between points within the same State through any place outside such State; and all other commerce over which the United States has jurisdiction».

Se, stando a quest'ultima definizione, la sec. 1951 è volta a impedire forme di interferenza anche al commercio inter-statale, la competenza federale anche per i fatti che abbiano una dimensione tutta statale è presto affermata in forza della disposizione che brillantemente è stata definita come «the most benign gift» della Costituzione al Congresso⁶⁶. Si tratta, evidentemente, della cl. 3, sec. 8, dell'art. 1 della Costituzione degli Stati Uniti d'America (c.d. *commerce clause*), «vera e propria clausola ordinatrice fondamentale delle dinamiche tra livelli di governo in materia di governo dell'economia»⁶⁷ (e non solo del governo dell'economia). Nel nostro caso,

⁶⁵ Né, *per relationem*, sarebbe strettamente configurabile una *conspiracy* per realizzare l'estorsione, che invece la Corte suprema addebita al ricorrente. Lo dice chiaramente Thomas, nella sua dissenziente: molto semplicemente, «they have not conspired to commit Hobbs Act extortion».

⁶⁶ *Cook v. Marshall County*, 196 U.S. 272 (1905).

⁶⁷ La citazione è da E. Mostacci, *Commerce Power e Federalizing Process*, Milano, Egea, 2018, 31, che offre una interessante analisi della relazione tra “commerce clause”, forma di Stato, e governo dell'economia.

infatti, la competenza del Congresso a «regolare il commercio coi Paesi stranieri, tra gli Stati e con le tribù indiane» – stante la definizione di “commercio” nella sec. 1951 data dalla norma stessa – *potrebbe* ben giustificare l’attrazione al livello federale.

Il condizionale resta, tuttavia, d’obbligo. La ricostruzione che riconduce alla c.d. *commerce clause*, infatti, non regge alla smaterializzazione della condotta del fatto di reato che le corti hanno ormai compiuto in maniera irreversibile. Si è già notato nell’analisi dell’*Hobbs Act* che ha preceduto, infatti, che ad oggi l’elemento dell’“interferenza con il commercio” è del tutto dissolta, salvo voler ritenere – ma si tratta chiaramente di un estremo tentativo – che ogni fatto di corruzione, tra i suoi effetti sistemici, abbia quello di recare pregiudizio alle relazioni commerciali infra- o intra-statali. Una volta che l’*extortion under color of official right* è di fatto svincolata dall’“interferenza con il commercio”, la *commerce clause* continua a giustificare ben poco.

Mentre la sec. 1951 finisce così quasi per diventare «a new crime: local bribery affecting interstate commerce»⁶⁸, anche il reato proprio di *bribery* di cui alla sec. 201(b) – come in parte si è anticipato – conosce un’espansione irresistibile nella dinamica federale. La giurisprudenza, infatti, è univoca nel ritenere che il «public official» della disposizione incriminatrice *non necessariamente* deve essere un pubblico ufficiale federale: l’incriminazione, infatti, opera anche per i fatti compiuti da un ufficiale statale che però si trovi ad esercitare «federal responsibilities»⁶⁹, ovvero che «possess some degree of official responsibility for carrying out of a federal program or policy»⁷⁰. In questo modo, al livello federale sono attratti se non tutti i casi di *bribery* perlomeno quelli – e non sono pochi – in cui autore del reato sia un pubblico ufficiale statale che però si trovi a vario titolo coinvolto in un programma federale (oltre, naturalmente, ai pubblici ufficiali federali).

Alla competenza statale, dunque, residuano soltanto quei casi di corruzione che, compiuti da ufficiali statali non coinvolti in programmi federali, non siano comunque riconducibili all’ipotesi dell’*extortion under color of official right*. Si tratta, evidentemente, di un numero piuttosto esiguo di fatti criminali, i quali saranno valutati alla luce delle norme penali dei singoli Stati. Alla armonizzazione di queste tenta di dare un contributo il *Model Penal Code* redatto dall’*American Law Institute*, a mente del quale lo sviluppo delle normative dovrebbe essere nel senso di abbandonare il tradizionale approccio centrato sull’elemento dell’accordo corruttivo o dell’intento, tentando piuttosto di chiarire quali forme di *arrangement* sono vietate⁷¹.

5. Il contrasto alla corruzione internazionale

L’analisi del quadro regolatorio non sarebbe completa se mancasse un riferimento agli strumenti per la lotta alla corruzione internazionale, in cui gli Stati Uniti sono stati indiscussi pionieri. Ad oggi, in forza di un riparto di competenze concordato tra le parti, tale azione di contrasto vede protagonisti la Securities and Exchange

⁶⁸ Così J.T. Noonan, *Bribes*, University of California Press, 1984, 586.

⁶⁹ *Dixson*, cit., 496.

⁷⁰ *Dixson*, cit., 499.

⁷¹ La proposta di codificazione dell’*American Law Institute*, inoltre, prevede che per la sussistenza del fatto di reato non sia necessaria la prova di un “actual agreement or mutual understanding”.

Commission (SEC), per la giurisdizione civile nei riguardi di ogni società (non americana) che negozi titoli negli Stati Uniti (c.d. *issuers*), e il Dipartimento di Giustizia, riguardo ad ogni persona fisica o giuridica statunitense o residente negli U.S.A. (c.d. *domestic concerns*), oltre che per l'esercizio della giurisdizione penale anche nei confronti degli *issuers*.

Su entrambi i fronti, le operazioni che sono condotte non sono poche, e soprattutto non riguardano giri d'affari che si può trascurare. Le *enforcement actions* della SEC, nel solo 2017, sono state sette, e l'anno precedente si era raggiunto il numero di ventisei azioni, tra le quali emergono peraltro nomi illustri: per fare qualche esempio, nel 2016 termina l'azione contro *JPMorgan* per un giro di corruzione nell'area del Pacifico, e nel 2018 è la *Panasonic Corp.* a concludere un accordo transattivo dopo esser stata accusata di aver offerto posti di consulenza a pubblici ufficiali americani. Le *enforcement actions* del Dipartimento, invece, nel 2017 hanno superato di gran lunga il numero di trenta, confermando comunque il *trend* delle precedenti annate.

Un'azione di contrasto serrata, dunque, in cui gli Stati Uniti hanno fatto da apripista, anticipando di venti anni la Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni internazionali. Già alla fine degli anni '70, infatti – sull'onda dello scandalo *Watergate* e, nello specifico, dell'accertamento di alcuni trasferimenti da parte di più di cinquanta multinazionali americane a governi e formazioni politiche straniere⁷² – il Congresso scelse la strada più drastica (rispetto a quella proposta dal Presidente Ford recante soltanto misure di più rigida trasparenza) di criminalizzare i fatti di corruzione pubblica internazionale.

Non si trattava, evidentemente, di un'operazione facile. Da un lato, infatti, la scelta del Congresso autorizzava il Governo americano ad una interferenza negli affari di Paesi stranieri, di arrivo o di partenza dei fatti corruttivi rilevanti. Dall'altro lato, la circostanza per cui gli Stati Uniti erano il primo Paese a darsi una regolazione di questo tipo, di fatto, creava uno svantaggio competitivo a danno delle imprese americane rispetto a quelle straniere – e senza collegamenti con gli Stati Uniti – che rimanevano liberi da vincoli analoghi. Se, ad oggi, il primo problema resiste – anche a fronte della disinvoltura con cui le autorità procedenti statunitensi indagano su fatti a volte interni a Paesi terzi –, meno rilevanza ha acquisito con il passare del tempo il secondo rilievo, una volta che la strada di adottare una normativa contro la corruzione internazionale è stata seguita da numerosi altri Paesi e dal '97 in avanti è richiesta dalla Convenzione OCES a tutte le Alte Parti contraenti.

Approvato con il consenso generalizzato di Camera e Senato, e firmato da Carter il 19 dicembre 1977, il *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) – oltre ad alcuni obblighi in materia di trasparenza e *due diligence* delle società – prevede una fattispecie di reato piuttosto complessa, a costruzione multipla, pensata in modo da coprire efficacemente ogni ipotesi di corruzione. La condotta incriminata è unica, e consiste nel comune oggetto di scambio del sinallagma corruttivo, ossia nell'offerta, nel pagamento, nella promessa o anche nell'autorizzazione al pagamento, di una cifra di denaro, di una promessa a ricevere, o comunque di un bene di valore, al fine di

⁷² L'indagine della SEC iniziò nel 1975, e i risultati sono riportati nel rapporto del 12 maggio 1976.

influenzare la controparte nell'esercizio delle sue funzioni, o di persuaderlo ad essere lui stesso ad esercitare un'influenza su un terzo soggetto qualificato.

Offerente e beneficiario, invece, si moltiplicano, e qui, dunque, le ipotesi di reato che possono venire in rilievo sono diverse, quanti possibili sono gli incroci tra i due soggetti dell'accordo corruttivo.

Anzitutto, *ratione personarum*, la condotta può essere materialmente realizzata da tre categorie di soggetti. Corruptore può essere, infatti, anzitutto ogni persona fisica cittadino o residente negli U.S.A. o anche giuridica che abbia la sede principale degli affari negli U.S.A. o che adotti il regime legale previsto dalla normativa americana (c.d. *domestic concern*)⁷³. Si aggiunge, poi, qualsiasi società che negozi sul mercato dei titoli americano (c.d. *issuer*)⁷⁴, e – con una definizione residuale – qualsiasi soggetto diverso dai primi due che *sul territorio degli Stati Uniti* realizzi la condotta corruttiva vietata⁷⁵.

Anche all'altro lato dello scambio illecito vi possono essere tre categorie di soggetti. Le prime due ipotesi sono piuttosto lineari: si tratta di un pubblico ufficiale straniero⁷⁶, oppure (emerge qui un chiaro riferimento alla genesi storica della norma) un partito politico straniero, un suo funzionario o candidato⁷⁷. La terza ipotesi è quella più innovativa, per certi versi, e che dà rilievo ad una sorta di corruzione mediata: si tratta di qualsiasi persona se si è consapevoli che l'offerta o comunque il pagamento di cui è destinatario è destinato, in tutto o in parte, ad un pubblico ufficiale o ad un partito straniero (o suo funzionario, o suo candidato), al fine di influenzarlo o indurlo ad esercitare influenza nell'esercizio di una funzione pubblica⁷⁸.

Questa ultima ipotesi, invero, crea non pochi problemi quando le società destinatarie del FCPA si trovano a trattare con società pubbliche, i cui dipendenti sono a volte classificati dalla giurisprudenza come "pubblici ufficiali". Il basso tasso di responsabilità che la norma richiede in capo all'agente (essendo sufficiente la consapevolezza che l'offerta fatta al destinatario potrebbe da questi essere impiegata per influenzare il pubblico ufficiale) aumenta notevolmente il tasso di rischio per le imprese, come se vi fosse – come nota un commentatore italiano – «un obbligo in capo alla società di controllare, ove sia ragionevolmente possibile, le attività commerciali dei terzi intermediari»⁷⁹. Tale approccio ha suggerire l'adozione di una serie di misure di *due diligence* che, nel repertorio della prassi, vanno dalla "schedatura" degli intermediari in con indicizzazione della loro affidabilità, alla scelta del soggetto cui rivolgersi tramite una procedura di selezione quasi ad evidenza pubblica, alla previsione di obblighi di trasparenza posti a condizione risolutiva dei regolamenti contrattuali con la controparte societaria.

Sotto il profilo soggettivo, infine, la fattispecie è complicata ancora di più dalla previsione di una responsabilità dell'ente (sia si tratti di *domestic concern*, che si tratti

⁷³ Attualmente: *Pub. L. 105-366 (November 10, 1998)*, U.S. Code, Sec. 78dd-2

⁷⁴ Sec. 78dd-1.

⁷⁵ Sec. 78dd-3.

⁷⁶ *Sub (1)* delle Sec. 78dd-2, 78dd-1 e 78dd-3 (le tre *prohibitions* sono costruite su un omologo schema).

⁷⁷ *Sub (2)* delle Sec. 78dd-2, 78dd-1 e 78dd-3.

⁷⁸ *Sub (3)* delle Sec. 78dd-2, 78dd-1 e 78dd-3.

⁷⁹ G. Acquaviva, *Il Foreign Corrupt Practices Act: la legislazione statunitense in materia di lotta alla corruzione di fronte agli ultimi sviluppi internazionali*, Liuc Papers n. 89, Serie Impresa e Istituzioni, 16 agosto 2001, 16.

di *issuer*, o che appartenga all'ipotesi residuale *sub sec. 78dd-3*) per il fatto compiuto da un proprio dipendente, agente, o *stockholder* che agisca per suo conto. Il che significa che una società che non abbia alcun rapporto con gli Stati Uniti – né per la localizzazione della sede, né per regime giuridico, né per la sua attività – può ritrovarsi a rispondere penalmente per il fatto compiuto da un suo dipendente sul territorio degli Stati Uniti.

Di fatto, la fattispecie penale prevista dal *Foreign Corrupt Practices Act* ha, dunque, un'ampiezza straordinaria, coprendo ogni società americana – a prescindere dal territorio su cui si concentra la sua attività – ed ogni società che, non americana, sia tuttavia operativa sul territorio degli Stati Uniti. Ciò che resta escluso, in definitiva, è soltanto il caso della società non americana (anche se posseduta o controllata da una società statunitense) che svolta la sua attività esclusivamente fuori dagli Stati Uniti.

Ad un regime così comprensivo si accompagna, d'altra parte, un corredo sanzionatorio penale piuttosto duro ed applicato con un dichiarato intento deterrente, al pari di quanto si è visto a proposito dei casi di *public corruption* domestica. Il FCPA, infatti, prevede per le società sanzioni fino a due milioni di dollari e per le persone fisiche pene detentive – oltre a pene pecuniarie – fino ai cinque anni di reclusione per ogni fatto corruttivo.

Invero, sanzioni così pesanti si riescono ad evitare se la società coinvolta sceglie in fine di patteggiare con la Securities and Exchange Commission, il che può avvenire secondo diverse forme, che possono prevedere un grado di maggiore o minore ammissione di colpevolezza e obblighi di “buona condotta” più o meno stringenti. Ad un simile accordo transattivo si è giunti, ad esempio, nel 2016, per gli addebiti fatti dalla SEC alla Odebrecht S.A., società brasiliana al centro di una «bribery machine» dalle dimensioni enormi, che aveva coinvolto anche politici e uomini delle istituzioni. Il caso merita di essere citato, tra le altre ragioni⁸⁰, se non altro per la partecipazione di un governo straniero – anzi, di due governi stranieri: Brasile e Svizzera – all'accordo transattivo che ha concluso la vicenda.

Naturalmente, la *exit way* dell'accordo con la SEC o con il Dipartimento di giustizia riduce il rischio sanzionatorio, ma non elimina gli effetti che la pubblicità della vicenda – soprattutto se accompagnata da un'ammissione di responsabilità – può avere sul mercato, nazionale ed internazionale. Probabilmente, resta questa la “sanzione” con il più alto grado di deterrenza in questo campo.

6. Conclusioni

La disciplina degli illeciti, domestici o con dimensione internazionale, riferibili ad operazioni di *public corruption* non esaurisce, evidentemente, il discorso della lotta alla corruzione. Un'attenzione a parte meriterebbe, ad esempio, la normativa in materia di trasparenza amministrativa, nel cui contesto un ruolo fondamentale è giocato dal *Freedom of Information Act* (FOIA) del 1966 – strumento alla cui dubbia effettività ha tentato di porre rimedio la Presidenza Obama, con l'adozione del c.d. *FOIA*

⁸⁰ Ben messe in luce da L. Scollo, M.M. Winkler, *Questionable Transactions, Unquestionable Rules: the Odebrecht/Braskem Case and the Foreign Corrupt Practices Act*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 3/2017, 521-542.

Improvement Act del 2016. In realtà, si tratta di un campo in cui, alla debolezza degli strumenti normativi, si affianca un debole *enforcement* giudiziale. L'impressione è che siano di maggiore *appeal* le azioni di contrasto con *coloration pénale* riconducibile alla normativa su cui ci si concentra sopra, su cui si può tentare un duplice giudizio.

Come si è visto, la disciplina relativa ai casi di corruzione pubblica a rilevanza domestica presenta un'intelaiatura piuttosto complessa, con una tendenza – ormai risalente e consolidata – al ricorso a norme incriminatrici che permettono un approccio sanzionatorio a carattere maggiormente dissuasivo, a costo di “forzare” il dato materiale della condotta tipizzata dal legislatore. L'*enforcement* è, dunque, piuttosto serrato, e soprattutto capace di intercettare praticamente ogni forma di condotta corruttiva, qualunque ne sia la modalità operativa. Il prezzo è, come si è visto, quello di una smaterializzazione della cornice normativa, che prende le forme di *chaos* – come non aveva mancato di definirlo Scalia⁸¹, dissentendo rispetto alla decisione della Corte Suprema di non pronunciarsi sulla nuova disciplina del *mail fraud*, nel febbraio 2009⁸². Il tutto, evidentemente, con grave danno al principio di legalità penale, come si è già notato.

Se la carica deterrente, sul piano della *public corruption* domestica, viene principalmente da una “disinvolta” applicazione della normativa tale da catturare ogni fatto corruttivo, sul piano della corruzione internazionale, invece – dove già la fattispecie congegnata dal legislatore è tale da coprire ogni ipotesi di condotta deviata – ad operare come fattore dissuasivo è, da un lato, la “aggressività” degli organi requirenti e, dall'altro, gli effetti sistemici sul mercato che una condanna, o anche solo un'imputazione, porta naturalmente con sé. Difficile dire quanto questa deterrenza operi realmente: nessuna prognosi realistica può, evidentemente, esser fatta sul rapporto tra fatti di corruzione realizzati e fatti possibili. Tuttavia, c'è un dato che può essere considerato un indice piuttosto rilevante: si tratta del grande numero di meccanismi di “autocontrollo” o di *best practies* che sono stati sviluppati in questi anni dalle imprese (americane) che operano sul mercato internazionale. Si va dai programmi di formazione del personale, alla previsione di “numeri verdi” cui rivolgersi per essere assicurati sulla liceità o meno di una condotta, all'istituzione di un organo indipendente di vigilanza interno alle società. Una sorta di “psicosi” da FCPA, alimentata dal basso grado di colpa che la normativa (così come interpretata e applicata) richiede a condizione della responsabilità delle società⁸³.

Si è, dunque, generata una sorta di “cultura della *compliance*”, che è, probabilmente, quello che finora ha permesso al FCPA di resistere anche ai cambiamenti di “vento” nell'*establishment* federale. All'inizio dell'attuale Presidenza Trump, da più parti si erano temuti interventi drastici, non certo smentiti dal diretto interessato, il quale, anzi, nel 2012, in un'intervista alla CNBC, aveva denunciato gli

⁸¹ «It seems to me quite irresponsible to let the current chaos prevail». Il caso era *Sorich, et. al., v. U.S.* (08-410).

⁸² Come si è visto, la Corte riterrà invece di pronunciarsi in merito pochi mesi dopo, con le decisioni *Weyhrouch, Black* e soprattutto *Skilling*.

⁸³ Tale “psicosi” ha più volte animato le società americane a chiedere *guidelines* al Dipartimento di Giustizia e alla SEC. Si segnala l'istituzione, presso il Dipartimento, di una “FCPA review procedure” con le quali le imprese possono ricevere un giudizio di conformità ex ante in relazione alle condotte per le quali possono sorgere dubbi. Vale la pena notare, tuttavia, che il giudizio rilasciato tramite questa procedura non vincola in alcun modo il giudizio che eventualmente sorgerà ex post sulla responsabilità giuridica dell'ente.

svantaggi competitivi portati alle imprese americane dal FCPA, che il futuro Presidente non aveva avuto timore di presentare come «a horrible law» da cambiare assolutamente⁸⁴. Nonostante ogni più buia previsione, ad oggi, non vi sono state mosse presidenziali nel senso della modifica della normativa sulla corruzione internazionale – nonostante, in realtà, si discuta da molto della sua emendabilità, anche con argomenti di una certa ragionevolezza, in termini soprattutto di una esigenza di maggior chiarezza e dell’opportunità di prevedere meccanismi riabilitativi. Non solo il FCPA non è stato modificato con l’arrivo di Trump, né risultano tentativi in questa direzione, ma neanche l’*enforcement* portata avanti da DoJ e da SEC sembra aver subito battute d’arresto. Il che, come si anticipava, potrebbe essere spiegato in ragione di una diffusa e radicata cultura anti-corruzione per lo meno nelle strutture requirenti, forse anche per le esternalità positive – in termini di visibilità e progressione in carriera – che il protagonismo nella lotta alla corruzione ha finora portato con sé.

⁸⁴ La notizia compare, tra altre fonti, qui: <http://fcpaprofessor.com/donald-trump-the-fcpa-is-a-horrible-law-and-it-should-be-changed>.

Refractive and Prismatic Analysis in Implicit Comparative Constitutional Law

di Dwight Newman

Abstract: *Analisi prismatica e rifrangente all'interno dell'“Implicit Comparative Constitutional Law”* – This essays walks the reader through the articles of the monographic section on Canadian Constitutional Law. It preliminarily answers the questions “Why would Italian scholars be interested to engage in an analysis of Canadian constitutional law?” and “why would Canadians be interested in what they have to say?” It ultimately draws some concluding observations where it casts doubt on the enduring validity of the standard liberal theory accounts vis-à-vis Canadian constitutional law.

Keywords: Canada, federalism, liberal constitutionalism, Charter.

1. Introduction

Lawyers often work in jurisdictionally bounded ways. Judges working in a particular jurisdiction give primary and even dominant weight to the legal materials of that jurisdiction. Were matters otherwise, one would no longer be able to speak of systems of law or, indeed, of a system's sources of law.

As a result, to some degree, it is also natural that the appropriate principal focus of legal scholars will be upon their own jurisdiction. That focus enables legal scholars to contribute to the development of the system and draws upon their own expertise as participants in that system. What, then, would explain, say, why a group of Italian scholars might be interested to engage in an extended analysis of Canadian constitutional law, and why would Canadians be interested in what they have to say?

The first question, though, does not need as much of an answer as the second. Though the legal scholar making a contribution might naturally do so within his or her own system, the curious mind of a legal scholar need not be jurisdictionally bounded. At one level, in academic inquiry, he or she is free to roam the landscapes of all the world as he or she sees fit to do.

The second question raises possibly more interesting questions. While the Canadian constitution is not an artefact to be secreted from the gaze of non-Canadians, Canadians might nonetheless initially wonder what is to be gained from study of the Canadian constitution by scholars from another tradition who will bring different—*foreign*—assumptions and approaches to it. The exercise might be permitted but could initially appear to some to have limited rationales for it.

616

An extended analysis of the constitutional law of one state by scholars from another state inherently involves a form of implicit comparative constitutional law. However, it presents a form of comparative constitutional law going beyond the discipline's usual tropes. Comparative constitutional law in general has become a significant academic movement over recent decades.¹ But the dominant trends in comparative constitutional law have generally tended to see a focus more on comparative bills of rights jurisprudence than on other aspects of constitutionalism.² To the extent that there have been exceptions, these comparisons have—even more so than in the context of bills of rights—been conducted within regionally- or systemically-bounded groups of countries. Thus, Canada's constitution has drawn attention in the context of its Commonwealth affinities, even if to draw lessons from Commonwealth contexts that may be of interest elsewhere.³ Admittedly, there has sometimes been a broader focus on specific aspects of Canadian constitutional policy that is of interest elsewhere, such as in Stephen Tierney's work on Canadian multiculturalism or Annis May Timpson's on Indigenous issues.⁴ But the overall trends have seen comparative constitutional law operate within certain established channels.

There are obviously reasons why much comparative constitutional scholarship has operated within such defined traditions. To take one example, one aim of comparative law may be to facilitate borrowing of distinctive rules on some particular issues—what has sometimes been called *bricolage*.⁵ The adoption of a rule from another system may well be most useful if it derives from a system in which that rule is at least somewhat similarly situated within the broader network of legal rules and principles, thus offering more prospect of the transplanted rule achieving some of its same functions. That possibility is most likely in the context of legal systems that share some characteristics, which thus offers an argument for some priority of comparative focus on systems within the same family of systems.

That said, depending upon the breadth of one's viewpoint, the value in comparative constitutional law may extend much more so across traditions. One Italian scholar has rather optimistically described an affinity that may exist as between all constitutional systems: "An undeniable bond—both historical and

¹ See e.g. Ran Hirschl, "The Rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on Substance and Method" [2008] *Indian J. Const. L.* 11. In the context of this rise, Hirschl has argued that there is an appropriate shift underway from comparative constitutional law to comparative constitutional studies: Ran Hirschl, "From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies" (2013) 11 *Int'l J. Const. L.* 1. See also generally Ron Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014.

² See discussion in Christopher McCrudden, "A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights" (2000) 20 *Oxford J. Legal Studies* 499. On the dearth of comparative federalism, for example, see Vicki C. Jackson, "Comparative Constitutional Federalism and Transnational Judicial Discourse" (2004) 2 *Int'l J. Const. L.* 91.

³ See e.g. Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, 2013.

⁴ Stephen Tierney, ed., *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, Vancouver, 2008; Annis May Timpson, ed., *First Nations, First Thoughts: The Impact of Indigenous Thought in Canada*, Vancouver, 2009.

⁵ See the helpful discussion in Mark Tushnet, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law" (1999) 108 *Yale L.J.* 1225.

cultural in nature—connects all constitutions currently in force to the ideals originating from those past revolutions that led to the recognition of such [human] rights”.⁶ To the extent that such claims are well-grounded, then the interpretation of rights in each system will be of interest to those working within every other system. To some degree, text and jurisprudence that has developed within each system represents an effort to grasp the very same law, so each system contains persuasive material for every other. And, indeed, such a take often motivates those working on comparative human rights.⁷ However, at least many aspects of constitutions not bearing directly on rights surely reflect non-universal considerations, notably the histories and identities of particular places.

While individual Italian scholars have certainly studied Canada’s constitution before,⁸ the idea of a group of Italian scholars engaging together in a project studying Canada’s constitution marks a different application of scholarly analysis. In covering a range of different areas of constitutional law, the project undertakes an analysis that involves implicit comparative constitutional law. Yet, it does so in respect of systems not necessarily easily considered within the same family of constitutions—except in so far as one constructs an immensely broad European tradition—and it does so on a wide range of matters, not necessarily those where both constitutions must reflect the same values.

The results, in my view, ought nonetheless to be of significant interest to Canadian constitutionalists. Attention by a group of Italian scholars to the Canadian constitution can facilitate both what I will call “refractive analysis” and what I will call “prismatic analysis”. Both derive from metaphors in relation to light. Refraction takes place when a light wave changes direction upon passing from one substance to another. Thus, refractive analysis considers the subject matter from a different set of underlying perspectives derived from a different system, which may lead to some interesting alteration in the understanding of the subject matter. A specific form of refraction takes place when a prism separates out the different colours contained within a beam of light. Thus, prismatic analysis is a form of refractive analysis that specifically separates out different materials within one system’s constitutionalism, enabling clearer separation of matters like values and culture from more formal aspects of the law. Both refractive and

⁶ Giancarlo Rolla, “The Two Souls of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2007) 36 Int’l J. Cdn. Sts. 329.

⁷ See McCrudden, *supra* note 2.

⁸ The piece in this collection by Giuseppe Franco Ferrari surveys the Italian-language scholarship on Canadian constitutionalism in its opening paragraphs. There have also been some Italian scholarly publications on the Canadian constitution in English: e.g. Rolla, *supra* note 6; Tania Groppi, “A User-Friendly Court: The Influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies”, in Ian Peach et al., eds., *A Living Tree: The Legacy of 1982 in Canada’s Political Evolution*, Toronto, 2007. See also Alberto Cadoppi, “Recent Developments in Italian Constitutional-Criminal Law” (1990) 28 Alta. L. Rev. 427 (publication on Italian constitutional law issues in a Canadian legal journal by a visiting Italian scholar carrying out some comparisons in the process). There was also a Symposium on The Constitution of Canada held at the Scuola Superiore Santa’Anna in Pisa, Italy in May 2017, convened by Richard Albert, Giuseppe Martinico, Antonia Baraggia, and Cristina Fasone (although with many of those presenting coming from outside Italy) which will presumably lead to some sort of published volume in due course.

prismatic analysis are facilitated precisely by the presence of foreign scholars who come to the Canadian constitution with different starting assumptions, different histories, and even different values on those matters that have local dimensions. The achievement of refractive analysis and prismatic analysis is apparent in the different papers offered by the group of Italian scholars who engage with the Canadian constitution in this collection—precisely by bringing “foreign” assumptions to the analysis, these scholars illuminate the Canadian constitution afresh. My comments here thus serve both to introduce the various papers in the collection but also to situate them within these identifiable modes of implicit comparative constitutional analysis.

2. Refractive Analysis of the Canadian Constitution

Refractive analysis involves the passage of legal materials at issue through another substance, notably through the perspectives of a lens from outside the system. In the context of Italian analysis of the Canadian constitution, refractive analysis arises when a different perspective on the Canadian constitution is apparent in light of the different starting assumptions and methods of Italian scholars. This refractive analysis is part of the richness of learning that can come from implicit comparative constitutional law.

Distinctive approaches to the Canadian constitutional law corpus are evident amongst the Italian scholars’ contributions to this collection. Giuseppe Franco Ferrari’s piece, “Canadian Rights”, refers at the outset to an interest in constitutional rights but then recognizes that any discussion of rights in Canadian constitutional law must grapple with a highly complex system of legal sources. While the presentist orientation of Canadian legal education—at least at the anglophone law schools—has tendencies to move rapidly to discussion of the *Charter of Rights and Freedoms* at the expense of other parts of the constitution, Ferrari rightly backs things up from that context and discusses the complex sources of Canadian constitutional law, the historical patterns of recognizing other principles like parliamentary sovereignty and the historical engagement with minority rights through particular constitutional privileges. By bringing a different lens, Ferrari highlights to Canadians themselves how much else is presumed when one begins talking about constitutional rights.

Edmondo Mostacci’s piece, “The Canadian Constitutional History and Its Determinants”, similarly situates Canadian constitutionalism within a deep historical background. The long shift toward autonomy from the United Kingdom—and the long, complex efforts to manage relations between different linguistic communities—are a dominant feature of Canadian constitutionalism. But they are more apparent to a scholar coming from a country with deep history, while Canadians all too often leap to present legal debates.

In her piece, “The Judicial Power in Canada: The Mirror of a Pluralistic Society”, Eleonora Ceccherini reads some of the constitutional history in Canada to have certain constant elements, notably a focus on pluralism. Mauro Mazza’s piece on “Linguistic and Ethnic Minorities” similarly identifies a focus found

throughout significant parts of Canadian constitutional law on linguistic rights, ethnic rights, and Indigenous rights. He highlights, for instance, that the recent formation of the territory of Nunavut in the Eastern Arctic was oriented to creating a territory that could be run by Inuit peoples who constituted a majority of its population. In doing so, he highlights some of the ways in which features of federalism actually serve to protect particular identity groups, a point salient with the analyses in Ceccherini and Ferrari and emphasizing a dimension of Canadian constitutionalism sometimes neglected by Canadians themselves. All too often, Canadians think of the *Charter* as the principal instrument of rights protection when rights protection runs through the Canadian constitution more broadly in ways almost better noticed from outside.

Indeed, it is fascinating that it is the forms of Canadian government that receive in this collection so much attention compared to the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*. When David S. Law and Mila Versteeg published their piece arguing that the Canadian constitution had become more influential than that of the United States, their main focus was on the *Charter*⁹—and that was what was largely picked up by various commentators, as well as being the focus of widely-noted remarks by United States Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg in Egypt.¹⁰ After citing to Law and Versteeg, Cristina Fasone’s piece on “Canada as an ‘Importer’ and ‘Exporter’ of Federal Arrangements: A View From Europe” makes the potentially more interesting claim that features of Canadian federalism are at least as interesting and worthy of attention from outside Canada. In referencing the interesting features of Canadian constitutionalism, Fasone first mentions the nature of Canada’s Senate—something that no Canadian would ever do!¹¹ She goes on to discuss also intergovernmental relations and Canada’s engagement with secessionist challenges, connecting these issues to issues in Europe itself. The lens of what an Italian scholar finds to be exportable Canadian constitutional law highlights different perspectives on what aspects of Canadian constitutionalism are of more international interest.

Notably, Simone Penasa’s piece on “The Canadian Form of Government” draws attention to some of the same issues, such as the role of the Senate, again illustrating how features of Canadian constitutionalism that have been receiving less attention from Canadian scholars are of much greater significance than Canadians might appreciate. Penasa also draws attention to some of the unique balances struck in Canada, such as in the hybridization of common law and civil law and especially in the integration of British parliamentary tradition and

⁹ David S. Law & Mila Versteeg, “The Declining Influence of the United States Constitution” (2012) 87 N.Y.U. L. Rev. 762.

¹⁰ See Dwight Newman, “Conserving the Uniquely Exportable Bill of Rights”, *Washington Times*, 12 December 2016.

¹¹ Indeed, the Senate receives only scant references in Peter Oliver, Patrick Macklem & Nathalie des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, 2017—despite being one of the distinctive institutions of Canadian federalism, it receives no separate chapter. Indeed, today, the Senate is mainly under discussion in respect of potential reforms: see e.g. Emmett Macfarlane, “The Uncertain Future of Senate Reform”, in Emmett Macfarlane, ed., *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, 2016, 228. Older traditions of Canadian writing were much more ready to acknowledge its important roles: see e.g. F.A. Kunz, *The Modern Senate of Canada, 1925-1963*, Toronto, 1965.

American judicial review. The latter has, of course, received some meaningful attention in the context of discussions about the so-called “New Commonwealth Model of Constitutionalism”.¹² In Canada, a “notwithstanding clause” enables parliamentarians and legislators to substitute their interpretation of rights in circumstances where they disagree with the interpretations offered by judges.¹³ As I have argued elsewhere, one feature of such a clause is the possibility that in cases of tensions between rights that are and are not enumerated in the written constitutional text, it may permit parliamentarians and legislators to ascribe continued weight to those rights outside the constitutional text.¹⁴ It thus marks the possibility of a unique rights tradition in Canada.

However, Nausica Palazzo’s piece on “Anti-Discrimination Law in Canada: Future challenges”, tends to call some of that potential on the uniqueness of the Canadian rights tradition into question. Palazzo powerfully highlights how the Canadian courts more readily accept individualistic claims under the security of the person and freedom of association guarantees within the Canadian *Charter* and tend to reject equality-based claims that do not have normative standing within a particular liberal model of constitutionalism. Thus, poverty-based claims have not succeeded under the equality rights provision of the *Charter*—even while some poverty-related claims have succeeded under security of the person—and non-normative family forms have struggled to receive *Charter* recognition unless they can be made to resemble traditional family forms. Here, we have a bridging into prismatic analysis.

3. Prismatic Analysis of the Canadian Constitution

Prismatic analysis, as suggested earlier, is a form of refractive analysis that specifically separates out different colours. It enables clearer separation of matters like values and culture from more formal aspects of the law. The piece just referenced from Palazzo is an example of an Italian scholar’s approach to implicit comparative constitutionalism identifying the presence of significant values of liberalism within Canadian constitutionalism. While the Canadian constitutional text would appear to give equal priority to security of the person and to equality rights, liberal claims based on the former right fare better than more transformative claims based on the latter right. By engaging with Canadian anti-discrimination principles in innovative ways, Palazzo implicitly separates the roles of formal legal text and deeper values of Canadian constitutionalism that bear on Canadian rights discourse.

The emphases on history in several of the pieces also help to separate out various different considerations going into present legal analyses. Notably, the

¹² Gardbaum, *supra* note 3.

¹³ On the notwithstanding clause generally, see Guy Régimbald & Dwight Newman, *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd edn., Toronto, 2017, 603-608.

¹⁴ For my explanation elsewhere, see Dwight Newman, “Canada’s Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities”, in Geoffrey Sigalet, Grégoire Webber & Rosalind Dixon, eds., *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge, forthcoming 2019.

analysis offered by Ferrari highlights that the modern rights context must be read against a deeper set of historical dimensions of Canadian constitutionalism. Mostacci, Ceccherini, and Mazza also highlight how the historical shape of Canadian constitutionalism bears significantly on modern understandings, each illustrating the point in various different ways, and the latter two of these authors also highlight the role of values of pluralism and respect for diversity as a dimension separate from and undergirding the formal legal texts.

Both Fasone and Penasa are oriented to the forms of Canadian government. The forms of Canadian government are not a mere present construction but build upon deeper history and values. Both Fasone and Penasa draw attention to dimensions of the Canadian governmental structure that presentist-oriented Canadian lawyers neglect, thus highlighting some of this role of history and values in richer ways.

The collection as a whole engages with Canadian constitutionalism differently than most Canadians would. That is a real strength to it. The different emphases of a group of Italian scholars confronting the Canadian constitution show afresh what parts of Canadian constitutionalism may be truly distinctive and may be of particular significance to those elsewhere. The different focus of Italian scholars compared to many Canadians writing on the Canadian constitution offers refractive and prismatic analyses that highlight different aspects and help to separate out the roles of text, values, and history in ways that may be escaping the attention of many Canadian scholars immersed daily in the quotidian legal disputes of the country.

4. Conclusions: From Light to New Visions

Shedding light differently on the Canadian constitution may help Canadians think differently about it as well. One dominant narrative since the adoption of the 1982 *Charter*—much trumpeted by Canadian scholars seeing the Canadian constitution as linking on to a universal human rights discourse—has tended to see the Canadian constitution as a standard liberal constitution. To some degree, the fascinating piece by Palazzo supports that reading, but it must be read alongside the various sets of analyses offered here. While the initial political theory of Pierre Trudeau was fundamentally liberal—and that conception has continued to have prominence for a certain cadre of scholars and judges—the richer set of considerations of history and distinctive values identified in the discussion here may make us think differently and consider the possibility that Trudeau’s initial political theory actually set the groundwork for a potential transition away from traditional liberalism.

Notably, the liberal rights of the *Charter* are actually textually framed as the least important rights in several different ways. They are uniquely subject to the notwithstanding clause, which does not apply to the language rights clauses. They are also constrained in their interpretation in light of Indigenous rights in section 25 of the *Charter*, in light of multicultural heritage in section 27, in light of separate school rights in section 29, and the list could actually go on. Section 28

also contains a trumping sex equality provision, albeit one framed around the binary of “male persons and female person”—thus, without any anticipation of the contemporary transgender revolution. Though these provisions have been little applied, all of them textually rank liberal rights lower than group rights, subject to a partial liberal priority on sex equality.

That arguably is not new with these provisions. As noted by several of the pieces in Amnon Lev’s recent collection on *The Federal Idea*—notably those by Nicholas Aroney and by Stephen Tierney—the very idea of federalism has a tendency to subvert traditional notions of the nation-state and to embody forms of plurinationalism in ways that find no place in standard liberal theory accounts.¹⁵ John Rawls’s theory of justice has no variegation of citizens.¹⁶ In respect of a variety of aspects of our Constitution, Canadian engagement with post-liberal notions of the state may well have much to offer as a case study of potential interest to elsewhere.

Indeed, while the point deserves more attention from scholars, in many ways the sorts of cultural and linguistic policies drawing attention from so many of the pieces in this collection serve as state-building and nation-building policies. And there is meaningful evidence that one of Trudeau’s aspirations in framing language rights as they were was not to serve specific aims of liberal individualism but to subvert minority nationalisms.

Thinking also of rights going beyond standard liberal formulations, an Italian Indigenous rights scholar based in the United Kingdom, Mauro Barelli, has highlighted the uniqueness of the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)* in the international human rights world in recognizing collective rights in a relatively full-fledged way for the first time in international law.¹⁷ There are of course many complex questions on how to understand and work with collective rights, some of which have already been implicitly raised in Canada and some of which remain ahead.¹⁸

The Canadian constitution, rooted in the deep histories of diversity highlighted by a number of Italian scholars approaching it outside Trudeau’s liberal shadow, continues to contain many provisions oriented to rights protection in more collective forms. It is no simple liberal constitution inscribing into Canada some set of simple universal values. As implicit comparative constitutional law highlights, the Canadian constitution contains complex historical dimensions and complex values choices going well beyond the simple tropes of many Canadian scholars. We should all consider ourselves indebted to those from outside who

¹⁵ Nicholas Aroney, “The Federal Condition”, in Amnon Lev, ed., *The Federal Idea*, Oxford, 2017; Stephen Tierney, “Federalism and the Plurinational Challenge”, in Lev, ed., *ibid.*

¹⁶ That said, for an interesting recent argument that Rawls’s political liberalism opens the way for many diversity-oriented policies and, indeed, for a certain model of collective rights, see Michel Seymour, *A Liberal Theory of Collective Rights*, Montreal, 2017.

¹⁷ Mauro Barelli, *Seeking Justice in International Law: The Significance and Implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, London, 2016, 18.

¹⁸ See Dwight Newman, “Aboriginal Rights, Collective Rights, and Adjudicative Virtues”, in Dwight Newman & Malcolm Thorburn, eds., *The Dignity of Law: The Legacy of Justice Louis LeBel*, Toronto, 2015, 285. For my deep theory account of collective rights, see Dwight Newman, *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights Held by Groups*, Oxford, 2011.

highlight aspects of Canadian constitutionalism that are ever-present but often escape presentist attention.

The Canadian constitutional history and its determinants

di Edmondo Mostacci

Abstract: La storia costituzionale canadese e le sue determinanti – The essay analyses the Canadian constitutional history and focuses on the key-elements that have most influenced the development of Canadian constitutional law. In particular, it highlights how the *québécoise* question was the first and fundamental determinant of the constitutional order of the Nation. Subsequently, the suggestions coming from the United States and above all the question of independence from the Motherland played an equally significant role. However, the *québécoise* question re-emerges strongly when the process leading to independence from the United Kingdom comes to a positive end.

Keywords: British North America Act, Canada, Federalism, Multiculturalism, Patriation.

1. Introduction: Canadian constitutional history and Canadian constitutional law

625

The analysis of Canadian constitutional history is no easy task, for two distinct reasons: firstly because of the difficulty of reconstructing a perspective that covers a period of time particularly long and difficult to define with certainty; secondly, for some features of the relationship that links constitutional law, constitutional history, and history tout court of the Country.

As for the first question, it is difficult to establish the starting point of the analysis, due to the absence of a real breakpoint within the historical development of Canada. On this point there seem to be three distinct alternatives.

The first in chronological order is to identify as the starting point of the constitutional history of the Country the adoption by the King of France of the edict that established the Supreme Council of Quebec¹. This is not, in fact, the first governing body of “New France”. Already in 1647 the French monarch had provided the North American colony with a first council consisting of three members. However, it is only with the edict in question that ancient Quebec was endowed with a governing body with a certain degree of autonomy and significant powers.

The second alternative is the most common one within Canadian constitutional history studies and coincides with Britain’s victory over France in the Seven Year War and with the Royal Proclamation of the 7th of October 1763. It is definitely the passage that marks the cuts more clearly. From this moment

¹ Edit de création du Conseil souverain du Québec.

on, two of the most significant forces that led to the constitutional development of Canada begun to deploy their effects: the difficult coexistence between Francophones and Anglophones and the complex relationship of colonies with the British motherland.

The third alternative is to set the time when Canadian constitutional history begins – *rectius*, the perspective of analysis that is proposed on this topic – in 1867, the year of the adoption of the British North America Act. Several good reasons support this choice. The BNA defines some essential features of the Canadian legal order, as we know it today. In particular, it is only since 1867 that Canada is a federal legal system. At the same time, the features of the act influence markedly the subsequent constitutional development and the problems it has left unresolved.

Numerous reasons militate in favor of each of the three alternatives and do debar a decisive choice in favor of one or them. On the contrary, the complex character of Canadian constitutional history suggests that each of these three moments of transition is to be relativized. Consequently, the analysis that will take place in the following pages will have the specific object of Canadian constitutional development over the last 150 years, also in light of the subject of the conference. However, particular attention will be given to those events prior to the adoption of BNA that have to some extent significantly influenced the development of subsequent events.

As for the link between constitutional law, constitutional history and history *tout court*, the question concerns some essential features that Canadian constitutional law has derived from that of the ancient Motherland. In particular, similarly to what happened in the English experience, the normative formant of Canadian constitutional law is at the same time rather weak and fragmented. On the one hand, its weakness manifests itself in the partiality of the Canadian Constitution, especially before the adoption of the Canadian Act of 1982: the absence of a constitutional bill of rights is associated with the lack of constitutional provisions concerning important features of the frame of government. Consequently, the overwhelmingly prevalent part of the BNA relates to relations between Federation and Provinces. On the other hand, the same definition of the normative formant seems to be problematic in nature. Even after the adoption of the Constitutional Act 1982, whose sect. 52.2 defines what the Constitution of Canada is, the issue remains controversial, even in the light of *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia* where the Supreme Court claims that the acts listed in the sect. 52.2 constitute a non exhaustive list. Moreover, even where the normative formant is complete, its application by courts - and in particular, until 1949, by the Judicial Committee of the Privy Council - is largely influenced by historical circumstances and gives rise to a *Law in action* far from the *Law in the books*.

The peculiarities of the relationship between law and constitutional history hinder a clear distinction between these two domains and require dealing with the historical discourse differently from the simple analysis of the diachronic evolution of juridical institutions of constitutional law, to grasp its current conformation.

To this end, it seems appropriate to have a grid of analysis of Canadian constitutional history focusing on those fundamental forces that have driven the historical development of Canadian institutions. This grid is then applied to the analysis of the most important aspects of the Canadian legal system in their diachronic development.

This grid is made up of the following three elements: the contrast between the French-speaking and the Anglo-speaking inhabitants; the relationship between the Dominion and the Motherland; the ties with and cultural influences from the Motherland and the United States. The aim of the research is to verify how they have intertwined and how the dialectic between the two main forces – i.e.: the contrast between the French and the Anglo-speaking, and the relationship between the Dominion and the Motherland – has constituted the fundamental tension underlying the overall Canadian constitutional development.

Based on this grid the analysis will take up the following main points: first, the period prior to the adoption of the BNA will be analyzed, highlighting how the relationship with the Motherland (para 2) and the francophone issue (para 2.1) have influenced the development of Canadian institutions. Next, we will analyze the time when the BNA was adopted (para 3) and the subsequent steps on the path of Canada's independence from the United Kingdom (para 3.1). Finally, before moving on to final observations (para 5), attention will be focused on the Patriation process (para 4) and to the Constitutional Act of 1982 (para 4.1).

2. Representative government and political autonomy from the Québec Act to the BNA

The first determinant of Canadian constitutional history is the long relationship between Canada and the United Kingdom. This begun with the Treaty of Paris² and the subsequent Royal Proclamation (1763)³ and lasted over two centuries until the end of the process of *Patriation*. It was not, as is well known, a constant relationship. On the contrary, it has produced a long evolution that over the decades has presented problems of different origin and nature.

In the beginning, the theme that drove the historical development was that of Canadian autonomy and representative government. The Royal Proclamation of 1763 replicated to a good extent a scheme already tested - over a century before - with the "other" American colonies. After the treaty of Paris, George III established a new government for Québec by means of a letter-patent⁴. The letter-

² The treaty was signed on 10th of February 1763 by the kingdoms of Great Britain, France and Spain, after the victory of Great Britain during the Seven Years' War and marked the beginning of an era of British dominance outside Europe. On the Treaty, see H.W.V. Temperley, *The Peace of Paris*, in J.H. Rose, A.P. Newton, Ernest Alfred Benians (eds), *The Cambridge History of the British Empire*, vol. I – *The old empire from the beginnings to 1783*, Cambridge, 1929.

³ The Proclamation was issued on 7th of October 1763, by King George III.

⁴ On this instrument and its use in the context of British colonization of North America, see T.S. Hughes, *The History of England, from the Accession of George III, 1760, to the Accession of Queen Victoria*, III ed., vol I, London, 1846, 20 ff. See also G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, 70 ff.

patent entrusted a Governor with the power to summon general assembly *in such manner and form as was usual in those colonies and provinces which were under the King's immediate government* and, with the consent of the representatives of the people, to make laws and ordinances for the peace, welfare and good government of the Colony⁵.

This first constitutional arrangement, which was unsatisfactory under several points of view, lasted eleven years, until the adoption by the Parliament of Westminster of the Québec Act 1774⁶. According to this Act, the Government of the province was entrusted to a Governor and a Legislative Council; the Council was composed by no less than seventeen and no more than twenty-three members, appointed by the crown. As a consequence, the act left no room for representative government⁷. However it addressed an other issue relevant to the political autonomy of the Colony: it restored the validity of French civil law within the Colony⁸.

The enactment of the Québec Act of 1774 did not resolve the question of representative government and during the '80 petitions and memorials were presented to the home government⁹. Within a context characterized by the American and the French revolution, petitions and memorials pushed the Parliament of Westminster to approve a new constitutional text in 1791. The Constitutional Act of 1791¹⁰ dealt with the question of representative government and vested the legislative authority in a Legislative Council – composed by members appointed by the crown for life – and an Assembly – composed by representatives chosen by majority of votes in electoral districts.

Whilst the Constitutional Act dealt with the issue of representative government, it did not tackle the question of ministerial responsibility¹¹. The governor general, appointed by the Crown, and his Executive Council were entrusted with the executive power and were not responsible to the Legislative Assembly.

The framework described did not undergo significant changes for more than half a century, despite the fact that, after a first relatively harmonious period of operation, political frictions between the Legislative Assembly and the Governor General had rendered unsatisfactory the rendering of the overall institutional system.

A decisive change of course took place in the mid-nineteenth century, a period that was turbulent in Canada since the adoption of the Union Act of 1840¹² and that was characterized, in Europe, by the revival of revolutionary revolts of liberal inspiration. The innovations of the period concerned two distinct areas. On

⁵ See S.J. Watson, *The Constitutional History of Canada*, Toronto, 1874, 16.

⁶ Formally the British North America (Québec) Act of 22nd of June 1774 (14 Geo. III c. 83).

⁷ See A.R. Hassard, *Canadian Constitutional History and Law*, Toronto, 1900, 31 ff.

⁸ See J.G. Bourinot, *A Manual of the Constitutional History of Canada. From the Earliest Period to 1901*, Toronto, 1901, 11.

⁹ See again A.R. Hassard, *Canadian Constitutional History*, cit., 39-40.

¹⁰ The Clergy Endowments (Canada) Act 1791 (31 Geo 3 c 31).

¹¹ See again J.G. Bourinot, *A Manual of the Constitutional History of Canada*, cit., 15.

¹² The British North America Act, 1840 (3 & 4 Victoria, c.35).

the one hand, they enlarged the field of autonomy granted to Canadian representative institutions: in 1846, an imperial statute entrusted the Canadian legislature with the complete authority over taxes and provincial money and authorized it to repeal duties imposed upon goods imported from foreign countries; three years later, the Parliament of Westminster repealed the navigation laws and liberalized the use of the river St. Lawrence; moreover, in 1854 another act enacted by the Imperial Parliament enable the Canadian legislature to alter the structure of the Canadian Legislative Council and paved the way to an elective upper house for the Province¹³.

Furthermore, the Executive Council was made responsible to the Legislative Assembly. As Lord Elgin was appointed Governor General in 1847, he received clear instructions to receive as members of the Executive Council “those persons who might be pointed out to him as entitled to do so by their possessing the confidence of the Assembly”¹⁴.

2.1. The issue of French-speaking inhabitants

The second determiner of Canadian historical development, both in the period before the adoption of the BNA and afterward, is the contrast between English and French speaking inhabitants. In fact this is a contrast that emerges about thirty years after the Capitulation of Montreal, when after the American Separation War a large group of citizens of the *Thirteen Colonies* who has remained faithful to the Motherland came to the colonies of the northernmost part of North America. It was a massive migration for the time, estimated at about 60,000 people, one fifth of whom moved to the northwest of Québec¹⁵. As far as the previous period is concerned, however, it is more correct to talk about the opposition between the population settled in the Canadian area during the French domination and the new Anglo-Saxon dominion.

The issue of this opposition emerges first of all in the Articles of Capitulation of Montréal, in which England is committed to ensuring the people of the future Canada the privilege of maintaining their civil rights and practicing their religion¹⁶. However, in the early years following the Royal Proclamation, the new Motherland seems to fail to comply with the commitment because the decision to provide the colony of Anglo-Saxon institutions and the choice to impose Anglican oath as a condition for access to Public office, which inhibited the French-speaking people of Catholic religion from actively participating in the public life of the Colony¹⁷.

A first change of route in the sense of greater protection of the demands of the French-speaking population comes with the Québec Act of 1774, which not only restores the validity of civil law in disputes between individuals - albeit with

¹³ See A.B. Keith, *Responsible Government in the Dominions*, Oxford, 1912, 645.

¹⁴ Cfr. J.G. Bourinot, *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, IV ed., Toronto, 1916, 12-3

¹⁵ See C.G.D. Roberts, *A History of Canada*, London, 1897, 257 ff.

¹⁶ See art. 27.

¹⁷ See J.G. Bourinot, *A Manual of the Constitutional History of Canada*, cit., 7.

some interference with common law, in force in the sphere of public law - but purges the oath of allegiance, necessary for access to public office, of every reference of a confessional nature.

A second step on the path to stabilizing the francophone issue is with the adoption of the Constitutional Act of 1791, which divides the Colony into two provinces – Lower Canada, characterized by a French-speaking majority, and Upper Canada, with an Anglo-speaking majority – and provides each province of symmetrical¹⁸ and mutually independent governing bodies. The separation of the two provinces affects their legal structures and allows the population of Upper Canada to substitute the French civil law with the rules of common law¹⁹, thus inaugurating that territorial differentiation that characterizes also the current Canadian legal system.

After a period of relative stability, the institutional system created in 1791 gets into crises because of the demand, common to both provinces, of greater autonomy, especially in tax matters. However, the impasse is particularly severe in Lower Canada where it stands up with the difficult relationship between the French population and the Motherland. The former, through its representatives, requires the adoption of important reforms aimed at giving the province greater autonomy and a truly representative government, as summarized by Ninety-Two Resolutions of 1834²⁰. The second is reluctant to grant greater forms of autonomy and eager to proceed to the Anglicization of the province. The contrast between Lower Canada and the Motherland is progressively dramatized in the first thirty years of the nineteenth century resulting first in a conflict between the electoral chamber and the governor general, who «dissolved the Québec Legislative Assembly with a frequency unparalleled in political history»²¹, and then in the presentation of the Ninety-Two Resolutions by Canadian representatives and in their rejection by the British Institutions. The peak of the crisis eventually leads to the Rebellion of 1837-38, to the suspension of the Constitutional Act of 1791 by the Parliament of Westminster and the sending of Lord Durham²² to Canada as Commissioner, entrusted with large powers *for the adjustment of certain important affairs, affecting the provinces of Upper and Lower Canada*.

Returning to the Motherland, Lord Durham submits to the English Parliament an articulated report²³ outlining the state of Canadian provinces and suggesting the actions needed to resolve the ongoing crisis. The action lines suggested by Lord Durham are essentially two: to proceed on the road to grant

¹⁸ Except the fact that Upper Canada is administered by a Lieutenant-General of the Governor-general, while Lower Canada by a direct representative of the latter.

¹⁹ See F.P. Walton, *Civil Law and the Common Law in Canada*, 11 *Jurid. Rev.* 282, 286 (1899).

²⁰ A.R. Hassard, *Canadian Constitutional History*, cit., 47.

²¹ According to J.G. Bourinot, *A Manual of the Constitutional History of Canada*, cit., 24.

²² On Durham's figure and his political views, see M. Wade, *The French Canadians 1760-1945*, New York (NY), 1955, 175

²³ The s.c. *Lord Durham's Report*. It could be found in 4 *Monthly L. Mag. & Pol. Rev.* 85 (1839). On the Report, see T.J. Lockwood, *A History of Royal Commissions*, 5 *Osgoode Hall L. J.* 172, 188 (1967).

greater autonomy to Canada and to strengthen self-government institutions²⁴; for the other to strengthen ties with the Motherland, in particular also through the Anglicization of the French-speaking province²⁵. Based on this premise he strongly recommends the unification of the two provinces in a single entity governed by common institutions.

Based on Durham's report, several initiatives were taken²⁶. On the one hand those that give rise to the developments already seen in the previous paragraph; on the other hand, the approval of the Act of Union of 1840, with which Upper and Lower Canada are reunited in a single province, divided into two districts.

The institutional framework laid down by the Act of Union is characterized by the readaptation, at least in the form, of the one already laid down for the two provinces in the Constitutional Act of 1791, with the peculiarity that the two chambers of the legislature are now composed of two parts, each of them respective to one of the two districts in which the unified province is organized.

In short, the period ending on the eve of the BNA approval saw the existence of a Canadian province whose autonomy from the Motherland had made a number of advances. Simultaneously, these same advances were partially offset by a reasonable solution to the problem of the self-government of the French-speaking population, which first found a partial solution in the division of the territory in Upper and Lower Canada and then was largely expunged from the political agenda of the Parliament of Westminster.

3. The enactment of the British North America Act

In the years immediately preceding the adoption of the BNA, Canada shows an institutional framework that gives the Colony an adequate level of autonomy from the Motherland: legislative power is in the hands of a Legislature that, since 1856, is composed of elective representatives; Executive power is in the hands of an Executive Council responsible to the representative Assembly. In this context, in 1865 the Imperial Parliament enacts a law of particular importance in rationalizing and better defining the relations between Motherland and Dominions: over the years the general relationship between the Imperial Parliament and Legislature of the Dominions has been reconstructed in terms similar to the concept of hierarchy. The Colonial Laws Validity Act of 1865 (CLVA) intervenes to clarify this relationship and to state what acts of the imperial parliament are to prevail over the laws adopted by the colonies and which acts are not binding²⁷. The CLVA sets out that an Imperial Statute is an act of the Parliament of Westminster extending to the colony *by the express words or necessary*

²⁴ C.R. Cahow, *Comparative Insights into Constitutional History: Canada, the Critical years*, in 45 *Law & Contemp. Probs.* 33, 45 (1982).

²⁵ W. Renwick Riddell, *The Constitutional History of Canada*, in 46 *Am. L. Rev.* 24 36 (1912)

²⁶ However it must be highlighted that the British government adopted only a part of the Durham's proposal. In particular, it granted responsible government to Canada only in 1847. See W. Morton, *The Canadian Identity*, Toronto, 1972, 38.

²⁷ On the act and its impact on Dominion-Motherland relationships, see A.B. Keith. *Dominions as Sovereign States: Their Constitutions and Governments*, London, 1938, 167.

intendment and prescribes that colonial laws are void when they are repugnant to an imperial statute. As a consequence, colonial laws are valid even when they are repugnant to other statutes (s.c. received statutes) or common law rules.

While the twenty years before the adoption of the BNA create a positive settlement of relations between Canada and the Motherland, the francophone issue seems far from having found a positive accommodation. An attempt to do so is made within the Canadian political system thanks to the principle of the *double majority*²⁸: no act affecting the territory of a district can be approved without the consent of – other than the two chambers – the majority of the representatives assigned to the same district. At the same time, when in 1848 the principle of ministerial responsibility begins to be applied, the principle of double majority implicates that the two districts should be equally represented in the government²⁹.

However, the principle of the double majority, applied to the formation of the Executive Council, ends up weakening the government and making it a target for dialectics between Anglo- and French-speaking components of the Country, with consequences also affecting the normal functioning of the legislative power³⁰. In addition, the more general historical context increases the need for a well-structured institutional system³¹ and the urgency of addressing the weakness of the Canadian frame of government. In particular, two circumstances are of particular relevance. On the one hand, the socioeconomic evolution of Canada and, more generally, of the western world³²; on the other hand, the American Civil War, which raises concerns about the prospective expansionism of the United States³³, on the backdrop of what had already happened in the early nineteenth century, and determined the need to balance the cumbersome north American Country with a likewise strong legal system, with the contribution of the other British provinces in North America.

²⁸ See A.R. Hassard, *Canadian Constitutional History*, cit., 59, and O.D. Skelton, *Canada under responsible government, 1854-1867*, in J.H. Rose, A.P. Newton, Ernest Alfred Benians (eds), *The Cambridge History of the British Empire*, vol. VI – *Canada and Newfoundland*, Cambridge, 1930, 343 ff.

²⁹ See B.K. Baker Long, R. Chaffey, *Framework of Union. A Comparison of Some Union Constitutions*, Cape Town, 1908, 16.

³⁰ The principle of the double majority was found to be unworkable, according to A.R. Hassard, *Canadian Constitutional History*, cit., 59. See also D. Creighton, *The 1860s*, in J.M.S. Careless, R. Craig Brown (eds), *The Canadians 1867-1967*, MacMillan, 1969, 8.

³¹ See R. Vipond, *1867: Confederation*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, 2017, 84.

³² The Second Industrial Revolution (1850-1880) affected also the northern part of the American Continent and required an institutional framework capable of providing the nascent industrial system with the necessary infrastructures. See D.G. Creighton, *British North America at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion Provincial Relations*, Ottawa, 1938 7.

³³ After the *Trent Affair* the relationship between the U.S. and the British Empire became particularly tense. See W. R. Riddell, *The Constitutional History of Canada*, in *32 Can. L. Times* 225, 241 (1912). Few years later, the Campobello Island and the Niagara Raids showed that a political union among British colonies «was necessary to ensure territorial integrity against a military power wanting to punish Britain for its support of the South» (R. Vipond, *1867: Confederation*, cit., 87).

In 1864, this critical circumstance drives the leaders of both government and opposition to agree to a mutual understanding, in order to deal with the institutional problem. The perspective to make a federal system with New Brunswick and Nova Scotia³⁴ leads to a coalition government³⁵. A first convention in Charlottetown decides to inspect the question of a larger union of the North America British Colonies in a specific conference to be held in the Ancient Capital of Québec. As a result, after a eighteen days conference in October 1864, the representatives of the Colonies draft seventy-two resolutions, as an outline of the future Act of Union. The legislature of Canada scrutinizes the seventy-two resolutions at the beginning of 1865 and, after an in-depth debate, addresses them to her Majesty so that a measure will be subject to the Parliament of Westminster. After a new conference in London (1866), where small adjustments to the seventy-two resolution are made to accommodate specific interests of the maritime colonies, on the 12th of February 1867, a Union Bill is submitted to the Imperial Parliament and enacted without (significant)³⁶ amendment within two weeks. On the 29th of March the British North America Act receives the Royal sanction from Queen Victoria.

In the process of drafting³⁷ the Seventy-two Resolutions, the two driving forces of Canadian constitutional history do not cease to play a significant role. However, if the steps taken towards autonomy in the previous decades allow the fundamental terms of the relationship with the Motherland to remain now unaltered, the francophone issue shows intact all its historical significance. In addition, a new and different force comes into play: it is the dialectic between British cultural influences³⁸, the importance of which is heightened by the need to involve the Imperial Parliament in the overall process, and the influence of the legal U.S. culture. It is evident that the eighty years of experience of the first federal legal system has to be seen as a fundamental comparison term for constituents of the new Canadian federal order.

By proceeding with order, the establishment of a federal order allows first to find a balance between the instances of autonomy of the French-speaking population and the needs of the Motherland to bridle Quebec self-government within a broader framework, able to preserve the positioning of this geographical area within the British colonial empire. At the same time, it also allows to preserve the interests of the Anglo-speaking population not only in the Upper but also in Lower Canada, especially those of economic nature. Here, then, the dialectics

³⁴ The idea of gathering in a single federal state the British colonies of North America had emerged about a fifteen years earlier (see P. Buckner, *The Maritimes and Confederation: A Reassessment*, in 71 CHR 1 (1990)), even if the political conditions to concretely pursue the design were realized only in the sixties.

³⁵ Composed by the Liberal and the Conservative Party of Upper Canada and the Conservaties of Lower Canada).

³⁶ See N. Mcl. Rogers, *The Compact Theory of Confederation*, in 9 *Can. B. Rev.* 395 (1931).

³⁷ On this process, see A.P. Poley, *Federal Systems of the United States and the British Empire: Their Origin, Nature and Development*, Boston, 1913, 191.

³⁸ See M.D. Walters, *The British Legal Tradition in Canadian Constitutional Law*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, cit., 113 ff.

between the Anglophone group and the Francophone group moves at the Québec conference on future relations between provinces and federation and, in particular, on the distribution of competences between the two levels of government. On the one hand, representatives of the Anglo-speaking population imagine a more perfect union stronger than the United States: the federation is endowed with a broad supremacy clause against provincial laws and the clause on residual competences is addressed to the federation; at the same time, competences expressly assigned to the federal legislature have a mere exemplifying character; in addition, in the field of economic relations, the federation is attributed a seemingly wider competency – the *regulation of trade and commerce* – than that attributed by the U.S. constitution to the Federation (*to regulate commerce with foreign nations and among the several States*). The French-speaking delegation, on the other hand, tries to oppose a certain resistance to pervasive federal power in order to maintain a higher level of autonomy, and in any case succeeds in getting provincial powers on property and civil rights, in order to maintain and develop its legal system of civil law.

But in terms of the dialectic between the influences of English and US legal cultures, it would be misleading to be driven by a mere quantitative criterion: considering the need to maintain the bond with the Motherland and to obtain the approval of the imperial parliament, it is natural that British influence remains dominant. Thus, not only the form of government continues to recall the English one, but also some of its fundamental rules remain entrusted to constitutional practice and customs, in accordance with the legal sensibility of the Motherland. Likewise, the constitutional text is not accompanied by a bill of rights able to restrict the parliamentary sovereignty.

On the contrary, US legal culture strongly influences the federal structure of the legal system ruled by the BNA, both in positive and negative ways. On the one hand, the U.S. federal system is the archetype that inspired the Seventy-two Resolutions; on the other hand, the majority of Canadian *founding fathers* want to avoid the weaknesses that have affected the first decades of life of the U.S. Federation and have contributed to triggering the Civil War³⁹: the choice of orienting in favor of the federation the residual clause and the choice of providing for a pervasive supremacy clause in favor of the federation are explained in this way.

3.1. A slow development towards independence (1867-1949)

At least from a symbolic point of view, the adoption of BNA marks an important moment in the process of progressively releasing Canada from the Motherland. The focus on the representative government theme and the completeness of the federal-style institutional system drawn from the act leave little room for colonialist regressions. Similarly, the sect. 129 of the BNA reiterates the capacity of the Canadian government to intervene in all matters of interest to the extent possible, with the limitation of imperial statutes, as established by the CLVA of

³⁹ See R. Vipond, 1867: *Confederation*, cit., 89.

1865⁴⁰. From a legal and formal point of view, there are still two elements of supremacy of the Motherland on the Dominion. Firstly, the possibility for the Parliament of Westminster, admitted by the CLVA, to adopt imperial statutes capable of constraining the Canadian political decision maker; furthermore, the role of appellate jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council (JCPC). These are two elements that will only be overcome in the course of the twentieth century.

The power of the Imperial Parliament to adopt imperial statutes, from a formal point of view, is expected to remain in force until the end of the patriation process in 1982. However, it lost its substance at the beginning of the thirties with the Statute of Westminster of 1931.

The process leading to the adoption of the Statute – an act affecting United Kingdom relations with all the Dominions – lies at the end of World War I: on the one hand, in the international context, the principle of self-determination of peoples, emphatically enunciated by U.S. President Wilson at the Versailles Conference (1919), shows the anachronism of the colonial claims of the States of the old continent. On the other hand, the participation of the British colonies in the war effort, costing to Canada more than 60,000 casualties, is a persuasive argument for parity between Dominions and the Motherland. In this context, the first announcement of a new course comes in 1920, when the Canadian Prime Minister William Lyon Mackenzie King denies assisting British troops in Turkey without the approval of the Canadian parliament⁴¹. Some years later, in 1926, the King-Byng crisis puts the issue of independence from the UK at the center of public debate⁴². In particular, Prime Minister Mackenzie King declines the issue underlying the crisis not as much as a frame of government problem, but from the perspective of political relations between Canada and the crown, its representative in Canadian soil and, therefore, with the Motherland. In addition, in the same year, the Privy Council declares null and void a 1888 federal statute, which has abolished appeal to the Judicial Committee of Privy Council in criminal cases, due to its inconsistency with two imperial statutes and the CLVA of 1865.

These (and other) events caused pressures from the governments of the Dominions to address the issue of relations with the UK, which led to the convening of the Imperial Conference of 1926⁴³. The meeting of the Prime Ministers of the United Kingdom and the Dominions therefore adopted the Balfour Declaration, according to which the UK and the Dominions «are autonomous communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs».

The Balfour Declaration declares the principle of parity between the Dominions and the (ancient) Motherland, but still leaves unsolved the problem of

⁴⁰ On the relationship between CLVA 1865 and BNA, see A.B. Keith, *Responsible Government in the Dominions*, Oxford, 1928, 342.

⁴¹ On the relationship between “Dominions” foreign policy and the sunset of the British Empire see F.R. Scott, *The End of Dominion Status*, in 38 *Am. J. Int’l L.* 34 (1944).

⁴² On the importance of this crisis, see A.M. Dodek, *Rediscovering Constitutional Law: Succession upon the Death of the Prime Minister*, in 49 *U.N.B.L.J.* 33, 48 (2000).

⁴³ See J.A.R. Marriott, *Evolution of the British Empire and Commonwealth*, London, 1939, 300.

the hierarchical relationship between the Imperial Statutes adopted by the Parliament of Westminster and laws adopted by the legislature of Commonwealth countries. The issue is dealt with a few years later during a new Imperial Conference, which adopts an agreement that, while formally enforcing the supremacy of the Imperial Statutes, aims to resolve the issue pragmatically⁴⁴: the Imperial Conference of 1930 adopts a convention according to which «no law hereafter made by the parliament of the United Kingdom shall extend to any of the said Dominions as part of the law of that Dominion otherwise than at the request and at the consent of that Dominion». At the same time, the Conference recommends the formal adoption of this principle by the Parliament of Westminster through an Imperial Statute. The imperial parliament fulfills this task the following year through the adoption of the Statute of Westminster, whose sect. 4 reproduces verbatim the text of the previous year convention⁴⁵.

The framework drawn up by the Statute of Westminster is supplemented by Sect. 7, dealing with the Imperial Statutes already in force and, through the abolition of the CLVA of 1865, enables the legislation of the dominions (and, for Canada, the Provinces besides the Federation) to repeal and modify them. The only exception, with regard to the Canadian legal system, is the BNA with its amendments⁴⁶. The extension of the principle to this act would have required an autonomous constitutional review procedure for the Canadian Constitution, an objective that will be achieved only fifty years later with the Patriation of 1982.

A second significant step is the adoption of an amendment to the Supreme Court Act aimed at revoking the appeal jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council (JCPC) for the Canadian legal system. As is well known, since its establishment in 1833, the judicial power of last resort for all colonies was vested in the JCPC. In addition, despite the fact that Canada was granted the opportunity to regulate the types of appeal that could be submitted to the JCPC, attempts to limit the jurisdiction of the English organ were unsuccessful. This is the case of the *Memorandum* prepared by Justice Minister Edward Blake following the establishment of the Supreme Court of Canada⁴⁷. The memorandum aimed to launch a process to revoke the jurisdiction of the JCPC, replacing it with that of the newly created court. However, it was rejected without any particular delay from the Colonial Office. Again, in 1888, the Canadian Parliament adopted a law abolishing the appeal jurisdiction of the JCPC in criminal cases. However, several years later, the JCPC declares that the law is null and void for breach of the Colonial Laws Validity Act⁴⁸. It is only with the Statute of Westminster that the Dominion is entrusted with the power to regulate the subject and then proceed to

⁴⁴ See again J.A.R. Marriott, *Evolution of the British Empire and Commonwealth*, cit., 305.

⁴⁵ It sets out: «No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof».

⁴⁶ See sect. 7.1. of the Statute of Westminster.

⁴⁷ The Supreme Court of Canada was established in 1875 by the enactment of the Supreme and Exchequer Courts Act.

⁴⁸ See *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482.

the suppression of the appeal authority of JCPC for the Canadian territory. The definitive release of the Canadian judicial system from the Motherland takes place in 1949, thanks to the approval of an amendment to the Supreme Court Act of 1875.

The importance of such a passage does not seem to need any particular explanation. However, with regard to the Canadian legal system, it is of particular significance. Under Canadian constitutional law, the dynamics between the various legal formants⁴⁹ – particularly between the legislation and case-law – appear to be particularly unbalanced in favor of the work of the Courts⁵⁰, both for the general membership of Canada to the common law countries and the fragmentation of the normative formant, and finally for the creative attitude shown throughout the years by the PCJC. From this point of view, the case of relations between provinces and the Federation seems to be emblematic. The BNA text, which also has margins of uncertainty and ambiguity, seems to draw up a rather centralized federal system, especially in the area of trade regulation. In spite of the literal figures of BNA, the JCPC, especially thanks to the work of Lord William Watson and Lord Richard Haldane⁵¹, maximizes the provincial competences, especially the one on *Property and civil rights*, and instead offers a very restrictive reading of sect. 91 of the BNA⁵². The consequence is that what appears to be a centralized federal system, from the point of view of law in action is a system that is particularly attentive to provincial autonomy.

The relevance of the jurisprudential formant in the definition of constitutional law is certainly not a typical circumstance of the Canadian legal system alone; however, where the supreme authority of the Judicial System is not self-contained but firmly rooted in the UK legal system, the relationship between Dominion and Motherland is definitely affected to the benefit of the latter.

In sum, the period between the Balfour Declaration and 1949 shows that it is decisive from the perspective of the independence of the Canadian legal system from the Motherland. After 1949, beyond the membership in the Commonwealth, the last remnant of colonial supremacy is linked to the adoption of amendments to the BNA, which still requires the involvement of the Parliament of Westminster. However, this participation is of an eminently formal nature: the adoption by the British Parliament of amendments is subject to the Statute of Westminster and is therefore fully subject to the political will of the Canadian legislature.

⁴⁹ On the concept of legal formants, see R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *Am. J. Comp. L.* 1 (1991).

⁵⁰ J.B. Kelly, C.P. Manfredi, *Courts*, in J.C. Courtney, D.E. Smith (eds), *The Oxford Handbook of Canadian Politics*, Oxford, 2010, 39.

⁵¹ On J. Haldane, see: D. Sommer, *Haldane of Cloan*, London, 1960; J.G. Hall, D.F. Martin, *Haldane: Statesman, Lawyer, Philosopher*, Chichester, 1996; F. Vaughan, *Viscount Haldane: The Wicked Step-Father of the Canadian Constitution*, Toronto, 2010.

⁵² See, as leading cases, *A.-G. Can. V. A.-G. Alta. (Insurance)* [1916] 1 A.C. 588, *Re Board of Commerce Act* [1922] 1 A.C. 191, *Toronto Electric Commissioner v. Snider* [1925] A.C. 396, and *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.* [1925] S.C.R. 434. See also, among new deal cases, *Natural Products Marketing Reference* [1937] A.C. 377. See also E. Mostacci, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Milano, 2018, 114 ff.

4. The Patriation process and the re-emergence of the issue of the French-speaking inhabitants

As we have seen in the previous paragraph, the definitive emancipation of the Canadian legal system from the United Kingdom still needs an element that, despite being eminently formal in nature, nevertheless has a high symbolic significance: the complete and formal reconnection of the constitution to the Canadian system of sources of law, with the enactment of an autonomous procedure for adopting amendments to the BNA and other constitutional acts.

It would seem to be a simple process: independence from the UK is a politically and legally acquired reality⁵³. However, it still requires more than thirty years because of the other great force that has led the evolution of Canadian legal system: the constitutional position of the French-speaking minority, now declining in the level of autonomy and the constitutional status of the Québec province.

On the other hand, throughout the years the question of the constitutional status of Québec did not find a solution, but remained somewhat underdeveloped during the first part of the twentieth century, to re-emerge to a very significant extent at the beginning of the seventies, as witnessed by the founding of the *Parties québécois*, a party of declared sovereigntist inspiration, able to take 23% of the vote in the 1970 elections and to reach 41% just six years later⁵⁴. Beyond the achievement of the Quebec Parties, during the seventies the constitutional status of Québec became one of the main topics of the provincial political agenda. The main political forces of the Province share the need for greater autonomy⁵⁵ and the the very permanent presence of Québec within the Canadian Federation even becomes a main political cleavage.

The relevance of the theme is witnessed in particular by the referendum on sovereignty-association put by the Québecois Party leader at the center of its political manifesto in the victorious election campaign of 1976 and then convened in 1980. Despite the defeat of separatists, in fact, most of the unionist forces, while campaigning for the permanence of Quebec in the federation, openly claim that the negative vote is not equivalent to a mere approval of the status quo. On the contrary, it is the premise of staying in the federation by negotiating new and broader margins of autonomy for the Province.

Beyond the historical context, the definition of an approval procedure for constitutional amendments, especially within a federal legal system, is never a simple task. It has a significant impact on the role and level of constitutional protection of the federal states, as it is capable of modifying the basic provisions governing the relationship between center and periphery.

⁵³ See *British Coal Corp. V. The King*, [1935] A.C. 500, 520.

⁵⁴ After the general election of 1976 René Lévesque, leader of the *Parties québécois* was appointed as Premier of Québec.

⁵⁵ A. Noël, *Quebec*, in J.C. Courtney, D.E. Smith (eds), *The Oxford Handbook of Canadian Politics*, cit., 96 ff.

Within the context of the Canadian legal system, the theoretical issue comes with the question of Québec⁵⁶, generating for many years the conviction that all Provinces, and in particular Quebec, should consent to the adoption of a procedure to approve Constitutional amendments. Thus, a first attempt to enact a self-constitutional constitutional revision procedure in order to proceed to Patriation, comes already to a stop in 1964 against the disagreement of the French-speaking province⁵⁷. Similarly, a second attempt was made in 1971 and failed because of the refusal of Québec to ratify. Further proof of the delicacy of the issue, in both cases, the proposed procedures provided for extensive involvement of the provinces: their unanimous consensus, at least for the most significant changes, according to the 1964 proposal; an articulated threshold system – which in any case guarantees a veto power to Québec – in the 1971 proposal.

The historical context that emerges during the seventies certainly does not facilitate reaching an agreement on patriation and an amending formula. It is politically difficult to keep separate two seemingly different issues: the reform of the constitutional status of Quebec and the definition of a procedure for approving the constitutional amendments. Moreover, as early as the 1971 attempt, patriation is no longer seen as a mere substitution of the intervention of the Parliament of Westminster with a procedure internal to the Canadian legal system. On the contrary, the ambition is wider: modernizing the constitution of the country and, in particular, providing Canada with a constitutional bill of rights that can replace the *Canadian Bill of Rights* of 1960.

All three of these issues make a very complex picture, in which the room to reach an agreement between the Federation, the Anglo-French Provinces and the French-speaking province is very narrow. Diametrically opposed needs have to find an arduous equilibrium: on the one hand, the demand of Québec for greater independence; on the other hand, the definition of a renewed constitutional framework that promises to be more pervasive for provinces. In fact, the adoption of a federal bill of rights does not limit its effectiveness to the Federation alone: the expansive force that rights have taken in the course of the twentieth century, coupled with the fundamental unity of federal legal systems, no longer allows to imagine Federation and provinces as two distinct and separate spheres; on the contrary, as the American constitutional history teaches⁵⁸, fundamental rights – also beyond the intentions of the founding fathers – inform the legal system in its entirety and require a positive implementation by the federal and provincial government. At the same time, the definition of a bill of rights, as the British constitutional experience clearly evidenced, is strongly linked with the history, the culture and the juridical-political sensibilities of a citizenry.

It is not surprising, though, that even in the 1980-1981 period there is no agreement between Quebec and the rest of Canada. Likewise the choice of Prime

⁵⁶ See D.C.M. Yardley, *The Patriation of the Canadian Constitution*, in 7 *Holdsworth L. Rev.* 84, 87 (1982).

⁵⁷ On the Fulton-Favreau Formula, see Scott, *Editor's Diary: The Search for an Amending Process (1960-67)*, in 12 *Mc Gill U.* 337 (1967).

⁵⁸ Through the long process known as incorporation. See H.J. Abraham, B.A. Perry, *Freedom and the Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, New York-Oxford, 1998.

Minister Trudeau to proceed on the path leading to patriation and with the approval of the Canada Act of 1982, despite some attempts to stem the conflict⁵⁹, brings the issue of the constitutional status of Quebec to a particularly difficult decade.

Shortly after the entry into force of the Constitutional Act of 1982, the first sign in this sense came into being. In the three-year period 1982-1985, the French-speaking Province makes a massive use of the notwithstanding clause set out in the sect. 33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, aiming to emphasize its distance from the new constitutional text, both in legal and political terms⁶⁰.

In such a context, the arrangement of the francophone issue does not cease to dominate the public debate and, between the end of the eighties and the beginning of the next decade, two major attempts are made to reach a solution. The first, in 1987, came with the Meech Lake Accord⁶¹, which succeeded in coagulating the consensus of all the Premiers of the ten Provinces and the approval by the Legislature of Québec. However, the deal fails for the deadlocks that are being created in Manitoba and Newfoundland. The failure of the previous agreement leads to a new attempt producing the Charlottetown Accord of 1992⁶². However, in this case too the outcome is not the one hoped for: the agreement is submitted to a referendum and rejected by the majority of the Canadian people. The failure of the attempts to find a solution to the francophone issue leads to the second referendum on the sovereignty of Quebec in 1995, when the leavers come out with a very small defeat.

4.1. The Canada Act of 1982

The Canada Act of 1982 is made up of two fundamental parts. The first aims to repeal the sect. 7.1 of the Statute of Westminster, in order to break the bond between the two countries left alive in 1931. The second, formally the Schedule B of the Canada Act, is the Constitution Act of 1982. It fulfills several key tasks. First, sect. 52 sanctions the Primacy of the Constitution of Canada and lists the acts that constitute the Constitution and to which the principle of supremacy applies. symmetrically, Part V (Sect. 38-49) establishes a general procedure to amend the constitutional texts as well as other special procedures. Also, sect. 50

⁵⁹ Among these attempts, the Notwithstanding Clause played a significant role: it aimed at mitigating the “centripetal aptitude” of the federal Charter of Rights. See J.D. Whyte, *Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the Charter’s Notwithstanding Clause*, in 16 *Const. F.* 79, 82 (2007).

⁶⁰ See P. Passaglia, *Modello inglese vs. Modello Statunitense nell’edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in E. Ceccherini (ed.), *A trent’anni dalla Patriation canadese*, Genova, 2014, 53 ff.

⁶¹ See D. Owrarn, *The Historical Context of Meech Lake*, in 2 *Const. F.* 23 (1990-1991), and A. Tupper, *Meech Lake and Democratic Politics: Some Observations*, 2 *Const. F.* 26 (1990-1991). Furthermore, on the relationship between the Accord and Canadian constitutional history, see R.A. Macdonald, *Meech Lake to the Contrary Notwithstanding*, Part I, in 29 *Osgoode Hall L.J.* 253 (1991), and Part II, in 29 *Osgoode Hall L.J.* 483 (1991).

⁶² P.W. Hogg, *The Difficulty of Amending the Constitution of Canada*, in 31 *Osgoode Hall L.J.* 41 (1993).

modifies the BNA – now renamed the Constitutional Act of 1867 – inserting a sect. 92A dedicated to provincial jurisdiction on non-renewable natural resources, forestry resources and electrical energy. Finally, Part I sets out the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

From a historical point of view, it is to be noted that, in an attempt to prevent the opposition of Provinces – in particular the French-speaking one – to the Bill of Rights and, more generally, the Canada Act of 1982, sect. 33 of the Constitutional Act of 1982 sets out a clause aimed at making the application of a relevant part of the bill of right more flexible. The notwithstanding clause allows federal and provincial legislatures to subtract, with a specific declaration, a law from the scope of sect. 2 or sect. 7 to 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

This element is of particular interest not only because it gives the country a bill of rights whose effectiveness is potentially variable – and it is worth pointing out that, apart from the polemical use that has been made by Québec, the notwithstanding clause has not been widely applied by Canadian legislatures. On the contrary, it is the testimony at the highest normative level of the peculiar importance that historical development has had in the progressive formation of Canadian constitutional law.

Beyond this specific peculiarity, the adoption of the Constitutional Act of 1982 deeply affects the essential features of Canadian constitutional law. Following the completion of the patriation process, not only Canada has a constitutional bill of rights, but consequences on the relations among the powers of the federal government and those between the Federation and Provinces are really significant.

As for the first profile, the role played by the Supreme Court is clearly strengthened. The extension of the constitutional parameter does not only result in a quantitative increase in the norms imposed on federal and provincial legislatures, but also on the nature of the judicial review of legislation, which is no longer called upon only to be the guardian of the relationship between center and periphery. On the contrary it becomes the defender of the proper exercise of the sovereign power by the central body of the frame of government and the political-representative process. From this perspective, it does not appear incongruous to see in the patriation a significant hybridization of the Canadian legal system of British derivation with the experience of the United States.

5. Concluding remarks

The analysis expounded in the previous pages leads to some conclusive remarks.

The first element that seems to be highlighted concerns the importance of the relationship with the Motherland for the constitutional development of the Country: the main stages of the historical process that have been reconstructed here have led a significant change in the relationship between Canada and the United Kingdom. This is the case, for example, of the development of the representative government and of the principle of ministerial responsibility that

have gradually marginalized the role of the Governor General, appointed by the crown; it is still the case of the progressive granting of new field to Canadian legislation and of the symmetrical decrease of the role played by the Parliament of Westminster since the adoption of the CLA of 1865 to the Westminster Statute, more than half a century later.

The bond with the homeland and its progressive development have also forged numerous institutes of Canadian law – in particular the frame of government – and above all the legal culture of the country. As with the patriation of 1982 we can speak of a hybridization of the original model with elements that characterize the constitutional experience of the U.S.; it should be noted that it has been a hybridization rather than an assimilation. Moreover, the idea of binding the legislative power to a higher law can be attributed not only to the process of hybridization with the United States but also to some features of the relationship between the Dominion and the Motherland, starting from the need to respect the imperial statutes, as expressly sanctioned by the CLVA of 1865.

Lastly, the role played by the French-speaking issue should not be underestimated. On the one hand, it appears to have forged some elements of Canadian federalism, at least through the inclusion of property and civil rights within the competences with which provinces are entrusted by sect. 92 of the BNA. On the other hand, as highlighted before, the francophone issue significantly affected the process of patriation and, at least in part, the results that it achieved. Beyond the legal-formal aspects, however, it would seem appropriate to point out that the presence of a cohesive and combative French minority has not only contributed positively to the development of Canadian constitutional law, but also positively affected the context in which the constitution is interpreted and deploys its effect, promoting a pluralistic vision of the power and the law⁶³ and a gentle approach to traditions and cultural diversities.

⁶³ See D. Schneiderman, *Constitutional Culture: A Genealogical Account*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, cit., 913.

Canada as an “importer” and as an “exporter” of federal arrangements: A view from Europe

di Cristina Fasone

Abstract: Il Canada come “importatore” ed “esportatore” di soluzioni e assetti federali: Uno sguardo dall’Europa – The article explores the main features of Canadian federalism from a European perspective, looking at Canada as an “importer” and an “exporter” of federal solutions. First it considers the relationship between federalism and constitutional amendment formulas. Second, it analysis the division of competences between the federation and the provinces under the Constitution Act and the case law of the Supreme Court of Canada. Third, the article deals with the composition and powers of the Senate as a problematic element for the functioning of the federation. Fourth, it moves on to explore intergovernmental relationships as a key element of the Canadian asymmetric federal arrangement. Finally, it reconstructs and elaborates on the failed attempts of Quebec to secede and how the threat of federal disintegration has been addressed. The article concludes that, despite having being “obscured” by other federations, like the United States and Germany, as a benchmark for federal solutions, Canada has become an increasingly popular federal model and shows features and challenges similar to some regional and federal countries in the old continent, when viewed through the lens of a European observer.

643

Keywords: Canadian federalism, constitutional amendments procedures, Senate, intergovernmental relationship, secession.

1. Introduction: An Increasingly Popular Federal Model?

As the British North America Act 1867 turned its 150th anniversary, Canadian federalism and its many facets have increasingly raised the attention of comparative law scholars around the globe.¹ From the different constitutional amending formulas to the ambiguous nature of the federal Senate, the importance of intergovernmental relations, the protection of indigenous peoples and to secession, the evolution of the Canadian federation has attracted a variety of commentators to elaborate on similarities and differences. This has not always been the case as comparative legal scholarship has long relied on other more popular models of federalism, like the US in the American continent, and Germany in Europe.² The success of the Canadian federal experience, steadily growing since

¹ See, e.g., the volume by R. Albert & D. R. Cameron (eds.), *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution – Part one: Federalism and Pluralism in Canadian Constitutionalism*, Cambridge, 2017.

² D.S. Law & M. Vertseeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 *New York University Law Review* 762, 779 ff (2012) show, indeed, that Canada and South Africa are rising in prominence as the most popular reference points in comparative constitutional law while

the Trudeau era (1968-1984), the Patriation of the Constitution and the adoption of the Charter in 1982, is testified by the fact that Canadian federalism – rather than the US Constitution – is taken as a point of reference even by EU scholars for the continuous adjustment of the EU integration process as a quasi-federalising process.³ However, as has been convincingly argued, thus far Canada has been an “exporter of constitutional thought” for mostly questions concerning rights protection and interpretative technique, much less for debates on the constitutional structure, like federalism.⁴

It is not by chance, that a topic at the crossroad between federalism and rights enforcement, namely the treatment of Indigenous peoples, has been one of the first that, although dealing with federal arrangements, has nonetheless promoted Canada as a source of inspiration in a comparative fashion, in particular in Australia, the US and Latin America.⁵ The emergence of Indigenous self-government as a third order of constitutionally protected government in Canada’s federal system, its recognition by the federal and provincial governments as an inherent right protected under the “Aboriginal rights”, is grounded in section 35(1) of the Constitution Act 1982.⁶ Much less emphasis, instead, has been devoted to analyse, from the perspective of comparative federalism, the effect having three levels of constitutionally protected government, among which is Indigenous self-government.

This article approaches federalism in Canada from a comparative point of view. In particular, it aims to shed light on the similarities and differences of certain Canadian federal arrangements with selected European countries that can be categorised, like Canada, as quasi-federal systems.⁷ In doing so the article also intends to explore if Canada has been an “exporter” and “importer” of certain federal practices and institutional arrangements and to what extent such “import” and “export” have come to happen deliberately.

For the purpose of this contribution, the attention is focused on the features of Canadian federalism that can be most interesting for a European scholar

the United States Constitution is declining as a preferred model of reference. F. Palermo and K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, 2017, however, include Canada in their comparative constitutional analysis of federal experiences.

³ See A. Verdun, *The Federal Features of the EU: Lessons from Canada*, in 4 *Politics and Governance* 100 (2016).

⁴ See R. Hirschl, *Going Global? Canada As Importer and Exporter of Constitutional Thought*, in R. Albert & D.R. Cameron (eds.), *Canada In The World*, cit., 305-324. Indeed, S. Tierney, *Misconceiving Federalism. Canada and the Federal Idea*, in R. Albert & D.R. Cameron (eds.), *Canada in the world*, cit., at 34, has argued that “the Canadian model of federalism is unique” in light of its constitutional history and bicultural imprinting.

⁵ See S. J. Gunn, *Introduction: Contemporary and Comparative Perspectives on the Rights of Indigenous Peoples*, 19 *Washington University Journal of Law & Policy* 155-165 (2005) and P. Macklem, *Indigenous Peoples and the Canadian State*, in R. Albert & D. R. Cameron (eds.), *Canada in the world*, cit., 59-80.

⁶ See Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Partners in Confederation. Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution*, Minister of Supply and Services of Canada, Ottawa, 1993, 29-49.

⁷ See K.C. Wheare, *Federal Government*, 4a ed., Oxford, 1963, 18-20, as recalled also by J. Webber, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Oxford, 2015, 134-135 and R. Vipond, *1867: Confederation*, in P. Oliver, P. Macklem e N. Des Rosiers (eds.) *Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, 2017, 91.

working, in particular, in the Italian context. These elements, which will be discussed after a short description of the constitutional amendment formulas and of the main characteristics of the Federation, are: 1) the nature of the federal Senate, its composition and powers, and the many reforms put forward to change the current shape of this institution. In fact, like in many European countries with a federal or regional form of state, also in Canada the (reformed) Senate is seen as a legislative branch where the need to represent the federated entities and to preserve its role of chamber of sober second thought should be balanced. The reform, also in the light of the cumbersome constitutional amendment procedure, is particularly complex to achieve. 2) The second element of interest for a European comparative lawyer is the way intergovernmental relations, supplementing the lack of a proper federal second chamber, have developed in Canada, through a system of intergovernmental conferences and agreements. A similar dynamic has taken place also in many European countries, though in more recent years. 3) The way secessionist claims in Quebec have been addressed, in particular, based on the Reference re Secession of Quebec decided by the Supreme Court in 1998, has been at the very center of the European ongoing discussion on the attempts of regions (Flanders, Catalonia, Scotland, and Veneto) to secede from some EU Member States, Belgium, Spain, the UK and, to some extent, also Italy.

2. Canadian Federalism and the Constitutional Amendment Formulas

Federalism has been depicted by the Rt. Hon. Beverley McLachlin as one of the founding values of Canadian constitutionalism alongside democracy and respect for difference and diversity.⁸ Indeed, federalism permeates any single aspect of the Canadian Constitution. Perhaps one of the most significant of these aspects, for the loyalty toward and the endurance of the *foedus*, are the constitutional amendment formulas, despite being sometimes circumvented. The variety of constitutional amendment procedures in the Constitution Act of 1982 is often recalled as one of the distinctive features of that constitutional document, not so common in many Constitutions of the world.⁹ Such multiplicity of procedures, from a minimum to a maximum of involvement of the federal and the provincial levels of government, depends on the extent to which the constitutional change affects one or more provinces, the Federation alone, both, or the whole federal constitutional architecture, as clarified, for instance, in *Reference re Senate Reform*.¹⁰ Starting from the “easiest” amendment procedure, a change in the provincial Constitution, provided that it does not impinge upon federal matters or issues of federal-provincial interest, can be achieved by majority in the provincial legislature (section 45). Second, a unilateral federal procedure, with a majority of

⁸ See The Right Honourable Beverley McLachlin, P.C., Chief Justice of Canada, *Defining Moments: The Canadian Constitution*, Remarks before the Canadian Club of Canada, 5 February 2013 and the in depth-commentary by R. Albert, *Introduction: The Values of Canadian Constitutionalism*, in R. Albert & D. R. Cameron (eds.), *Canada in the World*, cit., 1-23.

⁹ See J. Cameron, *Legality, Legitimacy and Constitutional Amendment in Canada*, in R. Albert & D. R. Cameron (eds.), *Canada in the World*, cit., 98-122.

¹⁰ *Reference re Senate Reform* 2014, SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at section 4.

the federal Parliament passing a law, is envisaged to amend constitutional provisions concerning the executive government of Canada or the Senate and the House of Commons, subject to sections 41 and 44 that prescribe the use of different procedures on particular aspects, like the powers of the Senate and the method of selecting Senators (section 44). The remaining three constitutional amendment procedures are the most “sensitive” from the point of view of the relationship between Federation and provinces. In fact, the federal Parliament and the provincial legislature(s) concerned are called to agree both on a constitutional amendment affecting the federal level of government as well as one or more, but not all, provinces (section 43). Section 38 entrenches the general amendment formula, which requests a majority in each House of the federal Parliament plus resolutions voted in 7 of the 10 provincial legislatures representing at least 50% of the population of all the provinces. This formula, which is to be used, for example, to derogate from the legislative powers, can be objected in a province through a resolution of its legislative assembly passed by the majority and expressing its dissent toward the constitutional amendment. This is typically what happened when trying to reform the federal Senate. Finally, the most challenging amendment formula – the unanimity procedure, for example for abolishing the Senate – requires all provincial legislatures as well as the federal Parliament by majority to agree on the constitutional change (section 41): something that is very unlikely to happen, as the cases of the Meech Lake and the Charlottetown accords reveal, given the number of veto players involved.

646

Although most rigid Constitutions in federal systems foresee the participation of the federated entities in the procedure for amending the Federal Constitution – directly or by involving the federal Second Chamber – there are no many cases in which the unanimous consent of the member states is mandatory, like under section 41 of the Canadian Constitution Act. Indeed, if the entry into force of a constitutional amendment is already very difficult in federations, as under Article V of the US Constitution where super-majorities both at federal and state level are required – the situation is even more complex where the unanimity rule applies. Nevertheless the unanimity procedure, according to the Canadian Constitution, is the sign of the significance vested in the federal compact and the will to preserve the consensus among all the parties involved. This is further confirmed by the circumstance that institutional practice and legislation, at federal and provincial levels, have made even harder than the unanimity rule based on section 41 to amend the Canadian Constitution. Indeed, both the federal Parliament and the provincial legislatures approved laws that require several instances of provincial agreement on a constitutional amendment. The federal Parliament passed the so-called *Regional Veto Act*, which gives provinces a veto over constitutional amendment bills tabled under Section 38, i.e. the general formula;¹¹ and the provinces passed laws requiring or authorizing binding or

¹¹ The Act, whose official name is the *Act Respecting Constitutional Amendments 1996* sets out new conditions, in addition to those fixed by section 38, for the adoption of a constitutional amendment. In other words some provinces – Ontario, Quebec and British Columbia – unilaterally while others jointly – at least two Atlantic provinces and two Prairie provinces representing no less than 50% of the population of the relevant cluster of provinces – can

advisory referendums before the legislative ratification of amendments is completed.¹²

3. Main Features of the Canadian Federal Arrangements

The relations between Federation and provinces in Canada has been one of continuous constitutional adaptation to the changing circumstances, between centralization and decentralisation of powers.¹³ As in many other federal systems, like the US, the shift between strengthening of the federal government or, rather, of provinces at different moment in time has happened without important changes in the constitutional catalogues of subject-matters assigned to the legislatures at different levels of government.¹⁴ Rather, it has taken place mainly through constitutional case law, legislation and conventions. The Canadian federation designs a system of 10 equal provinces as for the powers they have despite the differences in the timing of the aggregation of the provinces to the Dominion, in the size of the population and of the territory, in the language, religion, the legal family followed and wealth, also across time (given the development experienced by the Western provinces over the last decades.¹⁵ Formally, when looking at the Constitution Act 1982 the provinces benefit from the same catalogue of legislative competence (with the exception of section 93, paras 1 to 4, on education for Quebec and of section 94 allowing the federal legislature to pass laws to uniform the legislation on Property and Civil Rights in Ontario, Nova Scotia, and New Brunswick).¹⁶

The distribution of legislative competence is based on a double list of exclusive subject-matters, one for the federal Parliament (section 91) – trade and commerce, military, naturalization, marriage and divorce, criminal procedural law, just to name few – and one for the provincial legislative assemblies (section 92) – e.g. direct taxation in the province, local works, municipal institutions administration of justice in the province. In addition to it, the Constitution also envisages concurrent powers between the Federation and provinces on export of

prevent the federal Government from presenting a constitutional amendment bill under the general amendment formula.

¹² See A. Heard & T. Swartz, *The Regional Veto Formula and Its Effects on Canada's Constitutional Amendment Process*, 30 *Canadian Journal of Political Science* 339-356 (1997) and R. Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada*, 41 *Queen's Law Journal* 177-178 (2015).

¹³ P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 2000, 167 and J.-F. Gaudreault-DesBiens & J. Poirier, *From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism*, in P. Oliver, P. Macklem & N. Des Rosiers (eds.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, cit., esp. 400-411.

¹⁴ Limited amendments to these catalogues were adopted before and at the time of the Patriation of the Constitution.

¹⁵ Besides the provinces, there are also three territories whose powers are protected, to a different extent than the 10 provinces, under the Canadian Constitution: Yukon Territory, the Northwest Territories and Nunavut. While provinces exercise constitutional powers in their own rights, powers exercised by territories are delegated by the Parliament of Canada.

¹⁶ In practice, however, as highlighted in section 5 of the chapter, Canadian federalism, thanks to the development of intergovernmental agreements, has been subject to an asymmetric turn, with Quebec enjoying larger powers than other provinces in very sensitive fields, like immigration. See F. Palermo and K. Kössler, *Comparative Federalism*, cit., para. 13.2.

non-renewable natural resources, forestry resources and electoral energy (section 92A), on education (section 93), property and civil rights (section 94), on old age pensions (section 94A), and on agriculture and immigration (section 95). The reach and the objective of federal legislation in the concurrent subject-matters vary depending on the competence concerned. The Parliament of Canada shall make remedial laws for the due execution by provinces of section 93 provisions on education. Different is the case of the concurrent competence on old age pensions where federal legislation by any means can affect the operation of any present and future provincial legislation on the issue, according to section 94A. Finally, according to sections 92A and 95 likewise on concurrent powers, provincial legislation in the fields, respectively, of export of non-renewable natural resources, forestry resources and electoral energy and of agriculture and immigration cannot derogate to federal legislation on the same issue, which ultimately prevails.

The design of the distribution of legislative powers under the Canadian constitutional system is very different from the other important example in North America of federal arrangement of legislative authority, namely that of the US, based on a closed list of conferred power to the federal Congress (Article 1, section 8, US Const.) and a residual clause in favour of the states (or the People) (Xth amendment).¹⁷ The allocation of legislative powers under the Canadian Constitution Act 1982 and, before, the British North America Act 1867, contrary to the US constitutional text, makes the Federal Parliament entitled, in theory, to pass most legislation, also taking into account the powers of “reservation and disallowance” of provincial legislation that the federal government enjoys, should a conflict of authority arises between a province and the Federation.

The reality, however, has moved in a different direction. According to Black, at different moments in time, the Canadian federal system has been centralist, administrative, coordinate, compact and dualist.¹⁸ Canadian federalism has shown a centripetal turn during the Confederation era (1867-1883) and in reaction to the Great Depression of 1930s, when the Federation extensively used the power of disallowing provincial legislation and through conditional grants programs in the field of social assistance, health care and education. Yet, the power to disallow provincial legislation has no longer been used since 1943, while reservation has fallen into constitutional desuetude since 1961.¹⁹ Moreover, in the mid of the 1960s the centralizing forces weakened and provinces were able to expand their jurisdiction over cultural and social policy, benefiting from unconditional grants from the federal government, more structured intergovernmental relations and the power to participate in international relations on issues falling under their remit. Federalism became coordinate, meaning that, although federal and

¹⁷ As well as from other democratic federal systems, like India, whose Constitution provides for three different list of competences: one list for federal powers; one list for state powers; and another list for concurrent/shared powers. Rather the distribution of legislative powers under the text of the British North America Act 1867 is closer to the federal arrangements foreseen in Part VII of the German Basic Law. See F. Palermo & K. Kössler, *Comparative Federalism*. cit., para. 5.2.

¹⁸ E. R. Black, *Divided Loyalties. Canadian Concept of Federalism*, Montreal, 1975, 225.

¹⁹ See B. M. Hicks, *The Crown's “Democratic” Reserve Powers*, 44 *Journal of Canadian Studies* 5-31 (2010).

provincial governments are independent in their own domain the exercise of their powers is based on cooperation and unconditional grants are a good example of that.²⁰ Administrative or executive federalism, one of the most prominent features of Canadian federalism refers to the need for the federal and the provincial governments to carry out joint tasks-activities and to promote intergovernmental cooperation through ad hoc channels. As a consequence, it has been argued that the “Federal-Provincial Conference of Prime Ministers and Premiers has come to be the most crucial institution of Canadian federalism”.²¹ Indeed, it has been precisely this Conference that played a major role in the negotiations of the Meech Lake and Charlottetown accords thus becoming an instrument to gather consensus over significant constitutional changes (although they resulted in a failure later on; see section 5 below).

The compact view on Canadian federalism, likewise the compact theory that supported the adoption of the Virginia and Kentucky resolutions (1798 and 1799) in the US, sees the Canadian Union as the outcome of a delegation of powers by the original four provinces through a treaty, which in turn legitimates their ability to control the federal government and the resurgence, from time to time, of their claim for political independence.²² Finally, the dualist concept surrounding Canadian federalism deals with the idea of two nations – two linguistic, cultural and religious groups – that featured the foundation of Canada one of which is certainly represented by Quebec.²³

The constitutional value of federalism in Canada, in its permanent tension between centralization and decentralization and between symmetric and asymmetric nature, especially for the steady quest of Quebec for more autonomy, has been governed quite effectively thanks to executive cooperation and constitutional interpretation by courts. Indeed, the allocation of legislative powers based on a double list of exclusive competence and on concurrent powers faces some troubles in the actual implementation, also due to the lack of a proper federal second chamber. The Supreme Court of Canada has come to endorse a “flexible” and cooperative” approach to federalism whereby it tolerates increasing areas of overlapping between federal and provincial legislation. The mutual interference and interplay between the two levels of jurisdiction, according to the Court, should be addressed first of all by political actors and intergovernmental relations.²⁴ Moving away from the “watertight compartments” approach of the Judicial Committee of the Privy Council when interpreting the exclusive catalogues of competences (sections 91 and 92)²⁵ and by making use of a progressive

²⁰ E.R. Black, *Divided Loyalties*, cit., 143.

²¹ D.V. Smiley, *Canada in Question: Federalism in Seventies*, Toronto, 1972, 60.

²² See S. Grammond, *Compact Is Back: The Revival of the Compact Theory of Confederation by the Supreme Court*, 53 *Osgoode Hall Law Journal* 799-823 (2016).

²³ See Quebec (Province), *Report of the Royal Commission of Inquiry on Constitutional Problems – the T. Tremblay Report*, Quebec City, 1956.

²⁴ See E. Bruillet & B. Ryder, *Key Doctrines in Canadian Legal Federalism*, in P. Oliver, P. Macklem & N. Des Rosiers, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, cit., 416 and *Reference re Securities Act*, [2011] 3 S.C.R. 837; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, [2010] 3 S.C.R. 457; *Canadian Western Bank v Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3.

²⁵ E. Bruillet & B. Ryder, *Key Doctrines in Canadian Legal Federalism*, cit., 420.

interpretation of the Constitution,²⁶ the Supreme Court has gradually embraced the principle of cooperative federalism. Cooperation has been described as “dominant tide” of modern federalism in Canada.²⁷

The Supreme Court has devised some interpretative techniques to fix the problem of overlapping legislation between the federal and the provincial domains, usually ruling in favour of the federal Parliament.²⁸ For example, the Court has developed the “pith and substance” doctrine in order to check if the Act under review falls within the jurisdiction of the legislature that passed it and, hence, to decide on its validity. The “pith and substance” of a legislative Act refers to its true nature and essential character, its intended and actual objective, its “dominant purpose” and practical effects.²⁹ This doctrine may lead to concurrent application of federal and provincial legislation without altering the exclusive nature of the jurisdiction, as there are aspects of the issue regulated that can concern both the federal and the provincial remits (double aspect doctrine). Competence overlapping may also result and be justified under the Canadian federal Constitution and the pith and substance doctrine in cases of incidental effects on the law of the constitutionally enabled legislature by the other level of government’s legislation (incidental effects’ rule).³⁰

However, the Supreme Court has been keen to uphold the validity of federal legislation even when it substantially affects the jurisdiction of provincial legislatures, thereby departing from its “pith and substance” because of the ancillary nature and functional connection of the contested provision to the effectiveness of the whole legislative text to which it pertains (the so-called “ancillary powers doctrine”).³¹

Following the “pith and substance” doctrine, the theory of interjurisdictional immunity postulates that every subject-matter shows an essential core of the exclusive competence assigned to a certain level of government (provincial or federal) that cannot be infringed by the legislature of the other level of government, which is also competent to intervene on the same subject matter.³² This notwithstanding interjurisdictional immunity has been used only against provincial legislation, which despite having been validly adopted, impaired matters at the core of the federal jurisdiction. Under these circumstances relevant provincial provisions are restricted in their application as to avoid interference with the “pith and substance” of the exclusive federal competence.³³ The uncontrolled expansion of federal-lawmaking this doctrine has favoured has lately led the Supreme Court to resort to the interjurisdictional immunity doctrine “with

²⁶ See V.C. Jackson, *Constitutions as ‘Living Trees’? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors* 75 *Fordham L. Rev.* 921–960 (2006).

²⁷ *Ontario (Attorney General) v OPSEU*, [1987] 2 S.C.R. 2, at 27.

²⁸ J. Webber, *The Constitution of Canada*, cit., 141–145.

²⁹ *Global Securities Corp. v British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494.

³⁰ See *Attorney General (Que.) v Kellogg’s Co. of Canada et al.*, [1978] 2 S.C.R. 211.

³¹ See *General Motors of Canada Ltd. v City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

³² See, e.g., *Tsilhqot’in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 256 [141] and *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC5, [2015] 1 S.C.R. 331.

³³ *Bell Canada v Quebec (Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 [21].

restraint” and only in “those situations already covered by precedent”.³⁴ In the light of the flexible and cooperative view of federalism endorsed by the Supreme Court it is unlikely that such a doctrine will resume in an extensive fashion in the near future.³⁵

The same applies to another doctrine elaborated by the Court in cases of *de facto* concurrency and conflict between federal and provincial legislation, both valid, but setting contrasting rules to address the same factual situation. In these circumstances the “federal paramountcy” doctrine lets the federal legislation to prevail while “the provincial law is suspended or rendered inoperative”.³⁶ Due to the systematic defeat of provincial legislation under the “federal paramountcy” rule, the Supreme Court has sought to define the notion of “conflict” between federal and provincial law narrowly. In *Multiple Access* Justice Dickson defined “conflict” as the “impossibility of dual compliance” with the provincial and the federal rule at the same time, i.e. when “one enactment says yes (...) and the other says no”.³⁷ In the 1990s another, more problematic, definition of “conflict” emerged in the case law of the Court for the provinces, namely conflict as frustration of a federal legislative purpose by the provincial law, which in turn is suspended or made inoperative.³⁸

However, given the serious threat that the doctrine poses to provincial autonomy, likewise the case of the interjurisdictional immunity, the Court has recently pursued a stricter approach in the interpretation of this second understanding of “conflict” – dealing with the fulfillment of the federal legislative purpose – when enforcing the doctrine.³⁹ For instance, according to the Court, an high burden of proofs rests on the claimant that asserts the existence of a legislative conflict and without the declared intention by the federal Parliament in the legislation to supersede the provincial rule, this intention cannot be inferred by judicial authorities.

The cooperative turn in the Supreme Court’s interpretation of the Canadian federal dynamic shows developments that resemble the evolution of federal principles in Europe in order to contain the power of the central government. For example, the Court has invoked more and more often the principle of subsidiarity, which lacks an express reference in the Constitution and that finds its legal roots in European countries, in Germany in particular, and in the European Union.⁴⁰ As a principle that favours, in theory, the level of government that is closest to citizens while taking into account, at the same time, the effectiveness and the cost of the action in achieving the prescribed objectives, in many European legal systems, like in Germany, Italy and the European Union itself, subsidiarity review

³⁴ *Canadian Western Bank v Alberta* [2007] 2 S.C.R. 3. See E. Bruillet & B. Ryder, *Key Doctrines in Canadian Legal Federalism*, cit., 427-428.

³⁵ E. Bruillet & B. Ryder, *Key Doctrines in Canadian Legal Federalism*, cit., 427-428.

³⁶ Ivi, 429.

³⁷ *Multiple Access v McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at 191.

³⁸ *Bank of Montreal v Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121 and, more recently, *Bank of Montreal v Marcotte*, [2014] 2 S.C.R. 725, [70]; *Alberta (Attorney General) v Moloney*, [2015] 3 S.C.R. 327.

³⁹ *Saskatchewan (Attorney General) v Lemare Lake Logging Ltd.*, [2015] 3 S.C.R. 419.

⁴⁰ See K. Granat, *The Principle of Subsidiarity and Its Enforcement in the EU Legal Order. The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Oxford, 2018, 10-11.

by Courts has triggered controversial interpretations⁴¹ or, at best, judges have tried to decide cases on other grounds and standards than subsidiarity whenever possible.⁴² Also in Canada the Supreme Court split when dealing with subsidiarity in a landmark reference dealing with medically assisted procreation.⁴³ In *Reference re Assisted Human Reproduction Act* four justices considered the federal legislation invalid, with a view to support the provincial autonomy on issues dealing with assisted human reproduction and to let subsidiarity prevail. Another four justices, instead, held that subsidiarity cannot displace the constitutional division of legislative powers, which clearly confer to the federation the authority to legislate. Although the principle could support the aspiration to rebalance the dynamic of the Canadian federal system in favour of the provinces and there is not yet consolidated case law on it, the latter reading of subsidiarity in favour of the protection of federal powers is in line with the interpretation prevailed at European level and seconding further centralization of powers.

In the following, three interesting features of the current shape of Canadian federalism, at least from a European perspective, will be discussed: the lack of a proper federal Senate, executive cooperative federalism and the attempt of Quebec to secede from the Federation.

4. The Senate and the Attempts of Reform: The Missing Federal Element

The Senate of Canada is a hybrid in between an appointed chamber of sober second thought and a chamber of territorial representation. That was the outcome of the debate of the founding fathers at the Quebec Conference in 1864, where two opposite models of second chambers were competing for shaping the future Senate of Canada: the model inspired by the US Senate, equally representing the Member States of the Federation, and the model drawn by the UK House of Lords.

Given its hybrid nature, it is not easy to find elsewhere a second chamber that looks like the Senate of Canada.⁴⁴ However, because of its composition, powers and institutional evolution, the Senate is affected by the same criticism as many upper houses in European countries characterized by a significant level of decentralization or devolution of powers, for example in Belgium, Italy, Spain and

⁴¹ On the German case, see G. Taylor, *Germany: The subsidiarity principle*, 4 *International Journal of Constitutional Law* 115-130 (2006) (case note on the Judgment of Oct. 24, 2002, BVerfG, 2 BvF 1/01 (*Geriatric Caregivers case*)); on the Italian case, see T. Groppi & N. Scattone, *Italy: The subsidiarity principle*, 4 *International Journal of Constitutional Law* 131-137 (2006), in particular on the Italian Constitutional Court's judgment no. 303/2003.

⁴² In the case of the Court of Justice of the EU: see A. Estella, *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, Oxford, 2003, 137-174 and K. Granat, *The Principle of Subsidiarity*, cit., 30-37 and 197. Although this Court has never annulled EU acts for infringement of the subsidiarity principle, in recent judgments the Court has nevertheless engaged with the arguments alleging a violation of the principle, like in *Philip Morris Brands SARL Case*, C-547/14 EU:C:2016:325.

⁴³ *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, [2010] 3 S.C.R. 457. See E. Bruillet & B. Ryder, *Key Doctrines in Canadian Legal Federalism*, cit., 425.

⁴⁴ See R.L. Watts, *Federal Second Chambers Compared*, in J. Smith (ed.), *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*, Montreal, 2009, 35-48.

the UK. The main allegation lies in its inability to represent provinces and territories properly, in particular along federal lawmaking procedures.⁴⁵

The Senate is composed of 105 senators appointed by the Governor General upon proposal by the Prime Minister amongst Canadian citizens of at least thirty years, resident in the province for which s/he is appointed complying with specific qualifications as property holders (section 23). The seats are apportioned according to four Divisions equally represented by 24 senators each (originally, they were three, Ontario, Quebec and Maritime Provinces): 1) Ontario; 2) Quebec; 3) Maritime Provinces (Nova Scotia (10), New Brunswick (10), Prince Edward Island (4)); Western Provinces (Manitoba (6), British Columbia (6), Saskatchewan (6), Alberta (6)). In addition to these Divisions, Newfoundland is entitled to have 6 senators appointed, while Yukon Territory, the Northwest Territories and Nunavut one each (3) (section 22). Since 1965 the office of senator is held until s/he reaches seventy-five years (whereas the appointment was originally for life, like in the UK House of Lords).

Unlike the Canadian House of Commons, the Senate is not tied with the Prime Minister and the Cabinet by the confidence relationship. Nevertheless, as an appointed Upper House it is much more powerful than the House of Lords at Westminster. In fact, the Senate's powers differ from those of the Canadian House of Commons only in three important instances: a) money bills can just originate in the House of Commons and by practice the Senate amends them (alongside appropriation and taxation bills), if it is the case, only to reduce an appropriation or a tax. The attempt of the House of Commons to challenge the authority of the Senate to alter the content of a money bill was defeated as “unwarranted” under the Constitution.⁴⁶ Yet, the House of Commons can still disregard Senate's amendments which seldom happens in practice. An exception occurred in 2017, when the Senate managed to delay the approval of the budget bill, presented in March, until June 2017 and the summer recess, following the rejection of Senate's amendments by the House of Commons. b) On constitutional amendments the Senate has a suspensive veto for 180 days, according to section 47. Therefore, the Senate can just delay and not prevent the adoption of a constitutional amendment. The only case of Senate's substantive veto is that of an amendment to the Constitution that does not require the consent of provinces. Under this circumstance, the will of the Parliament on the constitutional change is validly formed only if and insofar the Senate agrees. c) Finally, as anticipated, the Senate cannot vote confidence motions according to the principle of responsible government.

It follows that the Senate of Canada can potentially veto any other bills passed by the House of Commons and supported by the Cabinet in a similar vein as the Australian Senate that, however, is elected by single transferable vote

⁴⁵ See D. E. Smith, *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*, Toronto-Buffalo-London, 2003, 89-110 and P. Passaglia, *Il Senato canadese: anomalia o originalità*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2003, 1913-1942.

⁴⁶ See Library of Parliament of Canada, A. Barnes, M. Bédard, C. Hyslop, S. Spano, J.-R. Paré & J.R. Robertson, *Reforming the Senate of Canada: Frequently Asked Question*, Publication no. 2011-83-E, 12 November 2011, 25.

within every state and territory. The veto of the Canadian Senate is quite unlikely though and in such an event there are no effective devices to overcome the deadlock between the Senate and the House of Commons (the Joint Conference has not been summoned since 1947).⁴⁷ The only solution invoked once so far is the use of section 26, allowing the Prime Minister through the Governor General to add 4 to 8 members to the Senate, representing equally the four Divisions of Canada, up to reach the maximum number of 113 senators (section 28).⁴⁸

Looking at the Senate of Canada through the federal lens, the relationship between its composition and formation and the representation of provinces and territories through the four Divisions is, at least, ambiguous. The equal “representation” of the four Divisions is considered, today, completely detached from the reality with the Western Provinces systematically underrepresented compared to Quebec and Ontario. Moreover, there is no clear link between the mandate of the senator and its action on behalf of the province of residency.⁴⁹ For years the whole appointment process has been heavily politicized and controlled, as the constitutional procedure allows, by the ruling Cabinet, in particular by the Prime Minister. The occurrence of vacancies in the offices of senator has been used as an opportunity by the Prime Minister to orient the balance of powers in the Senate in favour of his party, in light of the significant powers held by this Upper House without being elected.⁵⁰ The consequence, according to most commentators, is that the Senate has been able to function neither as a chamber of sober second thought nor as a branch representing the federated units of the union.⁵¹

Several proposals of constitutional reform, most of them failed, have been put forward over the last decades to transform the Senate of Canada into an effective federal second chamber representing provinces and territories, some of them supporting also the direct election of senators by citizens in every province and territory. Of course, the procedural matter of controversy, in this regard, concerns the way the Constitution can be amended to reform the Senate: whether through the unilateral federal procedure (section 44) or, under section 38, the general procedure, for the exceptions listed in section 42, paras 1 and 2 (see section 1 of the article) – powers of the Senate, method of selecting senators, the number of senators to which a province is entitled, the residency requirements of senators – and, in this framework, whether the list of exceptions is exhaustive or not.⁵² According to the Supreme Court’s opinion of 1980, under a constitutional text that

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ In 1990 by Prime Minister Brian Mulroney to overcome the deadlock in the approval of the bill on the introduction of the goods and services tax.

⁴⁹ P. Passaglia, *Unicameralism, Bicameralism, Multicameralism: Evolution and Trends in Europe*, in *Perspectives on federalism*, 10, 2018, 15.

⁵⁰ The strategic use of the appointing power by the Prime Minister can also mean to refrain from filling the vacancies in the Senate.

⁵¹ D. Pinard, *The Canadian Senate: Un Upper House Criticised yet Condemned to Survive Unchanged?*, in J. Luther, P. Passaglia & R. Tarchi (eds.), *A World of Second Chambers: Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milano, 2006, esp. 502 ff.

⁵² See *Reference re Senate Reform 2014 SCC 32*, [2014] 1 S.C.R. 704 and, before the Patriation of the Constitution, *Reference re Authority of Parliament in Relation to the Upper House* [1980] S.C.R. 54, decided, however, according to the British North American Act 1867.

did not elaborate on the power of the Parliament to reform the Senate in contrast to the current provisions, the “essential elements” and the “fundamental features of the Senate as a means of ensuring regional and provincial representation in the federal legislative process” and its role of chamber of sober second thought should not be changed without the concurrence of the province in the constitutional amendment procedure (p. 78). Therefore, not only was the Parliament prevented from unilaterally abolish the Senate, but it could not change the provincial allocation of seats nor require the direct election of senators.⁵³ For some years it remained disputed whether the Constitution Act 1982, with its many amending formulas, has led to disregard the principles set by the Court in the Reference of 1980 or, rather, it constituted a form of implementation of the Reference. As it is described shortly below, the Court has further clarified the issue in its most recent opinion in 2014.

Of the very limited constitutional changes affecting the Senate since the Confederation era – mandatory retirement age of 75, suspensive veto of 180 days accorded on certain constitutional amendments, and increase in the number of senators to 105 – only the growth in the seats reflects a transformation of the federal system, with the addition of new provinces and territories. Most proposals, with the first dating back to 1874, have to do with the need to allow each province to select its senators. To confirm that the reform of the Senate has been constantly perceived as intertwined with the good functioning of Canadian federalism, in the 1960s and 1970s, the debate on constitutional amendments resurged following the Quiet revolution in Quebec and the resentment expressed by the Western provinces on the alleged indifference of federal institutions to local problems. Given the rising role of intergovernmental conferences, the proposal advanced was to link the appointment of senators to provincial governments in a similar vein as in the German Bundesrat.⁵⁴

Since 1980 the proposals that have emphasized most the significance of a strengthened relationship between the Senate’s composition, based on provincial and territorial representation, powers and the federal arrangements are those commonly described as “Triple E Senate proposals”, i.e. equal, elected, effective. What should be highlighted here is also the will to make the Senate democratically accountable through elections the lack of which, according to some, has undermined the legitimacy and authority of the Senate as well the effective exercise of its important powers, compared to the effectiveness of the US Senate.⁵⁵ The first common objective of these proposals is to ensure the equal representation among provinces (regardless of the population and in contrast to the House of Commons) and to make the Senate directly elected, although the Canada West Foundation Proposals (1981) supported the use of the single-transferable vote, like

⁵³ See P. Hogg, *Comments* [Comments on the Upper House Reference], 58 *Canadian Bar Review* 631-645 (1980).

⁵⁴ See M. Niedobitek, *The German Bundesrat and Executive Federalism*, in *Perspectives on federalism*, 10, 2018, 202-207.

⁵⁵ The opponents of an elected Senate, instead, tend to argue that direct elections would jeopardise the current independent status of senators by making them more respondent to party logic. See L. Murray, *Which Criticisms Are Founded*, in S. Joyal (ed.), *Protecting Canadian Democracy: The Senate You Never Knew*, Montreal and Kingston, 2003, 133-150.

in Australia, while the Alberta Select Committee Proposal (1985) suggested to use the first-past-the post, already applied in federal and provincial elections. The Charlottetown Accord (1992), although in favour of a “Triple E Senate”, did not recommend any specific electoral formula. Based on this Accord, which possibly proposed the most encompassing reform of the Canadian Senate to date,⁵⁶ federal legislation would have regulated whether and through which formula senators were elected by the population of the provinces and territories or by members of provincial and territorial legislatures (like for the members of the Austrian Bundesrat). The elections would have taken place at the same time as those of the House of Commons and additional seats would have been reserved to aboriginal peoples. This federal upper house would have been given the power to delay the passage of legislation for 30 days or to defeat and amend legislation (including money bills), with the consequence of triggering a joint sitting of the two Houses to reach a compromise by simple majority (excluding money bills on which the House of Commons was given an overriding power). Moreover, the Charlottetown Accord would have granted the Senate also the power to ratify key federal appointments in a similar fashion as the advice and consent procedure before the US Senate.

More recent proposals of reform of the Senate on provincial and territorial representation (none of them successful), during the Harper’s Cabinets, have dealt, for instance, with the idea of holding consultative elections of senators, enabling voters in each province and territory to express their preferences for the nominees to the Senate to be considered later by the Prime Minister when recommending the appointments to the Governor General (Bill C-43, Senate Appointment Consultations Act, firstly introduced on 13 December 2006).⁵⁷ This way the electors, in their own province and territory, would have been entitled to influence the appointment procedure, although to an extent that was not clarified by the proposal itself. This bill, together with the bill aiming to abolish the Senate – one of the many proposals presented since the beginning of the Twentieth century to eradicate the problem of the Senate from scratch –, a bill designed to introduce a temporal limitation to the senators’ mandate and a bill intended to change the patrimonial requirements to be qualified as a Senate nominee, were subject to a Reference before the Supreme Court of Canada by the Governor General on behalf of the Prime Minister.

The Court decided in 2014 mainly clarifying what role provinces are deemed to play under the Constitution for the approval of each constitutional amendment (the reference did not focus on the suitability of the content of the bills in relation to the role assigned to the Senate). Due to the reach of the bills and their potential implications, the focus here will be only on the response of the Supreme Court on the consultative elections of senators and on the abolition of the Upper House, both issues intercepting controversial questions from the point of view of

⁵⁶ See S. Joyal, *Reflections on the Path to Senate Reform*, 22 *Canadian Parliamentary Review* 2-6 (1999) and D. Pellerin, *Between Despair and Denial: What to Do About the Canadian Senate*, 11 *Review of Constitutional Studies* 1-35 (2005).

⁵⁷ On this point see, e.g., N. Verrelli, *Harper’s Senate Reform: An Example of Open Federalism?*, in J. Smith (ed.), *The Democratic Dilemma*, cit., 49-56.

federalism and for a European and Italian scholar. The first issue was whether the bill introducing a procedure of selection, by voters, of the nominees for the Senate to be recommended by the Prime Minister, could be approved by the unilateral federal formula for amending the Constitution, i.e. excluding the provinces. The question here is precisely whether this bill falls within section 44 or rather has to be comprised under the list of exceptions foreseen in section 42, paras 1 and 2. According to the judges, although the power of appointment ultimately lies in the hands of the Governor General, the “consultative elections” would alter the whole institutional architecture because the indirect election of senators would transform the Senate into a political and partisan House, like the House of Commons, in contrast to the will of the founding fathers who rejected the idea of electing the Senate in order to guarantee its role of chamber of sober second thought. Hence the general amending formula of section 38 (federal Parliament + 7 provinces representing at least 50% of the whole population) applies here.

This issue subject to the Reference is of interest for an Italian audience since the latest attempt to promote a comprehensive reform of the Constitution and to transform the composition of the Italian Senate,⁵⁸ the constitutional amendment bill rejected at the referendum of 4 December 2016, envisaged a reformed Senate composed of 95 senators representing territorial institutions (regions and municipalities) and five senators appointed by the Head of State.⁵⁹ Interestingly, the 74 “regional” senators were to be elected by each regional legislature with proportional formula “according to the choice expressed by the voters on regional councilors at the moment of the election of the regional legislature (own translation from Italian, Art. 2, Bill S-1429 D)”. In Italy there is no way to refer a constitutional amendment bill to the Constitutional Court through a reference proceeding. However, it is interesting to note that despite the differences in the procedure for the formation of the Senates (appointment by the Governor General in Canada and “election in each regional legislature in Italy”), in Italy like in Canada it was not clear how and to what extent the choice of the voters on regional councilors would have then affected the election of senators. The Canadian case was not present at all in the discussion on the reform of the Italian Senate towards an Upper House representing regions and municipalities (in spite of the experience gained in the Canadian constitutional system with the reform of the Senate and its failure), while references to Austria, France and Germany were abundant. The reasoning of the Canadian Supreme Court in the reference of 2014, while the constitutional amendment bill was discussed and amended in the Italian Parliament, could also teach something about the trade-off between ensuring the effective representation of territories and electing the senators. The election, triggering the formation of a more partisan house, can come at the expenses of the protection of territorial interests.

⁵⁸ Currently directly elected as the Italian Chamber of Deputies and provided with the same power as the lower House, including the power to vote confidence motions. No direct regional representation is guaranteed in the Italian Senate although Article 57 It. Const. prescribes that it is elected on a regional basis.

⁵⁹ See N. Lupo, *La (ancora incerta) natura del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?*, in *www.federalismi.it*, 4, 2016.

Finally, the abolition of the Canadian Senate and, thus, of any attempt to guarantee or enhance the representation of provinces and territories in the federal Parliament, through section 44 as proposed by the Governor General, was likewise dismissed by the Court. The idea to abolish the Upper House is not new in Canada, supported by provinces like British Columbia, Manitoba and Ontario, and has been discussed recently also elsewhere, like in Ireland and Slovenia, which, however, are small non-federal states. Should the Canadian Senate be abolished – something that is very unlikely to happen politically in light of the response of the Court – Canada would be the only federal and democratic state with a unicameral legislature (the only exception being, until the recent developments, Venezuela). As anticipated, such an outcome can be prevented by the use of the unanimity amendment formula (section 41), prescribed by the Court in light of the deep alteration of the institutional architecture caused by the Senate's abolition.⁶⁰

The most recent “reform” of the Senate pushed through by the Cabinet of Justin Trudeau without constitutional amendments and by executive command⁶¹ has abandoned the perspective of the Upper House as the anchor of territorial representation and, rather, has emphasized the proximity of this chamber to the model of the UK House of Lords. Even before the election, in 2014, Trudeau announced that liberal senators would have been removed from the liberal caucus in order to foster their independence from the party system. Following this change, internal to the caucus, in 2015 the new Prime Minister announced a new merit-based procedure for the appointment of senators to fill in the 22 vacancies. The transformation of the appointment procedure aimed to reduce Senate partisanship and increase the authoritativeness of the institution based on the status of the members. An independent advisory board was set up in 2016 to advise the Prime Minister on future appointments, to consider a short list of candidates (not binding upon the Prime Minister) based on their outstanding personal qualities, integrity, ethics, experience in public life, community services or leadership in a particular field of expertise of the nominees. More independent senators (the majority in the current Senate) resulted, then, in a chamber that is no longer easily under the control of the majority in the House of Commons, as the episode of the budget bill 2017 reveals (see above). The new profile of senators resembles that of the peers in the UK House of Lords (despite the recurrent debate over its “regionalization” after the devolution)⁶², so the model of the chamber of

⁶⁰ For an in-depth discussion of the wider implication of the Senate reference of 2014, see E. Macfarlane, *The Uncertain Future of Senate Reform*, in E. Macfarlane (ed.) *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto-Buffalo-London, 2016, 228-246.

⁶¹ As also suggested by D.E. Smith, *The Improvement of the Senate by Nonconstitutional Means*, in S. Joyal (ed.), *Protecting Canadian Democracy*, cit., 229-270. On this reform, see M. Russell, *The failed Senate reform in Italy: international lessons on why bicameral reforms so often (but not quite always) fail*, in *The Constitution Unit Blog*, 20 July 2018, <https://constitution-unit.com/2018/07/20/the-failed-senate-reform-in-italy-international-lessons-on-why-bicameral-reforms-so-often-but-not-quite-always-fail/> (accessed 30 Nov 2018).

⁶² See P. Leyland, *The Second Chamber Debate in the UK Revisited: Life, After Life and Rebirth?*, *Rivista AIC*, 2, 2017, 6 June 2017 and M. Russell, *Attempts to change the British House of Lords into a second chamber of the nations and regions: explaining a history of failed reforms*, in *Perspectives on federalism*, 10(2), 2018, pp. 268-299.

sober second thought rather than that of a territorial second chamber, seconding or guiding the development of federalism, appears to prevail.

As results from parliamentary documentation, throughout the years other legal systems with a bicameral Parliament have constituted a constant point of reference when discussing the reform of the Canadian Senate in the federal legislature.⁶³ In most constitutional amendment proposals the preference, however, has been accorded, either to a directly elected Senate or an appointed Senate, disregarding the model followed by most European Parliaments of an indirectly elected Upper House (Austria, France, Germany, the Netherlands) or a mixed composition, like in Spain and Belgium, quasi-federal or federal state, with an appointed component and directly elected senators. In fact, the main example to which the reformers of the Canadian Senate have looked at, if supporting its transformation into a chamber of territorial representation, has been the Australian Senate. Indeed, while being very different in terms composition, one appointed and the other elected, they enjoy similar – strong – powers in the legislative procedures.⁶⁴ They were both originally designed to exercise power similar to those of the lower house, to check its activity and amend legislation, to protect the least populated provinces (a feature that, at least the Senate of Canada, is no longer able to keep). With the time, however, the direct election of the Australian Senate made it a more partisan house than the Canadian Senate and more willing to use its extensive powers “against” the lower house, given the democratic legitimation, causing deadlocks and delays. This is why the influence of the model has somewhat declined in Canada.⁶⁵

5. Intergovernmental Relationships and Asymmetric Federalism

The lack of a federal Senate effectively representing regions and territories has led the Canadian federalism to evolve mainly through intergovernmental relations and, especially, Ministerial Conferences.⁶⁶ Although the first Conferences were summoned already at the beginning of the Twentieth century, it was mainly under the premiership of Pierre Trudeau (from the 1970s to mid-1980s) that they started to play a key role in developing cooperative federalism in Canada. Yet, Pierre Trudeau was aware of the risk that strengthening intergovernmental conferences could have undermined the legitimacy of the Parliament, by performing tasks that

⁶³ See J. Stilborn, *Senate Reform Proposals in Comparative Perspective*, Publication no. BP-316E, Parliamentary Information and Research Service, Parliament of Canada, Ottawa, November 1992; J. Stilborn, *Senate Reform: Issues and Recent Developments*, Publication no. PRB 07-42E, Parliamentary Information and Research Service, Parliament of Canada, Ottawa, 21 January 2008; B. O’Neal, J. Robertson & S. Spano, *British House of Lords Reform: Recent Developments*, Parliamentary Information and Research Service, Parliament of Canada, Ottawa, 27 February 2009.

⁶⁴ See J. Uhr, *Explicating the Australian Senate*, 8 *The Journal of Legislative Studies* esp. 4 ff (2002).

⁶⁵ J. Uhr, *The Australian Model Senate*, 32 *Canadian Parliamentary Review* 2009, 26-32 provides some justifications for such a trend.

⁶⁶ See J.-F. Gaudreault-DesBiens & J. Poirier, *From Dualism to Cooperative Federalism and Back?*, cit., 398-400 and C. Mathen, *The Federal Principle: Constitutional Amendments and Intergovernmental Relations*, in E. Macfarlane (ed.), *Constitutional Amendment in Canada*, cit., 65-84.

the federal legislature was unable to fulfill, given its structure and composition. As will be briefly explained below, such model of executive or administrative federalism, which has no counterpart in the US, for instance, has been replicated more or less successfully over the last decades also in several European countries, in particular those featured by a regional or quasi-federal arrangement of powers.⁶⁷ For example, in Italy, Spain and the UK intergovernmental conferences resembles (unintentionally) much more the Canadian type of executive or administrative federalism than what is described in Europe as the main model of administrative federalism, Germany, where administrative powers are mainly assigned to Länder and executive cooperation is carried out through the Bundesrat.⁶⁸

In Canada, intergovernmental cooperation takes place at three levels – Prime/First Ministers, Ministers and senior officials – and with multiple purposes, from exchange of information to consensus building. As in most federations, intergovernmental conferences evolved by practice, without any constitutional basis and are not grounded in a statute. They evolved politically according to the federal-provincial needs. Despite the lack of a solid legal basis, the system of the Conferences is now well-structured.⁶⁹ Indeed, the responsibility for intergovernmental relations is taken up, at provincial level, by the Premiers and at federal level by the Prime Minister, assisted to this end, by the Minister for intergovernmental affairs with the support of an ad hoc secretariat within the Privy Council Office, the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, established in 1973 based on an Order-in-Council. The Secretariat, which is staffed by federal, provincial and territorial civil servants, is an agency of the three levels of government, at the same time, and favours the day-to-day liaison among them.

The First Ministers Conferences (or FMMs) stands at the top of the intergovernmental conference system and they provide the general political directions for the other Conferences and, more broadly, for the evolution of Canadian federalism. In addition to play an agenda-setting role, they have also served as Constitutional Conferences, for example at the time of drafting the Meech Lake and the Charlottetown accords. The procedures are very informal: meetings are not summoned regularly (it depends on the circumstances), are usually chaired by the federal Prime Minister while the provincial premiers speak according to the order of entry into the Confederation and are normally held in camera, deciding by consensus.

The greatest part of intergovernmental relations, however, are managed through meeting of sectoral Ministers taking place frequently, although some of

⁶⁷ For a detailed comparative analysis, see J. Poirier & C. Saunders, *Conclusion. Comparative Experience of Intergovernmental Relations in Federal Systems*, in J. Poirier, C. Saunders, & J. Kincaid (eds.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Oxford, 2015, 440-498.

⁶⁸ See R. Arnold, *The Intergovernmental Relations in Federal Systems: The Model of Germany*, in A. López – Basaguren & L. Escajedo San Epifanio (eds.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, Vol. 2, Berlin-Heidelberg, 2013, 39-47.

⁶⁹ See D. Cameron and R. Simeon, *Intergovernmental relations in Canada: the emergence of collaborative federalism*, in 32 *Publius* 49-71 (2002).

them, the Ministers for Agriculture, Education, Environment, Finance, Health, Internal Trade, Sport, Tourism and Transport, meet more often than others as the issues dealt with are the most controversial for the exercise of legislative and administrative powers between the federal and the provincial level. Besides these political venues, officials’ meetings are organized on a daily basis and in the departments in which most ministerial conferences are organised units devoted to intergovernmental relations have been set up on purpose.

A repercussion of such a deep weft of intergovernmental conferences is the adoption of several federal-provincial agreements and now also federal-provincial-territorial agreements. The agreements were concluded also before the formalization of the conferences – the first dating back to 1868, on immigration, a concurrent competence between Federation and Provinces since the beginning – but their number has increased since conferences have meet on a regular basis and are equipped with a Secretariat. Possibly, the most renown, although not equally successful, intergovernmental agreements are the already recalled Meech Lake and the Charlottetown accords. The Meech Lake Accord, signed in 1987, designed an inedited and non-codified path towards amendments of the Canadian Constitution beyond the five formulas entrenched. Indeed, the Accord encompassed a variety of reforms of the Constitution like Senate’s reform, introduction of proportional representation of provinces in the House of Commons, the influence of provinces over the Supreme Court of Canada’s appointment of justices and the power of provinces to opt out from federal programs in areas of provincial exclusive competence, thus taking up most of Quebec’s requests from greater autonomy and a special status within the federation (aiming to secure Quebec’s support on the Patriation of the Constitution). Although the Accord was signed by the Prime Minister, then Brian Mulroney, and all the provincial premiers, it was criticized later on by many of them and by prominent politicians, like Pierre Trudeau. The three years deadline for ratification by the federal Parliament and provincial legislatures expired without the Manitoba and Terranova and Labrador legislatures being able to comply with this temporal requirement. The failure of the Meech Lake Accord was mainly ascribed to the procedure followed and thus the next intergovernmental agreement, the Charlottetown Accord of 1992, which included all major elements of the previous Accord plus the provision of an elected (directly or indirectly) Senate and of aboriginal self-government, was subject to a different procedure of adoption that foresaw also a national referendum. The Accord was rejected by popular vote for a variety of reasons,⁷⁰ partly dependent upon the discontent of provinces (too little power to Quebec, according to Québécois, too much power to Quebec, according the people in other provinces) and partly upon the rising unpopularity of the Prime Minister Mulroney. With this defeat, the attempt to introduce comprehensive constitutional reforms through intergovernmental agreements and procedures which bypass the codified constitutional amendment formulas has come to an end.

⁷⁰ Not only the Accord was rejected by popular vote in a national referendum, but it was also defeated in six of the ten provinces, including Quebec.

Despite these failures, intergovernmental agreements in Canada have served the objective of supporting a dynamic and asymmetric evolution of federal arrangements within the existing constitutional framework. Their significance is also proved by the case law (both judgments and opinions) of the Supreme Court of Canada, which from time to time, has elaborated on the value of those agreements acknowledging their significance but denying that they could control the “manner and form” of subsequent legislation.⁷¹

Bilateral executive agreements between the federal Government and one province or territory, in particular, have increased over the years.⁷² This trend mirrors the reality of a federal system that predicate to be symmetric (see section 3 above), but in practice is inherently asymmetric.⁷³ The bicultural and bilingual nature of the Canadian society and institutions has found in those bilateral agreements with Quebec a solid tool to allow to keep this province within the Confederation in spite of the lack of its original inclusion in the pact of 1982 and the systemic failure to “patriate” Quebec.⁷⁴ Notwithstanding the absence of constitutional amendments in this regard, bilateral agreements have managed to extend the legislative authority of Quebec beyond the constitutional text on a variety of issues, including in matters of social assistance and immigration. For example, once the inability to change Article 95 of the Constitution Act has been recognised, in 1991 the federal Government has concluded a new agreement with the Government of Quebec as to grant further autonomy to the province on the selection of immigrants and on its integration policy. This “McDougall/Gagnon-Tremblay agreement” has rendered immigration an exclusive competence of Quebec, except for the regulation of issues of public order, and let the Government of the province participate in the process leading to the determination of the annual flow of immigrants and declare the annual quota it intends to welcome. Following this agreement, the federal Government has signed bilateral agreements on immigration with all provinces and territories (with the exception of Nunavut), although none of them acknowledges the same degree of autonomy enjoyed by Quebec.⁷⁵

There is also another area where bilateral intergovernmental agreements in Canada contribute to shaping its asymmetric federalism, namely the protection of self-government for Indigenous peoples (entrenched in section 35 of the Constitution Act), which can be only briefly mentioned here.⁷⁶ As Courts have made clear that they would prefer for the details regarding the scope of the right to self-government to be negotiated in treaties with each particular Indigenous nation, a number of modern treaties, like the Nisga’a Treaty, which came into force

⁷¹ See *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 SCR 525.

⁷² On this general trend, underway also in Europe, see F. Palermo, *Beyond Second Chambers: Alternative Representation of Territorial Interests and Their Reasons*, in *Perspectives on federalism*, 10, 2018, 49-70.

⁷³ See S. Tierney, *Misconceiving Federalism*, cit., 48.

⁷⁴ See T. Groppi, *Canada*, Bologna, 2006, 38-39.

⁷⁵ See S. Baglay, D. Nakache, *Immigration Federalism in Canada. Provincial and Territorial Nominee Programs (PTNPs)*, in S. Baglay & D. Nakache (eds.), *Immigration Regulation in Federal States*, Berlin, 2014, 95-116.

⁷⁶ For details, see M. Mazza, *Linguistic and ethnic minorities*, in this collection.

in 2000, include provisions regarding self-government, the rights stemming from it and the federal duty to consult.⁷⁷

The main features of Canadian executive federalism, intergovernmental agreements and conferences, have developed, although without specific reference to the Canadian case, in several EU countries as well as in the EU itself, where intergovernmental institutions, like the Council of Ministers and the European Council, have been *de iure* and *de facto* strengthened and intergovernmental agreements have multiplied. For instance, in Belgium, the very complex federal arrangements set up since 1993, when the form of state was substantially reshaped, relies in its daily management on intergovernmental agreements between the Federation, the Regions and the Communities, especially on how to govern the exercise of legislative and administrative competence.⁷⁸ Moreover, since then the State reforms have always been preceded by an intergovernmental agreement.

In the UK, Spain and Italy intergovernmental conferences are the main devices to run regional or quasi-federal states. While in Spain, very much like in Canada, there are mainly sectoral conferences in operation, in Italy and the UK the intergovernmental venues comprise just the heads of the executives. In Spain the implementation of the 1978 Constitution on regionalism has proceeded in parallel with the setting up of the *Conferencia Sectoriales* that have been a fundamental tools to cope and gradually reduce the asymmetries alongside the *Pactos autonómicos* (intergovernmental agreements) of 1981 and 1992 (in contrast to the Canadian Meech Lake and Charlottetown Accords these *Pactos autonómicos* did not envisage any constitutional amendment but served the purpose of implementing the new Constitution). As of today there are 44 sectoral intergovernmental conferences in Spain each focusing on a different subject matter or issue with the first, the *Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas*, dealing with fiscal federalism, set up in 1980.⁷⁹ Some are grounded in organic laws, i.e. laws of the national parliament covering specific areas and approved by absolute majority in each house, some in statutes of the national parliament and some in national government’s regulations; moreover, some have adopted their own rules of procedure while some have not.⁸⁰

⁷⁷ On this topic, the nature and role of these Treaties and their functioning of reconciliation, see P. Macklem, *Indigenous Peoples and the Canadian State. The Prospects of a Post-Colonial Constitutional Pluralism*, in R. Albert & D. R. Cameron (eds.), *Canada in the world*, cit., 81-97, and P. Macklem, *The Form and Substance of Aboriginal Title. Assimilation, Recognition, Reconciliation*, in P. Oliver, P. Macklem & N. Des Rosiers (eds.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, cit., 325-347.

⁷⁸ See P. Popelier & K. Lemmens, *The Constitution of Belgium: A Contextual Analysis*, Oxford, 2015, 71-93.

⁷⁹ See S. Leon, *Intergovernmental councils in Spain: Challenges and opportunities in a changing political context*, 27 *Regional and Federal Studies* 645-655 (2017).

⁸⁰ For more detailed information, see Secretaria de Estado par alas administraciones territoriales,

http://www.seat.mpr.gob.es/dam/es/portal/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Documentacion/Conf_Sect_exist/parrafo/0/CONFERENCIAS-SECTORIALES_REGIMEN_JURIDICO_ACTUALIZADO0.pdf (accessed 30 Nov 2018).

In Italy, the State-Regions Conference has been established in 1983 and firstly regulated by statute in 1988 (law n. 400/1988). In particular since the constitutional reform of 2001, which has granted more legislative and administrative autonomy to regions, State-Regions Conference has played the role of an “hidden second chamber” of territorial representation. The Government is bound by law to obtain the consent of this Conference, where the presidents of all Regions and autonomous provinces seat, on several bills, draft legislative decrees, and executive and administrative draft acts before they are adopted.⁸¹ The lack of such a consent can lead to invalidate legislation by the Italian Constitutional Court later on.⁸² Given the historical importance of municipalities and provinces in Italy (set up well before ordinary Regions in 1970, although regions were provided already in the 1948 Constitution) a Unified Conference between State, regions and local autonomies was set up in 1997 (law 281/1997) and for the first time in 2011 within this Conference a permanent sectoral conference has been created, on the coordination of public finance (D.lgs. 68/2011), a major controversial area for the State-Regions-local autonomies’ relationship in Italy, even more so since the Eurozone crisis.

Finally in the UK, since the devolution started in 1998, based on a Memorandum of understanding and several Concordats between the UK government and the administrations of Scotland, Northern Ireland and Wales,⁸³ the Joint Ministerial Committee has been established – next to bilateral conferences between the UK Government and devolved administrations – as a consultative body comprising the UK Prime Minister, the First Ministers of Scotland and Wales and the First Minister and the deputy First Minister of Northern Ireland. Although this Conference does not meet frequently and has no binding powers, its authority has increased over the last few years, in particular in relation to claims for more autonomy and independence by devolved areas and with regard to the path towards and the management of Brexit.⁸⁴

As the case of Canada and of the other countries cited show, intergovernmental relationships through Conferences and executive agreements in those federal or quasi-federal systems appear to have common features and *raison d’être*. First of all, there is no constitutional entrenchment of intergovernmental relationships, meaning that they evolve in response to particular political circumstances and are then kept and transformed without an explicit constitutional guarantee (with the exception of the peculiar case of aboriginal self-government in Canada), given the difficulty to amend the Canadian as well as the Spanish and the Italian Constitutions.⁸⁵ Second, intergovernmental conferences and agreements in Canada, Belgium, Italy, Spain and the UK are

⁸¹ Amongst many, see I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006.

⁸² See, e.g., the judgment of the Italian Constitutional Court no. 251/2016.

⁸³ See J. Poirier, *The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective*, London, 2001, 18-30.

⁸⁴ See N. McEwen, *Still better together? Purpose and power in intergovernmental councils in the UK*, 27 *Regional & Federal Studies* esp. 681-683 (2017).

⁸⁵ In Italy, there has been an attempt to constitutionalise the State-Regions Conference in 2006, by the constitutional reform that was rejected y referendum on 25-26 June 2006.

working well to supplement the lack of a well functioning upper house as a chamber of territorial representation, i.e. they perform tasks that elsewhere, like in Austria and in Germany, are performed by a second chamber. Third, intergovernmental conferences and agreements serve to prevent constitutional conflicts on federal-regional relationships to go to courts and block their activity or, in the case of the UK, to counter the weakness of constitutional review on devolution issues by the Supreme Court.

There are nevertheless also remarkable differences. For example, while in Canada and in the UK intergovernmental relationships helps to manage and preserve the *de facto* and *de iure* asymmetric nature of the federal or quasi-federal arrangements, in countries like Italy and Spain intergovernmental conferences and agreements have been functional to contain the asymmetries and to favour a process of approximation – though not homogenization, given the constitutional boundaries – of competences among the regions.⁸⁶ Another significant difference is the lack, among the European countries considered, of indigenous peoples subject to ad hoc constitutional protection, like in Canada, where indigenous self-government is guaranteed through the deployment of intergovernmental relationships and treaties.

6. The Failed Secession of Quebec

The last issue of particular significance about Canadian federalism to be discussed comparatively and that triggers a special interest from a European perspective is secession, especially in light of the current heated debate on secession threats in EU Member States like Spain and the UK.⁸⁷ The unity of the Canadian federation has been put under pressure and the constitutional questions surrounding the secession of Quebec have been dealt with – although not ultimately “solved” – by the Supreme Court years before similar problems arose in Europe, with the partial exception of Flanders in Belgium, where, however, secession’s tensions have been somewhat appeased at the moment.⁸⁸

In Canada, the first referendum through which the government of Quebec, led by the Parti Québécois, asked the population of the province for a mandate to negotiate sovereignty for Quebec as well as an economic and political Union with Canada, took place before the Patriation of the Constitution, in 1980. Nearly 60% rejected the proposal of the provincial executive. Later no Quebec objected to the signature of the Constitution Act 1982, on several grounds, among which is also the content of the Charter of fundamental rights and freedoms. Despite the several

⁸⁶ See R. Bifulco, *La cooperazione nello stato unitario composto. Le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica federale di Germania e Spagna nell'Unione europea*, Padova, 1995.

⁸⁷ See I. Spigno, *Constitutional Judges and Secession. Lessons from Canada ... twenty years later*, in *Perspectives on federalism*, 9, 2017, 105-132 and G. Delledonne & G. Martinico (eds.), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession: Legacies of the Quebec Secession Reference*, London, forthcoming, 2019.

⁸⁸ See V. Laborderie, *La fin de la Belgique et ses impossibilités: l'hypothèse d'une indépendance flamande à l'épreuve des faits*, in *Outre-Terre. Revue européenne de géopolitique*, 3, 2014, 114-123 and N. Dupont, *Il federalismo belga al bivio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2015, 381-404.

attempts made, for instance in 1987 and 1992, to include Quebec into the constitutional pact, this province has not yet signed it, which is questionable from the perspective of federal principles such as loyalty and sincere cooperation. A second referendum was held, then, in 1995, after a new victory of the Parti Québécois in the provincial elections the year before, asking the population to vote on the option of a sovereign Quebec and an optional partnership with Canada. Meanwhile the National Assembly of Quebec had passed a bill on the future of the province and the path towards secession, expecting a positive result at the referendum. This time the secessionist option was defeated by a narrow margin. Finally, the plan for a third referendum was announced in 1996 and in response to that the Prime Minister Jean Chrétien initiated a reference proceeding before the Supreme Court on the constitutionality of a unilateral secession of the province. Based on the opinion of the Court, unilateral secession is unconstitutional; a negotiating procedure between the province and the rest of the federation, just outlined in the opinion, is a requirement for a lawful secession and a constitutional amendment is needed.⁸⁹ According to this Court, “a clear majority vote in Québec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all the other participants in Confederation would have to recognize”.⁹⁰ The application for secession by a province triggers a process of negotiation among the province in question, the other provinces and the federal Government, but this could also lead to disagreement rather than consensus.⁹¹ A by-no-means lawful secession would happen in Canada as the result of a unilateral act by a province, even if it was supported by the majority of the Québécois.⁹² Despite its conciliatory approach,⁹³ the opinion of the Court has only temporarily succeeded in appeasing the relationship between the parties of the controversy, thus preventing the disintegration of Canada in the aftermath of the reference proceeding.

Indeed, following the opinion, while the federal Parliament approved the *Clarity Act 2000* aiming to implement and detail the conditions imposed by the Court for a lawful secession, the legislative assembly of Quebec has patently departed from the opinion of the Court. In fact the *Act respecting the exercise of the*

⁸⁹ *Reference re Secession of Québec*, [1998] 2 SCR 217. S. Mancini, *Secession and Self-Determination*, in M. Rosenfeld & A. Sajó (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 497–501 and D. Haljan, *Constitutionalising Secession*, Oxford, 2014, 309–312.

⁹⁰ *Reference re Secession of Québec*, para. 150.

⁹¹ See A. C. Cairns, *The Constitutional Obligation to Negotiate*, in D. Schneiderman (a cura di), *The Quebec Decision. Perspectives on the Supreme Court's Ruling on Secession*, Toronto, 1999, 143–148 and J. Leclair, *Constitutional Principles in the Secession Reference*, in P. Oliver, P. Macklem & N. Des Rosiers (eds.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, cit., 1023–1026.

⁹² Interestingly, the Supreme Court did not prescribe following one of the specific constitutional amendment procedures provided for by the Constitution Act 1982 (Sections 38 to 49) for the secession of Quebec. R. Albert, *The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada*, 53 *Alberta Law Review* 85–113 (2015), highlights that the path traced by the Supreme Court in this case and the subsequent Clarity Act constituted a derogation to the Canadian written constitutional amendments' rules.

⁹³ See N. Des Rosiers, *From Québec Veto to Québec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Québec-Canada Disputes*, 13 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 171–183 (2015).

fundamental rights and prerogatives of the Quebec people and the Quebec state (SQ 2000, c.46) supports the right to self-determination of the province, the authority of the Quebec people and institutions to decide on their own about the legal status and political regime of the province and, in contrast to what predicated by the Supreme Court, the ability to vote by simple majority on a secession question in a provincial referendum. Given such a sharp contrast, almost twenty years after the reference on secession the litigation in courts on the issue is still on the rise and may end up again before the Supreme Court in the near future.⁹⁴

With respect to secessions within EU Member States, in the UK the procedure leading to the first attempt of secession by Scotland has somewhat followed the “advice” of the Canadian Supreme Court to duly negotiate amongst interested parties, although the whole process has been politicised there – indeed no court has intervened – and, unlike in Canada, the negotiation has preceded the referendum. A constitutional ‘agreement’ was reached between the seceding territory – Scotland – and the central government on how to manage secession and on what could be considered a legitimate secession from a constitutional perspective, although the UK lacks a codified constitution and thus a formal procedure to amend it.⁹⁵ This “constitutional compromise” is entrenched in the Edinburgh Agreement of 2012.⁹⁶ No agreement, instead, has been reached regarding the new secessionist claims of the Scottish government, following the result of the referendum on Brexit on 23 June 2016 and the formal opening of the negotiation for the withdrawal with the EU in March 2017. It appears, however, that following the serious defeat of the Scottish National Party at the general elections of 8 June 2017 the demands for a new referendum on secession in the region have been put on hold.⁹⁷

In Spain, instead, the secessionist claims have been primarily addressed by the Constitutional Court in a series of judgments.⁹⁸ Likewise in Quebec, in Catalonia the proceeding originated from the unilateral attempt by the Catalan Parliament to declare the region as a sovereign state through the *Declaración de*

⁹⁴ Indeed, 17 years after the proceeding started, on 18 April 2018 Madam Justice Claude D'Almeida of the Superior Court of Quebec upheld the validity of the Quebec Statute on the ground that it was purely a declaratory law in *Henderson v. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 1586. The appellant, Mr. Henderson, declared that he will appeal the decision before the Supreme Court of Canada while the Government of Canada noted that it is satisfied by the ruling of the Superior Court. See A.-G. Gagnon, *Political Dynamics in Quebec*, in R. Albert & D.R. Cameron (eds.), *Canada in the world, cit.*, 34-58.

⁹⁵ See S. Tierney, *Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland*, 9 *European Constitutional Law Review* 359-390 (2013) and P. Martino, *La questione indipendentista scozzese: le nuove frontiere della Britishness*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2015, 405-428.

⁹⁶ See Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland, Edinburgh, 15 October 2012. This consensual process has been praised by S. Tierney, *Reclaiming Politics: Popular Democracy in Britain after the Scottish Referendum*, in 86 *The Political Quarterly* 226-233 (2015).

⁹⁷ See Constitution Unit, *Monitor* 66, July 2017, 1 and 11, http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/publications/Monitor_66 (accessed 30 Nov 2018).

⁹⁸ J. M. Castellà Andreu, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, 37 *Teoría y Realidad Constitucional* 561-592 (2016).

soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, approved on 23 January 2013.⁹⁹ The Spanish Constitutional Court tried to provide initially a conciliatory answer by using an interpretation in conformity with the Constitution and recognised that a constitutionally legitimate political aspiration does exist for the Catalan people in this regard (§4, c) but it has to be exercised in such a way as to activate the procedure for amending the Spanish Constitution under its Article 168 and then eventually to call for a referendum on Catalonia's independence (S.T.C. 42/2014).¹⁰⁰ Just calling a (unilateral) popular consultation in the region is not enough and, in any event, the holding of referendum falls within the exclusive competence of the State. By the same token, arguing that the Catalan people holds, by reason of democratic legitimacy, legal and political sovereignty is in breach of the Constitution: only the people of Spain as a whole is sovereign.

Several elements differentiate the stance of the Spanish Constitutional Court from that of the Canadian Supreme Court: first, the former prescribes to follow a precise constitutional amendment procedure, while the latter remains vague on the point; second, the Spanish Court considers unconstitutional, for the sake of the validity of the secession claims, the result of a regional referendum, where the Supreme Court of Canada refers to a clear (qualified) majority of the Quebec voters; third, while in Canada a constitutional obligation to negotiate is considered to stem from such a result at the provincial level, the Spanish Constitutional Court supports the dialogue amongst the relevant institutional actors as to protect the loyal cooperation, but does not fix a constitutional obligation to negotiate, possibly because the point of reference is Article 168 Sp. Const. that entails in itself a common agreement; fourth, while the Supreme Court of Canada was asked to give its opinion on the constitutionality of unilateral secession, in the Catalan case what is at stake is also the constitutionality of a regional referendum.

This notwithstanding the Spanish Constitutional Court is clearly inspired by the *Reference on the secession of Quebec*, as demonstrated by the extensive citation of the Canadian Supreme Court's opinion in judgment STC 42/2014, the first of the rich case law of the Court on the Catalan attempt to secede. Despite the different constitutional context, the approach and the tone of the two Courts on the sensitive issue of secession is similar.¹⁰¹ In the constitutional judgments and

⁹⁹ This Declaration is just a parliamentary resolution paving the way to a procedure which could lead to calling a 'popular consultation' in Catalonia on its independence. This consultation was finally held on 9 November 2014 as the Spanish Constitution does not allow regions to provide for and call referendums despite the case law of the Spanish Constitutional Court. Of those who voted, – 41 per cent of the Catalan population – 81 per cent said 'yes' to independence.

¹⁰⁰ The Catalan Parliament can initiate such a constitutional amendment bill before the Spanish Parliament, but of course there are no guarantees that it will be adopted (Art. 87(2) and 166 Spanish Constitution). Under Article 168 Const., allowing even for the total revision of the Constitution, the principles underlying the bill have to be approved by the Congress and the Senate that are subsequently dissolved and have to be approved again by the new Parliament. Then each chamber has to vote on the constitutional amendment bill by two thirds majority and eventually the bill is subject to referendum. See J. M. Castellà Andreu, *The Proposal for Catalan Secession and the Crisis of the Spanish Autonomous State*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2015, p. 429–488.

¹⁰¹ See G. Martinico, *Identity conflicts and secession before courts: three case studies*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 21, 2017, 2–30.

orders of the Spanish Court following the Catalan elections of 2015 and the approval of new resolutions by the Catalan Parliament on a roadmap toward independence, all declared unconstitutional, the opinion of the Supreme Court of Canada has no longer been cited but the endorsement for a dialogic and collaborative solution is always present.¹⁰²

Finally, the Italian case law on the recent attempt of Veneto to secede not only disregards the opinion of the Canadian Supreme Court – consistently with the persistent lack of citation of foreign precedents by the Italian Constitutional Court while the opinion is certainly well known by the judges – but considers any attempts of secession unconstitutional and a constitutional amendment would not alter this status quo.¹⁰³ Indeed, judgment no. 118/2015, on the regional law of Veneto no. 16/2014, which established a procedure to call a referendum on the independence of the region, reflects the more trenchant position of the Italian Constitution and constitutional case law on the point of the constitutional sustainability of secession.¹⁰⁴ According to the Court, Regional law no. 16/2014 amounts to an *extra ordinem* initiative of Veneto which violates Articles 5, 114, 138 and 139 of the Italian Constitution and in particular the principles of the unity and indivisibility of the Italian Republic which stand as unamendable principles of the Constitution. By contrast to Spain, in Italy there is no constitutional clause like Article 168 of the Spanish Constitution paving the way to the total revision of the Constitution without substantive and explicit limits. Moreover, unlike the opinion of the Canadian Supreme Court, the Italian Constitutional Court considers that “regional referendums, even those having an advisory nature, cannot entail a choice of constitutional value” (own translation, § 6).

As can be easily detected not all secessions are alike and there is a variety of solutions envisaged by Constitutional and Supreme Courts or politics, as in the case of the UK, depending on constitutional provisions, conventions and case law. Although the opinion of the Supreme Court of Canada in the reference on the secession of Quebec is not applicable to the European legal systems examined as it stands and is expressly cited only by the Spanish Constitutional Court in judgment STC 42/2014, it is certainly well known and studied in these countries, by scholars, practicing lawyers and judges in the top courts. Indeed, possibly with the exception of Italy, some constitutional principles set in the Supreme Court’s opinion have been adopted and followed also in Spain and in the UK on secession: in particular, the democratic principle, that demands the expression of a clear majority through a popular vote or through democratic representative

¹⁰² See, e.g., S.T.C. 259/2015, S.T.C. 185/2016, S.T.C. 215/2016, *Auto* 24/2017, and S.T.C. 114/2017.

¹⁰³ A comparable approach can be found in the recent order of the German Constitutional Tribunal of December 2016, 2 BvR 349/16, on the secessionist attempt in Bavaria. See G. Delledonne, *I Länder non sono i padroni della Costituzione*: il Bundesverfassungsgericht di fronte a un tentativo secessionista bavarese, *Quaderni costituzionali*, 1, 2017, 145-148.

¹⁰⁴ D. Tega, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, *Le Regioni*, 5-6, 2015, 1141-1155 and C. Fasone, *Una, indivisibile, ma garantista dell'autonomia (differenziata): la Repubblica italiana in una recente pronuncia della Corte costituzionale sulle leggi regionali venete nn. 15 e 16 del 2014*, *Blog de la Revista catalana de dret public*, 15 September 2015.

institutions, the principle of loyal cooperation and the need to duly negotiate with a view to achieve a shared solution.

7. Concluding Remarks, From a European Perspective

The Canadian federal system, with its dualist, cooperative and executive features, shows many elements of interest for a European comparative lawyer and this article has tried to illustrate some of them: the relationship between constitutional amendment formulas and the incremental involvement of the Federation and the provinces; the ambiguous role and composition of the federal Senate and the difficulty to reform it; the pervasive role played by intergovernmental relationships, in particular through ministerial conferences and executive agreements; the “proceduralisation” of the secession of Quebec as a confirmation of the cooperative ambition of Canadian federalism.

Although in several European countries with federal or quasi-federal arrangements, like Italy, Spain and the UK, the institutional debate on the transformation of the upper house into a second chamber of territorial representation has been on the agenda for years and important lessons can be drawn from the Canadian case of attempts and failures of Senate’s reforms, Canada is not usually considered as a point of reference for modeling proposals of reform by political institutions. A preference is rather accorded to other European second chambers, considered the proximity of the legal systems. By contrast in Canada, although the main models from which to draw inspiration for the reform of the Senate are the UK House of lords and the Australian Senate, at institutional level the features of the many bicameral systems in Europe are considered when debating about potential or actual constitutional amendments. The same consideration can apply to the success of intergovernmental relations as a common characteristic of Canadian federalism and of several federal and regional states in Europe. Although in Canada executive federalism dates back at least to the 1970s, institutional actors in European countries do not appear to look at the experience this federation has in the field when developing intergovernmental conferences and signing intergovernmental agreements. This can be a consequence of the very informal nature of intergovernmental relationships and their development in response to the specific circumstances and needs of the national and local communities. Yet executive or administrative federalism in Europe tends to be identified with Germany that, however, is much more distant than Canada from states like Belgium, Italy, Spain and the UK for what concerns the nature and the procedure of cooperation among national- federal and regional-state executives.

By contrast, despite the differences amongst the Constitutions on the admissibility of secession and the fact that the questions surrounding the independence of Quebec have not yet been solved, the reference of the Supreme Court of Canada is considered as an obliged point of departure when addressing secessionist claims concerning the enforcement of democratic principles and the principle to duly negotiate amongst the interested parties, even if the solution found in the concrete case is different. European legal scholarship and judges are

very attentive towards the case law of the Canadian Supreme Court on federal issues (as well as on many other constitutional questions). In Italy, for example, developments in Canadian federalism have always triggered studies and publications by scholars.¹⁰⁵ In contrast, so far political institutions have somewhat disregarded the influence of the Canadian model of federal-provincial relationships, although the similarity of the challenges and of the federal-national responses are impressive in some cases.

To conclude, when dealing with federal arrangements Canada has been more an “importer” – from the US, Australia and even the UK – than an “exporter” of institutional solutions, despite the existence of peculiar successful experiences, such as the protection of Indigenous self-government.¹⁰⁶ Although possibly federalism is the value of Canadian constitutionalism that, until now, has been less successful in being “exported” compared to democracy and the respect of difference and diversity,¹⁰⁷ since the Patriation of the Canadian Constitution in the particular case of the European states not only the level of interest by scholars towards this federal experience has steadily increased but when dealing with certain issues, such as secession, Canada appears to be the first point of reference to look at.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Just to mention some of them, see G. Rolla, *Il referendum sulla sovranità del Québec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giur. cost.*, no. 5, 1996, 3269 ff.; T. Groppi, *Il federalismo canadese*, in *Amministrare*, 1-2, 2002, 5-8; T. Groppi, *Canada*, Bologna, 2006; R. Bifulco (cur.), *Ordinamenti federali comparati. Vol. I- Gli stati federali “classici”*, Torino, 2010, Part V; T.E. Frosini & P.L. Petrillo, *Il federalismo fiscale “decostituzionalizzato” canadese e la negoziazione tributaria tra livello federale e provinciale*, in G.F. Ferrari (cur.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma, 2010, 355 ff; E. Ceccherini, *La giurisprudenza della Corte suprema del Canada nel biennio 2014-2015*, in *Giur. cost.*, 5, 2016, 1989-2020; T.E. Frosini, *Le “derivazioni” dirette del sistema inglese: Australia, Canada e Nuova Zelanda*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2017, 62-69.

¹⁰⁶ See P. Macklem, *Indigenous Peoples and the Canadian State*, cit., 81-97.

¹⁰⁷ See R. Hirschl, *Going Global? Canada As Importer and Exporter of Constitutional Thought*, cit., 305-324.

¹⁰⁸ As confirmed by G. Martinico, *Identity conflicts and secession before courts*, cit., 2-30.

The Canadian Form of Government: Reconciling Parliamentary Sovereignty and Executive Dominance under a System of Constitutional Supremacy

di Simone Penasa

Abstract: **La forma di governo canadese: Riconciliare sovranità del Parlamento e la preminenza dell'Esecutivo in un sistema a supremazia costituzionale** – The paper addresses more specific and concrete issues which are of common concern from a comparative perspective. After analysing the Canadian constitutional model, some more concrete issues directly linked with the form of government will be approached, such as the centrality of the Prime Minister; the supremacy of the Government over the legislature; the role of the judiciary in the light of its relation with other constitutional branches; the nature and function of parliamentary bodies, from the perspective of the due balance between accountability and representativeness; finally, the role of “guarantee” bodies (the Crown, Governor General and the Supreme Court) within a constitutional distribution of powers which is increasingly subject to the influence of the political will of the majority.

Keywords: Canada, Form of government, Canadian Supreme Court, constitutional supremacy, Dialogue theory.

673

1. The Canadian form of government: From parliamentary to constitutional supremacy

The present paper will address the main lines of evolution of the Canadian institutional organisation, with a view to highlighting useful constitutional and legal tools that can also be implemented in other national legal orders. Instead of providing a comprehensive analysis of the general characteristics of the Canadian form of government, the aim here is to select some of the most significant features of the current dynamics which characterise the relationship between the different branches of government. The goal is to understand whether, apart from a general diversity of legal, cultural and historical background, it is possible to detect similarities with the legal and constitutional trends present within the European legal context. All this, in a twofold perspective: to understand whether crucial questions in terms of separation of powers are common to legal orders which do not belong to the same traditional legal family, on the one hand; to derive from the Canadian institutional and constitutional experience useful tools in order to

tackle common issues, by exploiting the traditional ability of the Canadian system to anticipate and even drive comparative trends¹, on the other hand.

Accordingly, these goals will be achieved firstly from a more theoretical perspective, before addressing more specific and concrete issues which are of common concern from a comparative perspective. Therefore, the specificity of the Canadian constitutional model will be taken into account, by referring to the well-known “New Commonwealth Model of Constitutionalism” (NCMC)², which has a clear relevance from the perspective of the form of government as this approach aims to make compatible both legislative and constitutional supremacy³. After analysing this constitutional model, some more concrete issues directly linked with the form of government will be approached, such as the centrality of the Prime Minister; the supremacy of the Government over the legislature; the role of the judiciary in the light of its relation with other constitutional branches; the nature and function of parliamentary bodies, from the perspective of the due balance between accountability and representativeness; finally, the role of “guarantee” bodies (the Crown, Governor General and the Supreme Court) within a constitutional distribution of powers which is increasingly subject to the influence of the political will of the majority.

Canada has been constantly considered a “constitutional laboratory” by both Italian and foreign scholars⁴, as it represents a fruitful terrain of analysis for understanding – from a comparative perspective – phenomena and solutions which have appeared first in the Canadian system. If we consider the Canadian constitutional system in the light of the traditional constitutional models, it has been qualified as a “hybridization” between different legal cultures (common law vs. civil law⁵) through a process of cultural, political and legal evolution which has seen the 1982 Constitution Act – establishing the Canadian Charter of Rights and Freedoms – as an effective turning point in emphasising the distinctive features of the Canadian Constitution⁶.

In very succinct terms, Canadian “exceptionalism” stems from the integration between what has been recently defined as the «British connection»⁷, in designing the institutional distribution of powers among different branches of government, characterised, as is widely known, by the entrenched principle of parliamentary sovereignty; and features which are typical of the US system, such as the judicial review of legislation, constitutional protection of fundamental rights

¹ G. Rolla, *Il fascino discreto di una Costituzione*, in G. Rolla (ed.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, I ff.

² S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, 49, 2001, 707 ff.

³ Ivi, 708.

⁴ S. Gambino, C. Amirante (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale. Federalismo, Diritti, Corti*, Padova, 2000.

⁵ G. Rolla, *Il fascino discreto di una Costituzione*, cit., XI.

⁶ P. Oliver, P. Macklem, N. Der Rosiers, *Introduction*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Der Rosiers (eds.), *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, Oxford, 2017, 2; see also J. Lovell, *Parliamentary Sovereignty in Canada*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Der Rosiers (eds.), *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, cit., 195-196.

⁷ Ivi, 2, see the reference in the Constitution Act, 1867 to «a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom».

and constitutional amendment formula. It is worth briefly detailing the distinctiveness of the way in which the Canadian legal order has metabolised constitutional characteristics coming from different legal and cultural traditions by implementing a new “hybrid” constitutional model, as it is going to affect – in a potentially virtuous and comparatively relevant way – also the organisation of the form of government.

1.1. The New Commonwealth Model of Constitutionalism (NCCM): How to reconcile legislative and constitutional supremacy through the judicial review of legislation

According to Gardbaum, Canada has contributed to the inception of an intermediate constitutional model, by taking advantage of the main distinctive features of its own constitutional system⁸. This is an alternative model that, according to its theorist, rejects the dichotomy between legislative and constitutional supremacy, typical respectively of the American model of constitutionalism and of its reception within the Western European legal environment. This intermediate model of constitutionalism is situated «in between a fully constitutionalized bill of rights and full legislative supremacy»⁹. The effects for the separation of powers and the relation between branches of government are significant, even if only considering the traditional issue of the impact of the judicial review of legislation developed by centralised or decentralised courts on the centrality of parliamentary will in implementing, together with the executive within a rationalised parliamentary system, constitutional principles and goals. The more the balance among powers favours the judiciary, the more concerns related to the lack of democratic legitimacy or the excessive limitation of political discretion of Parliament (and the Executive) arise.

By providing innovative constitutional tools¹⁰, the Canadian system tends to –if not totally overcome, then at least temper— such concerns, in a way that has been attractive for many national legal systems involved in constitution-making processes¹¹. In terms relevant from the perspective of the assessment of the concrete balance among powers, it is worth mentioning that Gardbaum outlines that the main feature of the constitutional model is «to provide a new solution to the old problem of the incompatibility of legislative supremacy and the effective (that is, judicial) protection of fundamental rights»¹². Through the lens of the protection of fundamental rights, which is traditionally considered together with the separation of power the essential core of a constitutional State¹³, it is

⁸ S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 708.

⁹ Ivi, 719.

¹⁰ Such as the so-called “notwithstanding clause”, section 33 of the 1982 Canadian Charter, see further below.

¹¹ P. Oliver, P. Macklem, N. Der Rosiers, *Introduction*, cit., 5, with regard to New Zealand, South Africa and Israel.

¹² S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 741.

¹³ See art. 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789), according to which «any society in which the guarantee of rights is not assured, nor the separation of powers determined, has no Constitution».

possible to highlight the complexity of guaranteeing a sustainable balance among different branches of government, with a specific focus on the relation between the legislature and the judiciary.

In more general terms, this model seems to be able to achieve one of the most challenging goals of contemporary constitutionalism: a reasonable and constitutionally consistent balance between the recognition and effective protection of certain fundamental rights and a proper distribution of power between courts and the elected branches of government¹⁴.

As will be detailed further below, the Canadian system of government can be considered a laboratory also in this context, as in 1982 a set of constitutional tools was introduced to make more easily achievable the goal of a more feasible and compatible system of government: , according to Gardbaum, section 33 of the Charter, together with section 1, is «the distinctive structural feature of Canadian constitutionalism»¹⁵. Although the object of strong concern among Canadian legal scholars, by giving the “last word” to Parliament on what the law of the land concretely is (or must be), this approach may favour a more balanced inter-institutional dialogue¹⁶. Moving from a “watertight compartment” to a “communicating vessel” approach with regard to the relation between branches of government is one of the main goals of contemporary constitutionalism, when (and whether) the supremacy of constitutional sovereignty over the parliamentary one is accepted. Focussing especially on the executive-legislative relation, and claiming the inconsistency of the orthodox interpretation of the concrete absence of separation of powers due to the fusion of and the rigid compartmentalization between powers¹⁷, Baker argues that a «pure» separation is no more than an ideal-type that has rarely been put into practice¹⁸, while «the vast bulk of separation-of-powers theory and practice has not only permitted functions to be mixed across the branches to some degree but has also seen such mixing as essential to maintaining inter-institutional balance and generating the desirable checks and balances that healthy liberal-democratic government requires»¹⁹. According to Justice Brian Dickson, with the entry into force of the Charter, Canada has developed from a system of parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy²⁰.

From a European constitutional perspective, this represents a necessary step towards a fully established constitutional legal order, in which constitutional legitimacy – especially through the judicial review of legislation mechanism (already known within the Canadian legal system) and the reinforced amendment formula – comprises and in a certain degree limits parliamentary legality. In the Canadian Supreme Court’s words, «with the adoption of the Charter, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of

¹⁴ S. Gardbaum, *Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 8, 2, 2010, 171.

¹⁵ *Ivi*, 170.

¹⁶ S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 745.

¹⁷ D. Baker, *Not Quite Supreme* Montreal, 2010, 86.

¹⁸ *Ibid.*, 89, quoting Vile.

¹⁹ *Ibid.*, 88-89.

²⁰ See subsection 51.1 of Constitution Act, 1982.

Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy»²¹. Also among Italian scholars, the attempt to achieve a compromise between Parliamentary and constitutional supremacy represents one of the most original characteristics of Canadian constitutionalism²².

2. The Constitution Act, 1982: A turning point within the constitutionalizing process of the Canadian legal system

By introducing a written constitution which has integrated the more British-oriented one based on conventions²³, the Canadian system of government seems to have accepted this perspective, while contributing actively to the advancement of constitutionalism by introducing new tools and theories. In the Federal Court of Appeal's words, «both before and after 1982 our system was and is one of parliamentary sovereignty exercisable within the limits of a written constitution»²⁴. Notwithstanding, it has been also clarified that, before 1982, there was no idea of limiting or constraining Parliament's power, as the Constitution Act, 1867, was essentially aimed at distributing legislative power to constitute a federal system²⁵.

Traditional powers and public functions shall be fully integrated within the constitutional dimension, one of the essential goals of which is to set a limit to political power. From the Canadian perspective, it seems that one of the most significant "clues" to such integration – political and constitutional supremacy – is to accept a comprehensive – albeit weak, according to some scholars – judicial review as a newly introduced connotative element of the established convention of responsible government²⁶. Accordingly, constitutional conventions and constitutional written rules must be interpreted in a comprehensive way, having in mind the ultimate goal within a truly constitutional system, that is the effective fulfilment of constitutional goals through the integrated and balanced action of different branches of government, which are bound to find a sustainable bi- (or even tri-) directional line of dialogue²⁷.

This seems to be the path indicated also by the Federal Court of Appeal, which stressed – significantly referring to the relation between parliamentary supremacy and constitutional principles – that «while the parameters of the

²¹ Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R., 217, per curiam, para. 72, see W. J. Newman, *The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada*, in *Oxford Handbook of Canadian Constitution*, cit., 1033.

²² S. Benvenuti, *Corte Suprema, supremazia del Parlamento e judicial review nel pensiero costituzionalistico canadese contemporaneo*, in *Nomos*, 3, 2006, 167.

²³ To be distinguished from unwritten constitutional principles that the Supreme Court is used to deriving from the Constitution, see J. Lovell, *Parliamentary Sovereignty in Canada*, cit., 194.

²⁴ See J. Lovell, *Parliamentary Sovereignty in Canada*, cit., 196; see also J Strayer in Singh v Canada (Attorney General) [2000], 2 FCR 185(FCA).

²⁵ D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, Toronto, 2017, 25.

²⁶ A. Hutchinson, *The Politics of Constitutional Law: A Critical Approach*, in *Oxford Handbook of Canadian Constitution*, cit., 991.

²⁷ See the distinction between legal constitutionalism and political constitutionalism, which is reflected in the respect for constitutional conventions, the breach of which entails political rather than legal sanctions; see W. J. Newman, *The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada*, cit., 1033.

unwritten principles of the Constitution remain undefined, they must be balanced against the concept of Parliamentary sovereignty which is also a component of the rule of law»²⁸. Similarly, the Supreme Court in the decision *Babcock v Canada (A.G.)* (2002) recalled the duty of finding a balance between all constitutional principles entrenched within and outside the written Constitution, in which also Parliamentary supremacy must be included and given adequate recognition and protection²⁹. This approach, in recognising room for even a draconian exercise of the legislative power within the limits deriving from the balance among different branches of government (see the decision above), seems to recall the restraints that national Constitutional Courts are faced with within the European legal environment when assessing the legitimacy of Parliament's political choices. One example can be derived from the Italian legal order, where the law provides that judicial review of legislation excludes any political assessment on statutory law, as well as any scrutiny on the exercise of discretionary power made by Parliament³⁰.

2.1. The Charter dialogue theory: A Canadian exception and a possible tool for empowering a “balanced” constitutionalism

678

In the light of reconciling judicial review and responsible government within a system based on a temperate constitutional supremacy, it is worth mentioning the «dialogue theory», which defines the role of judicial review within the relation between courts and the legislature³¹. It is essentially founded on one of the most outstanding peculiarities of the Canadian constitutional system: that the legislature is entitled – through a set of specific features³² – to overcome courts' judgments and “have the last word” on what the law of the land must be.

Even though the ability of this theory to explain the effective relation between courts and legislature under the judicial review mechanism has been repeatedly debated and put in doubt among Canadian legal scholars³³, it is worth mentioning that the authors in their seminal paper highlight the essential function of the theory: to bring judicial review back to its constitutional function, under the scope of the separation of power and the rule of (constitutional) law, being «the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole»³⁴. In other words, under this line of reasoning judicial review is one of the (most widespread) expressions of the prevalence of

²⁸ See J. Lovell, *Parliamentary Sovereignty in Canada*, cit., 198.

²⁹ W. J. Newman, *The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada*, cit., 1034.

³⁰ Sec. 28, Law n. 87/1953.

³¹ P. W. Hogg, A. A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, in *Osgoode Hall Law Review*, 35, 1, 1997.

³² *Ibidem*.

³³ Recently G. Huscroft, *Rationalizing Judicial Power: The Mischief of Dialogue Theory*, in J. B. Kelly, C. P. Manfredi (eds.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2009, 62 ff.

³⁴ P. W. Hogg, A. A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, cit., 105.

constitutional over parliamentary democracy³⁵: the peculiarity of the Canadian constitutional order is, thus, the presence of “safety valves” that allow constitutional supremacy to be mitigated in order to be accommodated with parliamentary supremacy, which accordingly – in a two-way relation and fully within the constitutional meaning of the principle of separation of powers – must express itself within the limits drawn in a dynamic and flexible way by the Constitution. In this framework, the role of courts can be viewed as an essential element of a renewed, in a more dynamic understanding, “constitutionally consistent” theory of separation of powers.

Therefore, the Canadian system of government, when considered within the context of the “constitutionalisation” process which has seen the 1982 reform as a pivotal turning point, expresses the main normative and institutional resources and threats which characterise the global discourse on constitutionalism: the legitimate scope of constitutional constraints to democratically legitimated Parliamentary power; the appropriate balance between courts and other branches of government; the real nature and function of the core principle of the separation of powers; the need to trace back to a dynamic (and even unwritten) constitutional framework the exercise of powers, such as the legislative and the executive, while guaranteeing their historical heritage and the effective implementation of their functions within the State’s machinery.

Facing these challenges, which are consubstantial with contemporary constitutionalism and shared at least among the countries belonging to the Western legal tradition, the Canadian system may provide useful tools which were introduced (especially in 1982) in order to integrate two apparently opposite objectives: on the one hand, to complete the process begun with the Constitution Act, 1867, towards the implementation of a comprehensive constitutional framework grounded not only in constitutional conventions but also on the guarantees traditionally linked with a written constitution (Bill of Rights; judicial review of legislation; constitutional amendment process); on the other hand, to preserve institutional and political specificities which, directly entrenched in its history and culture as well as in written constitutional text, characterise the Canadian legal culture, such as the convention of responsible government, the role of the Crown and the Governor General, the principle of Parliamentary supremacy, federalism³⁶.

One of the most innovative and debated tools that have been provided to accommodate these compelling goals is undoubtedly the so-called “notwithstanding clause”³⁷. Its aim – the effective fulfilment of which is a very

³⁵ P. W. Hogg, *Charter Dialogue Revisited: Or “Much Ado About Metaphors”*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 45, 1, 2007, 31.

³⁶ See S. Benvenuti, *Corte Suprema, supremazia del Parlamento e judicial review nel pensiero costituzionalistico canadese contemporaneo*, cit., 168, quoting F. L. Morton, *Dialogue or Monologue?*, in *Policy Options*, 1999, 712, who considers that the Canadian solution for the relation between judicial review and Parliamentary supremacy is the most adequate in adapting itself to the ethnic and cultural diversity and political pluralism which characterise today’s Canada.

³⁷ Section 33 of the Canadian Charter.

controversial issue among Canadian scholars³⁸ – is precisely to reconcile the need to guarantee constitutional supremacy on parliamentary law through the judicial review with the prominent role of a democratically legitimated institution – the Parliament – in having the last word on what the Law of the Land should be, within the limits of the Constitution.

Without entering into details with regard to the debate among legal scholars, it is worth mentioning that, at least in terms of constitutional design, the clause set forth by section 33 may favour a separation of powers effectively oriented towards the implementation of constitutional content and duties within a framework of checks and balances, in which traditional powers (executive, legislative, judiciary) may be called to exercise different functions within the comprehensive goal to make the constitutional project effective. Within this line of reasoning, therefore, the notwithstanding clause shall be considered as the «democratic safety valve ensuring that neither the judiciary nor parliamentarians would have the last word on difficult decisions relating to the metes and bounds of constitutionally protected rights»³⁹. At the same time, it has been argued that this clause is aimed at preserving the essential element of Parliamentary sovereignty⁴⁰, while at the same time allowing that judicial monologue is replaced by an inter-institutional dialogue between courts and legislatures that would improve the quality and dimensions of the constitutional analysis on the meaning and scope of constitutional rights⁴¹.

Another two distinctive features of Canadian constitutionalism - and therefore of the Canadian form of government - are the possibility for the Supreme Court to suspend the efficacy of a declaration of incompatibility, to give the Parliament the chance to intervene by reforming the law declared illegitimate; and the advisory function of the Supreme Court. The former is especially relevant from the perspective of the relation between powers within a constitutional architecture, as it seems to perform a re-balancing function between powers, even more effective than the one provided by section 33, which has remained silent during decades (at least at the federal level). Can the suspended declaration of invalidity⁴² be an effective tool in accommodating constitutional and Parliamentary supremacy, while guaranteeing also a “*trialogue*” which involves also the executive, if we consider the strict link which binds together the latter and the Parliament? Very recently, the continuation of the case *Carter v Canada* (2015) can be particularly paradigmatic in showing how this instrument can

³⁸ Among others, R. Knopff, R. Evans, D. Baker, D. Snow, *Dialogue; Clarified and Reconsidered*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 54, 2, 2017, 620 ff.

³⁹ P. H. Russel, *The Charter and Canadian Democracy*, in J. B. Kelly, C. P. Manfredi (eds.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedom*, cit., 304-305.

⁴⁰ S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 722.

⁴¹ Ivi, 746.

⁴² It is not unique to the Canadian constitutional regime, as it is known also within the South American context, for instance in Colombia, as well as in Germany.

contribute to expressing the correct role for each branch of government within the Canadian system of government⁴³.

The suspension of the effects of the declaration of unconstitutionality is a tool that is known also within the European legal framework, even it can assume different concrete tools⁴⁴. One potential functional equivalent, although very different in nature and scope of courts' action as it can be considered a mitigating way to exercise the function of judicial review, are those cases in which courts, when they consider the issue at stake highly controversial or sensitive from a political, social or even ethical standpoint, do not declare void a law, even when there might be grounds to declare it, thus limiting themselves to merely sending a "warning" to legislature calling for its intervention at the legislative level. Differently from the Canadian context, in the latter case the declaration does not have any legal efficacy, leaving legislature completely free to decide the "whether", the "when" and the "how" of its hypothetical exercise of discretionary power, without fearing any legal consequence or sanction.

The Italian Constitutional Court had implemented this technique by means of the so-called "warning" judgments (*sentenze "monito"*), which are technically judgments in which the Court rejects a constitutional challenge against a law, which therefore remains fully in force. In this case, the Court, even when it considers the challenge unfounded, and given the political or social importance of the issue at stake⁴⁵, explicitly calls the legislature to its duty to intervene in order to guarantee adequate protection for specific fundamental rights which lack legislative recognition. This is the way – weak in strictly legal terms even if it might put very stringent political pressure on the Parliament – the Court has tried to balance the need to restore constitutional supremacy over statutory law, on the one hand, and the opportunity to acknowledge the centrality of Parliament's discretionary power, on the other hand⁴⁶.

⁴³ See P. Hogg, R. Amarnath, *Understanding Dialogue Theory*, in *Oxford Handbook*, cit., 1053 and 1067-1068.

⁴⁴ For an analysis of different tools in some European legal systems, see V. Barsotti, P. G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, 2015, 87 ff.

⁴⁵ For instance, the lack of protection for specific groups of individuals, as happened in the case of the legal recognition of unmarried couples, see judgment n. 404/1988, and in the case of same-sex couples, see judgment 138/2010.

⁴⁶ Recently, the Italian Constitutional Court seems to have empowered its capacity to promote this balancing. By making direct reference to the abovementioned 'Carter case', the Court detected the incompatibility of the existing rules on assisted suicide with the Constitution; at the same time, it acknowledged that where the assessment of the Court involves the intersection of values of primary importance, whose comprehensive balance presupposes, directly and immediately, choices that the legislature is authorized to carry out first of all. In this case, the Court must – in a spirit of loyal and dialectical institutional collaboration – to allow Parliament to perform all appropriate initiatives, so as to avoid, on one side, that, in the aforementioned terms, a provision continues to produce effects deemed constitutionally incompatible, but at the same time avert potential gaps in the protection of values, also fully relevant on the constitutional level (see *ordinanza* n. 207/2018). See S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 153-170.

2.2. The integration between the ‘executive-legislative’ and ‘judiciary-legislative’ axes: physiology or pathology within a constitutional system?

It has chosen to tackle the issue of the form of government by focussing on the impact that the constitutional changes occurred in 1982 have had and are still having on the traditional framework based on responsible government and Parliamentary sovereignty. This choice has inevitably shifted the focus from the ‘executive-legislative’ axis to the one which runs along the dynamic interaction between the judiciary, especially when exercising the judicial review function, and the legislative. This may be a useful perspective for detecting and understanding the effective dynamics between different branches of government, if we consider that many Canadian scholars – quite often in very critical terms – have highlighted the shift in the balance of powers caused by judicial activism following the entry into force of the Constitution Act, 1982, and the Charter⁴⁷. As already suggested by some Italian scholars, after Patriation the judiciary – and especially the Supreme Court – has become an “agent” of the determination of the “political direction” (*indirizzo politico*) within a context of dialogue with both the executive and the legislative⁴⁸. Among the Canadian scholarship, the centrality of the Supreme Court within the form of government has been critically understood as if the Court «functions more like a de facto third Chamber of the legislature than a court»⁴⁹.

From this perspective, therefore, alongside the traditional executive-legislative “duo”, which runs along the concepts of fusion of powers, executive supremacy on the Parliament and responsible government, a new “duo” has been established, composed by the judiciary and the legislative, which paradigmatically expresses a further constitutional dimension for Canada: a Parliamentary sovereignty exercised within the limits of a written constitution, which is guaranteed by the judiciary, and under the dynamic relation (of power) with the executive branch of government⁵⁰. Two interconnected axes – executive-legislative *vis a vis* legislative-judiciary – which must find their centre of gravity in the “living” Canadian Constitution.

The dynamic integration – within the limits of the Constitution – more than a static separation of powers will be the perspective from which more concrete issues related to the functioning of the Canadian government machinery will be further assessed.

⁴⁷ F. L. Morton, R. Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Toronto, 2000. J. B. Kelly, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers’ Intent*, British Columbia, 2014, 31 ff., provides an in-depth account of different lines of analysis and criticism among Canadian scholars on Supreme Court’s activism.

⁴⁸ N. Olivetti Rason, P. L. Petrillo, *La presidenzializzazione dei governi nelle democrazie contemporanee: tendenze e contro tendenze nell’esperienza del Canada*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino (eds.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, 268.

⁴⁹ P. Russell, F. Rocher, D. Thompson, A. Bittner (eds.), *Essential Readings in Canadian Government and Politics*, II Toronto, 2016, 372.

⁵⁰ According to J. B. Kelly, *Legislative Activism and Parliamentary Bills of Rights: Institutional Lessons from Canada*, in J. B. Kelly, C. P. Manfredi (eds.), *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedom*, cit., 100, the Cabinet is the centre of the Charter dialogue.

3. The supremacy of the Government over the Legislature: legal constitutionalism vs political constitutionalism?

More than 20 years ago, Bognetti theorised that the rise of the democratic-social interventionist State (welfare state) caused the transformation of the forms of government, with a corresponding new division of powers⁵¹. To the three traditional powers typical of the liberal state, two more powers are added within the democratic and social state: public administration and constitutional court as ultimate guarantor of the Constitution⁵². The function of “political direction” (*indirizzo politico*), conceived as the establishment and concrete implementation of the fundamental directions of development of a national order, belongs to the executive in the figure of the Prime Minister, within the parliamentary form of government, or the President, in the presidential one. According to Bognetti, «within the well-functioning states only exceptionally the political direction chosen by the executive (*Potere governante*, governing Power) is rectified or integrated or even “paralysed” by the other “political” Power of the state, the legislature»⁵³.

If we move from the ‘legislature-judiciary’ to the ‘legislative-executive’ axis, it is worth noting that legal scholarship in Canada – as well as other countries – observe the trend towards the consolidation of executive power over the legislature. Whether such dominance is *de facto* (political) or *de iure* (legal), it has been the subject of insightful and deep analysis, highlighting the threat such a phenomenon poses for the democratic principle and the convention of responsible government.

Such warnings have become a “mantra” standard among scholars in many national jurisdictions. In Canada, the concern is that «Parliament is unacceptably weak and the political executive unduly strong»⁵⁴. Baker⁵⁵ underlines the discrepancy between the design and the effective functioning of the separation of powers in Canada: «the “reality” is that the conventions of responsible government have the effect of centralizing power almost completely in the hands of the executive», especially due to the phenomenon of «party discipline»⁵⁶ and the advising power of the Prime Minister to the Governor General with regard to the prorogation and dissolution of the Parliament. According to Baker, there would be a recurrent ambivalence in powers relationship between Canadian institutions, as broad informal powers are matched with formal but often rarely exercised checks⁵⁷. The Canadian Supreme Court has recognised the issue, noting that the «Court should not be blind to the reality of Canadian governance that (...) the executive frequently and *de facto* controls the legislative»⁵⁸.

⁵¹ G. Bognetti, *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*, II ed., Milano, 2001, 75.

⁵² *Ivi*, 76.

⁵³ *Ivi*, 78.

⁵⁴ D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 138.

⁵⁵ D. Baker, *Not Quite Supreme*, cit., 103.

⁵⁶ At least in the situation of a majority government; party politics as an essential element of the form of government: see P. L. Petrillo, *Le istituzioni delle libertà*, Padova, 2012, 72.

⁵⁷ D. Baker, *Not Quite Supreme*, cit., 129.

⁵⁸ *Wells v Newfound Land*, 1999.

Therefore, the image that the Canadian system of responsible government conveys is one characterised by the «executive domination of Parliament», which shows itself especially with regard to the control over the law-making process⁵⁹. Accordingly, scholars seem to agree in asserting that «Parliament's principal role is not as much to legislate as to hold the government to account»⁶⁰. This seems to be a common line of development of the dynamics of government at the comparative level, if we consider that in theorising a new division of power, Boggetti in 2001 stated that the real, typical, function of the legislature is to control government's action more than the traditional assumed law-making function⁶¹. Moreover, Boggetti considers further that the essential core of the new division of powers is expressed by the formula: «Executive's centrality» as the owner of the function of political direction of a welfare State⁶².

4. Party discipline and the Crown as an independent (?) variable of the balance among powers

684

As stressed above, and outlined by Boggetti as one of the distinctive features of the new division of powers within welfare state legal systems⁶³, the role of political parties in orienting the relation of confidence between Parliament and the executive is often decisive: it represents the essential variable within this relationship, which is characterised – as stressed above – by strong party discipline⁶⁴.

It means that, in the concrete enforcement of constitutional conventions (responsible government and Parliament's confidence), «a Cabinet is assured the confidence of the Commons if its party members are a majority»⁶⁵. Accordingly, «Party dynamics are necessarily part of the reason for the executive's dominance of the Commons»⁶⁶. Some authors went even further, by theorising that «The party replaces parliament as the central non-executive political institution and locus of power»⁶⁷. If this phenomenon is typical of a two-party system, also in multiparty systems it develops a decisive function⁶⁸.

⁵⁹ J. Webber, *Constitution of Canada. Contextual Analysis*, 2015, 77; see also P. Aucoin, M. Jarvis, L. Turnbull, *Democratizing the Constitution: Reforming Responsible Government*, Toronto, 2011, where the authors highlight two problems within the Canadian system of government: a constitutional one, that is the capacity of the Prime Minister to abuse his or her powers to summon, prorogue and dissolve the House of Commons to advance partisan interests of the governing party; and a parliamentary one, which consists in the ability of the Prime Minister to abuse the parliamentary rules and procedures that are meant to allow government to manage the business of the House in an orderly way (*Ivi*, 4).

⁶⁰ *Ivi*, 79.

⁶¹ G. Boggetti, *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*, cit., 81.

⁶² *Ibid.*, 91.

⁶³ *Ibid.*, 79.

⁶⁴ P. Lagassé, *The Crown and Prime Minister Power*, in *Canadian Parliamentary Review*, 2016, 18; see also D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 114.

⁶⁵ P. Lagassé, *The Crown and Prime Minister Power*, cit., 18.

⁶⁶ D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 114.

⁶⁷ S. Gardbaum, *Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale?)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, 634.

⁶⁸ *Ibid.*, 634-635.

Party discipline, which finds a very solid reason in the “capture effect” over Parliamentary Members produced by the Prime Minister’s wide power of appointment⁶⁹, is the main reason of the phenomenon of «reversal in the logic of responsible government»⁷⁰, which legally and historically expresses the hierarchical relationship between the Parliament and the executive⁷¹: therefore, as a matter of fact, even if «[t]he theory of responsible government suggests that the balance of powers rests with the legislative branch(...) in practice, power is heavily concentrated in the hands of the Prime Minister and a number of close advisors»⁷². A side issue of the link between the role of political party and the balance between different branches of government is the role played by the electoral system and the selection of candidates, as well as their direct relationship with the party leader.

If we can agree that «constitutional conventions that provide checks on the power of the Executive can be ignored easily, and so the Constitution becomes whatever the Prime Minister can get away with»⁷³, one could wonder whether the guarantees and re-balancing mechanisms set forth by the written constitution regime can play an effective role in rationalizing this dynamic: in other words, whether the factual dynamics between powers can be re-oriented by implementing more effectively existing legal and constitutional constraints. It is a matter of finding a reasonable balance between the formal design and concrete functioning of the theory of responsible government: on the one hand, concentration of power in the executive facilitates an efficient government of the institutional and political machinery; on the other hand, the existence of a «functional legislative branch» must be guaranteed⁷⁴.

This is in line with a constitutionalised interpretation of the separation of power⁷⁵, where the compelling need to guarantee the stability and governability of the institutional machinery must be achieved through political and legal tools which are able to guarantee at the same time a sustainable and appropriate constitutional equilibrium amongst powers.

It remains to be seen whether the expected reforms announced by the Trudeau government in 2015 in order to re-balance the relation between the executive and the legislative will find effective implementation and will be useful in achieving the expected goal: it looks like the “incentive” for one of the main “mainstream” reforms (the electoral reform towards a more proportional system)

⁶⁹ See L. Turnbull, *Political institutions in Canada in a new era*, in *Oxford Handbook of Canadian Constitution*, cit., 174, referring to a «carrot and stick» approach.

⁷⁰ *Ibid.*, 174.

⁷¹ See C. Forcese, *The Executive, the Royal Prerogative, and the Constitution*, in *Oxford Handbook of Canadian Constitution*, cit., 154.

⁷² L. Turnbull, *Political institutions in Canada in a new era*, cit., 174.

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *Ibidem.*, 175.

⁷⁵ In Canada it becomes a “hybrid” version of the UK and US separation of powers theories; see W. J. Newman, *The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada*, cit., 1043.

has diminished after the 2015 election results⁷⁶, while it is worth mentioning those aimed to reduce the Prime Minister's power of appointment, with special regard to appointing Senators⁷⁷.

As mentioned above, another reason for the dominance over the Parliament can be recognised in the role of the Crown as part of the latter. As the Crown (by means of the Governor General) has the power to summon, prorogue and dissolve the Parliament and to pass the Bill, under the (compulsory) advice of the Prime Minister or the Cabinet, it means that the Prime Minister will benefit from the Crown's coequality and codependence within the Commons⁷⁸. In other words, the Prime Minister is the dominant actor in Parliament because he/she controls powers of the strongest part of the legislature, the Crown. This is a specific characteristic of the Westminster model. It has been said very effectively that the Crown is the «indispensable armature of government»⁷⁹. Therefore, more important than its symbolic function is the practical contribution of the Crown to the primary future of Canadian government: Executive dominance⁸⁰. One of the most debated cases by Canadian legal scholars has been the 2008 Prorogation of the Parliament, called for by then Prime Minister Harper and declared by the Governor General in charge.

One could argue, especially if coming from a different legal culture, that also the interpretation of confidence convention as a «form of confirmation or endorsement» rather than granting the House of Commons «a direct role in choosing and removing the government»⁸¹ is a direct consequence of the predominance of the Executive over the Parliament, together with the strong party discipline that – especially when combined with a majority government – characterises Canadian politics. When compared with Italian parliamentary dynamics, the apparent automatism in the concrete enforcement of confidence convention stands out, as confidence procedure in Italy is often complex and characterised by the constitutional convention of hearings (“*consultazioni*”) which involves also minority parties and even parties with no representation in Parliament (such as happened after the last General Election in 2013, due to very ambiguous electoral results). In this regard, it seems that, despite the significance of contextual elements such as electoral results and the political standing of the person in charge, within the Italian system the office which formally owns the power to nominate the Prime Minister (the President of the Republic) is vested with a wider margin of discretion in exercising its power. Here, three variables may play a decisive role: the nature of the form of state, parliamentary monarchy vs parliamentary republic; the nature of the rule, constitutional convention vs written constitutional provision; the model of electoral law.

⁷⁶ The proposal has been abandoned, see <https://www.theglobeandmail.com/news/politics/trudeau-abandons-electoral-reform/article33855925/>.

⁷⁷ L. Turnbull, *Political institutions in Canada in a new era*, cit., 176.

⁷⁸ P. Lagassé, *The Crown and Prime Minister Power*, cit., 18.

⁷⁹ D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors*, cit., 63.

⁸⁰ D. E. Smith, *The Invisible Crown. The First Principle of Canadian Government*, Toronto, 2013, 179.

⁸¹ P. Lagassé, *The Crown and Prime Minister Power*, cit., 19.

5. Informal (political) and formal (legal) powers: Written Constitution (and its checks) as the stabilising factor between the theory and the practice of responsible government?

There is a factual-political dimension of relation between the executive and legislative⁸², and a legal-constitutional one: both must find adequate coverage within the constitutional context, therefore also the concrete control of the executive over the Parliament is legitimate only if it is properly grounded in the written or conventional Constitution. Otherwise, constitutional mechanisms must react: the judiciary (whose main target according to Canadian scholars is the executive), but also the Governor General in the exercise of his/her prerogatives. In Baker's words⁸³, «informal power (executive domination of the legislature, for example) may well be the primary and regular vehicle for governance, but formal power (legislative control of the executive) both checks and, by providing rhetorical cover for its exercise, sustains informal rule».

This is perfectly in line with the theory that considers responsible government compatible with a system based on a written constitution, especially if we consider that responsible government is the «set of constitutional conventions that make Canada's parliamentary system a democracy»⁸⁴: the written constitution strengthens the resilience of the responsible government, also by including in it judicial review of legislation. In other words, the guarantees deriving from a written constitution can contribute to significantly reducing the distance between the theory and practice of responsible government conventions⁸⁵.

This trend paradigmatically illustrates one of the most significant features of Canadian constitutionalism when seen through the lens of a comparatist scholar: the “competitive game” between legal constitutionalism, which is expressed by the supremacy of the law of the Constitution, and political constitutionalism, which is reflected in the respect for constitutional conventions⁸⁶. Between these two constitutional dimensions, the latter being possibly in contrast with the former, must be found a balance, which shall be dynamic with regard to the specific context and matters at stake. In any case, it is worth highlighting that the paradigm shift that came about with the entry into force of the Constitution Act, 1982 (section 52), must be taken in due consideration and also orients the concrete relations among powers. In the Supreme Court's words, «The Constitution binds all governments, both federal and provincial, including the executive branch (...) their sole claim to exercise lawful authority

⁸² With regard to the relation and respective prevalence between majority and minority government, but according to a line of reasoning which can be referred to other issues linked to the executive-legislative axis, it has been recognised that «circumstances and personalities will do much to determine which form is more desirable», P. Malcolmson, R. Myers, G. Baier, T. Bateman, *The Canadian Regime. An Introduction to Parliamentary Government in Canada*, VI ed., Toronto, 2016, 50.

⁸³ D. Baker, *Not Quite Supreme*, cit., 114.

⁸⁴ L. Turnbull, *Political institutions in Canada in a new era*, cit., 173.

⁸⁵ *Ibid.*, 174.

⁸⁶ W. J. Newman, *The Rule of Law, the Separation of Powers and Judicial Independence in Canada*, cit., 1033.

rests in the powers allocated to them under the Constitution, and can come from no other source»⁸⁷.

Consistently with this line of reasoning, the guarantees of the written constitution can also be perceived as developing a blocking function with regard to the political will to introduce comprehensive institutional reforms, due to the presence of a special regime for constitutional amendment: worth recalling in this sense is the attempt to introduce the Senate reform, which was interrupted after the 2014 Senate Reference of the Supreme Court.

The same dynamic could affect also the prospective reform of the electoral system, even if, according to some authors, in the case of a reform of the Electoral Law a constitutional amendment will not be necessary, as Parliament deserves a broad margin of political discretion in implementing an electoral system⁸⁸. It seems that, even if legal scholars are divided on the way in which the right to vote of individuals must be guaranteed *vis a vis* an electoral law reform⁸⁹, the risk of “preventive block” effect produced by the risk of the electoral law being subsequently quashed by courts is low, in the light of the current case law on electoral matters. Confronted with the highly controversial issue of the compatibility between a specific electoral system and the protection of the right to vote⁹⁰, the Quebec Court of Appeal has stated that «effective representation is not dependent on the electoral system» and thus that an electoral system can be considered valid when it is structured in a way that can «confer on the electorate or assure it of a minimal, albeit significant, degree of representation»⁹¹.

Therefore, any electoral reform will be challenged on the grounds of section 3, interpreted in the light of section 1 under the application of the proportionality scrutiny⁹². Also with regard to electoral law, the interpretation given by courts determines in which direction Parliament exercises its own discretionary power, as recently happened in Italy, where the Italian Constitutional Court declared the illegitimacy of electoral law, where the latter unreasonably limits the constitutionally guaranteed equality of vote together with the principle of fair representation of voters within the Chambers. In this case, the reasoning of the Italian Court must be taken in due consideration by Parliament, in order to avoid the risk of a new invalidation, as already happened with the electoral law approved after the Court’s judgment⁹³.

⁸⁷ Reference re Secession of Quebec, 1998, para. 72.

⁸⁸ E. McFarlane, *Constitutional Constraints on Electoral Reform in Canada: Why Parliament is (Mostly) Free to Implement a New Voting System*, in *Supreme Court Law Review*, 76, 2016, 414, recalling J Iacobucci.

⁸⁹ *Ibid.*, 415.

⁹⁰ Section 3 of the Charter, which is significantly outside the scope of application of section 33.

⁹¹ *Daoust v. Quebec (Chief Electoral Officer)*, [2011] Q.J. No. 12526, 2011 QCCA 1634 (Que. C.A.); see McFarlane, 2016, 415, who refers also to equivalent Supreme Court’s case law.

⁹² It is worth recalling that section 1 is one of the features of the Charter dialogue theory, see P. W. Hogg, A. A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)*, cit.; see also P. Malcolmson, R. Myers, G. Baier, T. Bateman, *The Canadian Regime. An Introduction to Parliamentary Government in Canada*, cit., 95.

⁹³ See judgments n. 1/2014 and 35/2017, C. Caruso, M. Goldoni, *Halving the “Italicum”: The Italian Constitutional Court and the Reform of the Electoral System*, *VerfBlog*, 2017/2/28,

Turning back to Bognetti, it can be said that the contemporary division of powers, is characterised by a plurality of institutional centres⁹⁴. Therefore, although this type of separation of power is mostly grounded in and dominated by the full authority of the Executive power, the executive is embedded within an effective system of separated powers, in which other powers are guaranteed independence: They act as powerful virtual “checks” against the Executive’s action and – when the existing concrete legal and political circumstances require a more proactive role – they can convert themselves in effective “brakes”⁹⁵.

6. The role of the Senate as a “chamber of sober second thought”: Its performance and possible reform. Which lessons for comparative law?

When referring to the Canadian form of government, it is worth developing also some thoughts on the Senate, which is the Upper House of the Canadian Parliament and expresses some distinctive features from its UK counterpart (the House of Lords) and also from the “traditional” second chamber within a federalist State⁹⁶. Without any pretence of exhaustiveness, we will limit ourselves to highlighting some characteristics which can be of interest from a comparative perspective, as well as some recent proposals aimed at reforming the Senate’s structure, appointment and function⁹⁷.

The idea can be summarised with a very simple question: bearing in mind its concrete performance and political, social and legal debates surrounding this institution, should the Canadian Senate act in the future as a *de facto* counter-majoritarian agent within the Canadian constitutional form of government?

If we consider the Supreme Court’s Senate Reference (2014), we can derive a set of elements which help to qualify the Canadian Senate as a relevant model at the comparative level. However, it must be clarified that not even the Senate is immune to strong concerns with regard to its functioning. Among other things, it has been constantly criticised for its lack of direct representation, as its Members are appointed by the Prime Minister; consequently, the form of appointment has produced a “Partisanisation” of the Senate, which is often very “mild” in rapidly approving executive legislative proposals⁹⁸.

Notwithstanding, and considering the “stasis” surrounding proposals for reforming this institution, the model of a Senate designed and acting as a complementary legislative body of sober second thought calls the attention, especially from a country like Italy where recently the path of the constitutional

<http://verfassungsblog.de/halving-the-italicum-the-italian-constitutional-court-and-the-reform-of-the-electoral-system/>).

⁹⁴ G. Bognetti, *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*, cit., 92.

⁹⁵ *Ibid.*, 94.

⁹⁶ F. Palermo, M. Nicolini, *Il bicameralismo. Pluralismo e limiti della rappresentanza in prospettiva comparata*, Napoli, 2013, 248.

⁹⁷ We refer to the so-called “Three E” Senate, equal, elected and effective; see for further analysis J. Webber, *Constitution of Canada. Contextual Analysis*, cit., 87, according to whom «the current Senate has virtually no defenders». It must be specified that Senate reform is a never-ending debate within Canadian politics, with some similarity with the Italian political debate on the reform of the Italian Senate of the Republic.

⁹⁸ See D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 156.

reform of the Senate has been drastically interrupted by a popular referendum. It is worth noting that the rejected reform of the Italian Senate will have changed the nature of that institution from a directly elected to an indirectly elected body (second-level elections), as its Members will be elected by the representatives of regional and local institutions, in order to increase the representation (as well as the political force and influence) of sub-national level of government at the central level.

Therefore, the notion – ideally speaking – of a Chamber which is not intended to be a «perennial rival of the House of Commons in the legislative process»⁹⁹, while at the same time it aims to represent different regional (provincial) realities, is worth specific analysis. According to many Canadian authors, with regard to the Senate’s “destiny” there is a “before” and an “after” the Senate Reference of 2014¹⁰⁰. While before the Reference the Canadian Senate did not find a very “good audience” – and it still does not have one, frankly speaking – the Supreme Court seems to have provided fresh energy to this institution, in terms of both constitutional legitimisation and political and social trustworthiness.

On the one hand, in order to determine that the proposed reform must be approved through the constitutional amendment formula, the Supreme Court stated that its abolition (which will have required the consent of all provinces) and the consultative election at the provincial level (at least seven provinces representing as an aggregate at least half of the Canadian population) will both have the effect of fundamentally changing Canada’s constitutional architecture¹⁰¹. Therefore, the Supreme Court explicitly qualifies the Senate as an essential element of constitutional structure, the alteration of which is going to produce a significant impact on the Constitution as a whole.

At the same time, in terms of social and political trustworthiness, the Reference seems to have tried to bypass the main weakness of the Senate – the lack of democratic legitimisation – by giving it a specific constitutional meaning. In the Court’s reasoning, the undemocratic (or rather, unrepresentative) nature of the Senate is in a certain way ‘constitutionally consistent’ and even ‘due’, as it is perfectly consistent with the function that this institution has been called to develop as part of the Parliament. The Senate was designed to be independent from the electoral process and therefore “dependent” from the executive’s appointment, in order to remove it from the partisan political arena¹⁰², while at the same time confining itself to a role as «a body mainly conducting legislative review, rather than as a coequal of the House of Commons»¹⁰³, in the absence of a

⁹⁹ Senate Reference, para. 58.

¹⁰⁰ A. Dodek, *The Politics of the Senate Reform Reference: Fidelity, Frustration and Federal Unilateralism*, in *McGill Law Journal*, 60, 4, 623 ff. It tells us much on the very proactive role in terms of constitutional interpretation that the advisory function of the Supreme Court plays within the Canadian constitutional and political framework; this is another reason of distinction with the “traditional” centralised constitutional courts, which are generally not charged with this kind of function.

¹⁰¹ Senate Reference, paras. 13 and 30.

¹⁰² Senate Reference, para. 28.

¹⁰³ *Ibid.*, para. 58.

popular mandate (according to critics, it has been substituted by the executive mandate). Paradoxically enough, but only when interpreted from a political instead of a purely constitutional perspective, giving it democratic legitimacy would convert the Senate's role within the Canadian constitutional structure from a complementary legislative body of sober second thought to a legislative body endowed with a popular mandate and democratic legitimacy¹⁰⁴. The traditional weakness of the Senate may have been unexpectedly converted into a constitutional strength. Therefore, one may agree with those scholars arguing that the Senate Reference has promoted the Senate as a critical ally of responsible government, by restoring – at least partially and potentially – a sense of constitutional consistency with regard to its composition and operation¹⁰⁵.

If we consider the Senate Reference a possible turning point for the constitutional role of the Senate, it is important to stress that it could contribute to overcoming the assumption of a Canadian «ineffective bicameralism»¹⁰⁶, in favour of a newly established theory of bicameralism as the essential character of the legislative process¹⁰⁷: a “dormant” bicameralism should have been “awoken” – at least potentially – by the Supreme Court intervention, by exercising one of the many distinctive features of Canadian constitutionalism, its advisory function.

In this case, by exercising its own interpretative prerogative on the Constitution, even if shared with other branches (legislative), the Court effectively enters into the responsible government dynamics. It does it in a temperate way, as it leaves to the Parliament the last word with regard to the opportunity to continue along the direction of the reform of the Senate¹⁰⁸. At the same time, the Supreme Court plainly draws the required procedural path (constitutional amendment), calling on Parliament to take action and assuming its own responsibilities. This approach seems to be in line with one of the core assumptions of the Charter dialogue theory, providing incentives to Parliament for not simply delegating responsibility for considering matters of principle to the courts, even if the original reference is to the protection of fundamental rights.

By restoring a fully functioning bicameralism, the Senate will perform more properly and effectively those functions which should have defined its nature and composition: To improve legislation through the legislative review function¹⁰⁹; and to take an active role within the dynamics of the responsible government conventions. Even if it does not play any role in the confidence convention, nevertheless the «Senate is better equipped to hold government accountable for its policies and conduct than is the House of Commons», for example by exercising

¹⁰⁴ Senate Reference, para. 63.

¹⁰⁵ D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 67.

¹⁰⁶ According to D. Baker, *Not Quite Supreme*, cit., 129, «While the Senate can use its formidable legislative powers, it only rarely uses them because of its substantial informal weaknesses relative to the elected House of Commons».

¹⁰⁷ D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 63.

¹⁰⁸ According to the Supreme Court, «the desirability of changes is not a question for the Court; it is an issue for Canadians and their legislatures» (Senate Reference, para. 4).

¹⁰⁹ The definition of “sober second thought” Chamber; see D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 93.

in a less deferential attitude its veto power on governmental Bills passed by the House of Commons¹¹⁰.

At the theoretical level this idea seems to be quite well grounded, in practice it rarely and hardly finds effective implementation, main reason of which being – according to Canadian scholars¹¹¹ – the appointment method (Prime Minister) which favours, as already mentioned, partisanship among Senators. In this regard, it is worth mentioning a recent reform by Trudeau, establishing an Independent Advisory Board for Senate Appointments that receives applications from qualified Canadians when a Senate position becomes available, thus providing the Prime Minister with non-binding recommendations on potential candidates to the senatorial office based on merit¹¹². This measure, together with the not merely symbolic decision to exclude Senators from the Liberal caucus¹¹³, may favour a more independent exercise of Senate prerogatives, within the limits stemming from its nature (non-representative sober second thought chamber) and functions (essentially legislative). The case of the dialogue between the two Chambers on occasion of the approval of the Government Bill on doctor-assisted death, where the Senate proposed to the House of Commons amendments to the original text, may testify to the inception of a new phase in Parliament and thus in the constitutional structure as a whole¹¹⁴, within the limits of the conventions of responsible government.

Thus, «Under a system of parliamentary government, the Senate must never replace the Commons and hold government responsible but it may make government more responsive – and responsible»¹¹⁵. More than conducting a «rebellion», the attitude of the Senate seems to have brought «new life to Parliament»¹¹⁶, and therefore to the entire Canadian form of government.

7. The evolution of the form of government: Is Canada still a constitutional laboratory?

The *fil rouge* of this paper has been to understand how the Canadian system of government succeeds in balancing the historically rooted parliamentary sovereignty with the “newly” established constitutional supremacy, within a framework based on the convention of responsible government. Canada seems to express some of the typical trends within contemporary parliamentary systems, along the axes of the relations between the executive and the legislative, and the judiciary and other branches of government. However, the consolidation of a “hybrid” or mixed constitutional framework, especially after the 1982 reform, can provide innovative solutions (even when deeply criticised within Canadian legal scholarship) which have traditionally drawn the attention of both foreign scholars

¹¹⁰ D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 87.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² L. Turnbull, *Political institutions in Canada in a new era*, in *Oxford Handbook of Canadian Constitution*, cit., 182.

¹¹³ *Ibid.*, 181.

¹¹⁴ *Ibid.*, 183.

¹¹⁵ D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 102.

¹¹⁶ *Ibid.*

and decision-makers. The most significant issues have been thoroughly analysed in the paper.

According to Albert¹¹⁷, Canada can be considered a paradigmatic example of «constrained parliamentarism»¹¹⁸, as responsible government conventions are embedded into, and thus oriented by, a written constitution (Bill of Rights, constitutional review). One of the main features of constrained parliamentarism is precisely the presence of a judiciary playing «a central role in monitoring the actions of the fused executive and legislative departments»¹¹⁹. Therefore, according to Albert, «Canada straddles the boundary dividing British parliamentarism and American presidentialism»¹²⁰. Significantly enough, the judiciary – especially when exercising the function of judicial review of legislation – represents a key tool in guaranteeing a physiological coexistence between parliamentary sovereignty and constitutional supremacy. It can be said that, given the “fusion” between executive and legislative branches¹²¹, counter-majoritarian power represented by the judiciary contributes to restoring a more appropriate balance between powers. At the same time, the judiciary is counter-balanced by specific “majoritarian-friendly” measures, such as sections 1 and 33 of the Charter. Within this landscape, prospectively also institutions traditionally conceived as “weak”, such as the Governor General in exercising royal prerogatives, may play a more proactive stabilising function when confronted with the dynamics between powers. Especially – even if we saw that this outcome is far from been achievable in the near future – whether electoral reform in the direction of the proportional system will be achieved, facing a more “nuanced” (in terms of electoral results) political context the governor general shall exercise in a more autonomous (from the Prime Minister’s advice) way his/her prerogatives, both at the time of the designation of the Prime Minister and if the House is prorogued or dissolved. According to Smith¹²², it may possibly strengthen the role of Governor General as «guardian of the Constitution», as he/she «may well come to determine both the strength and reputation of Parliamentary government in Canada».

A recent book has suggested that the second decade of the 21st Century has established the preconditions for «a new political beginning» for Canada¹²³: a more independent Senate; a more proportional electoral system; a Governor General who is more responsive and central to the daily operation of government, as a consequence of the change in the electoral law for the House of Commons. The author suggests that public debate, and thus political confrontation, will shift from

¹¹⁷ R. Albert, *Presidential values in Parliamentary Democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 8, 2, 2010, 222-223; see also R. Albert, *The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism*, in *The American Journal of Comparative Law*, 57, 2009, 536

¹¹⁸ Reference goes to B. Ackerman, *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, 113, 3, 200, 664 ff.

¹¹⁹ R. Albert, *Presidential values in Parliamentary Democracy*, cit., 222.

¹²⁰ *Ibid.*, 223.

¹²¹ See also J. Webber, *Constitution of Canada. Contextual Analysis*, cit., 67; even if *de iure* legal limitations and guarantees exist.

¹²² D. E. Smith, *The Constitution in a Hall of Mirrors. Canada at 150*, cit., 65.

¹²³ *Ibid.*, 131.

federalism, which dominated discussion in the last decades, to institutional change¹²⁴.

It remains to be seen whether political leaders charged with executive functions will assume in an accountable and responsive way the responsibility to govern, design and then implement this time of expected and “mainstreaming” institutional reforms. According to a constitutionalism based also on pluralism, there is no predetermined political path for this process: if it is largely true for every constitutional democracy, this is intrinsically enshrined in an «agonistic constitutionalism» such as the Canadian one, «a constitutionalism in which contending positions are seen to be essential to the society, animating it, and where these positions are not neatly contained within a comprehensive, overarching theory»¹²⁵.

Will this new *political* beginning contribute to a more effective empowerment of the existing *constitutional* agenda?

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ J. Webber, *Constitution of Canada. Contextual Analysis*, cit., 25.

The Relations between Canada and Quebec: An Appraisal

di Roberto Louvin

Abstract: Brevi note sulle relazioni tra Canada e Quebec – The paper analyses the long-standing issue of Quebec's self-determination, in light of the recent judgment of the Superior Court of Québec *Henderson c. Attorney General of Quebec*. After years of procedural delays, the appeal of the former Equality Party leader at the *Assemblée nationale du Québec* Keith O. Henderson has finally reached a ruling that could put an end – for now – to the decades-long dispute between Ottawa and Quebec. At the moment, it seems unlikely that the "clarity" of the referendum question will again be examined by the Canadian Supreme Court, twenty years after its famous Advisory Opinion on the possibility of secession of Québec and on the formulation of the related question. For the time being, the Superior Court of Québec finds itself in a deadlock in which the federal and provincial governments remain entrenched on their respective positions. The positive trend, in procedural terms, of the recent referendums on the independence of Scotland and New Caledonia – in which the strategic importance of a negotiated approach was fully recognized in ensuring that the referendum procedure is conducted in a peaceful and respectful manner between the parties – does not yet seem to inspire the governments of Ottawa and Quebec to take a decisive step towards a direct agreement on the question to be eventually submitted to the citizens.

695

Keywords: Canada, Quebec, self-determination, referendum, sovereignty.

1. Introduction

Is the sovereignty project for Quebec launched in the 1960s still ongoing?

This challenge, in a multicultural and pragmatic country such as Canada, has put the federal system to the test and is still questioning the capacity of the Canadian constitutional system to respond democratically to the claim of self-determination that reached its peak between 1980 and 1995 and that is now much less virulent.

Three different constitutional theories confront and oppose each other in Canada about the foundations on which the federal order is based: the Canadian federalist original reading of the genesis and legitimacy of Canada as a pact between political elites and the Dominion « with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom »¹, the Quebec interpretation of the federal covenant as a bilateral agreement on which depend the conditions for the

¹ This opinion is summarised in its fundamental features by P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 2007. The foundation through a political elites covenant is emphasized by Tania Groppi, *Canada*, Bologna, 2006.

maintenance or dissolution of the covenant itself² and the more recent attempts to base the federal constitutional order exclusively on new and general shared values³.

The difference between these three perspectives has been well highlighted by the difficult search for a democratic and referendum path, through the two attempts to achieve independence, in 1981 and 1995⁴. The narrow margin of failure, in 1995, of the second of these tests – 50.6% against, 49.4% in favor – hinted at the possibility of a later relaunch of Quebec's sovereignty project. This plan seems nowadays to be in decline and in the next campaign for provincial and federal elections the question of sovereignty will apparently no longer be the focus of political debate.

If the political debate seems to be relatively cooled, the embers are still glowing on the judicial front, where the question of Quebec's political status is still not definitively settled. This concern has recently been brought to the forefront by the judgment of the Superior Court of Quebec regarding the Province's chances to preserve its future freedom of choice⁵. This matter becomes more and more interesting in the light of recent attempts of some European regions – Scotland and Catalonia – to exert their right of self-determination.

2. The background of the judicial dispute

Following the Quebec referendum for sovereignty in 1995, the Supreme Court of Canada issued his famous Advisory Opinion on the possibility of Quebec secession and the conditions under which it might take place. It essentially stated that a referendum vote answering a «clear question» and leading to a «clear majority» in favor of sovereignty would give the mandatory democratic legitimacy to the sovereigntist project: the Federal government, as well as that of the other Canadian provinces, would then have the obligation to enter into «good faith negotiations» with Quebec⁶. By this pronouncement «for the very first time in modern history, a national court considered the tough question of the legal characterization of secession by a federated unit (a province) within a democratic state»⁷, exercising an «irenic and political function, through legal analysis»⁸.

² Well exemplified in the historical narrative of J.-Y. Morin, J. Woerling, *Les Constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, vol. I, Montreal, 1994.

³ Cfr N. Wayne, *The Ideology of Shared Values: a Myopic Vision of Unity in the Multi-Nation State*, in J.H. Carens (ed.), *Is Quebec Nationalism Just? Perspectives from Anglophone Canada*, Montreal, 1995, 137-159.

⁴ R. Louvin, 1996, *Il Québec all'indomani della consultazione referendaria*, in *Diritto e Società*, 2001, 2, 271-282.

⁵ *Henderson v. Attorney General of Quebec*, 2018, QCCS, 1586.

⁶ *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. This statement is explored through the lens of constitutional theory by S. Choudhry, R. Howse, *Constitutional Theory and The Quebec Secession Reference* in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 13(2), 143-169 (2000).

⁷ S. Beaulac, F. Bérard, *The Law of Independence. Quebec, Montenegro, Kosovo, Scotland, Catalonia, Montréal*, Toronto, 2017.

⁸ V. Constantinesco, *Cour Suprême du Canada, Arrêt du 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec*, in *Civitas Europa*, 2 (1999).

The political response of federal authorities, provoked by the leverage effect of the Supreme Court's decision, took shape itself in 2000 by Bill C-20 which was intended to make explicit, from the perspective of the authorities in Ottawa, the «conditions of clarity» formulated by the Supreme Court of Canada in its Reference re Secession of Quebec. By the Clarity Act, the federal government intended to ensure that the question asked on the occasion of a possible third referendum on sovereignty was clear and, at the same time, to avoid the obligation to negotiate the secession of a province if the result of the referendum turned out to be doubtful: the goal was therefore «to identify in advance of any future referendum the circumstances which would trigger its constitutional duty to negotiate the secession of Quebec from Canada»⁹.

The right reserved by this Act for the federal Parliament to scrutinize the transparency of the referendum question to be submitted to the Quebec electorate¹⁰, as well as the attribution to the Parliament of Ottawa of the power to fix the requested majority, would obviously not please the provincial authorities¹¹.

The reaction to this «intrusion» in the internal affairs of the French-speaking Province led the Parliament of Quebec to react immediately, with a symmetrical and opposite law, the Bill 99, concerning the rights and prerogatives of Québec¹². The provincial government chaired at the time by Lucien Bouchard meant obviously to prevent outside federal intervention in the debate on Quebec's future¹³.

Therefore, this Act was essentially intended to legally affirm the right of the Quebec people to conceive by itself the way in which the referendum question about sovereignty would be formulated without any influence¹⁴, within the framework of rights implying the free choice of his own political system¹⁵. The

⁹ P. Dumberry, *The Secession Question in Quebec*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 370 (2015).

¹⁰ The House of Commons substantially recognized its own power to validate the text of the question which the provincial government intended to submit to its electors in the referendum on a secession project in order to «determine, by resolution, whether the question is clear»: Bill C-20, § 1.

¹¹ The House of Commons reserved in particular the right to consider: (a) the importance of the majority of valid votes cast in favor of the secession proposal; (b) the percentage of eligible citizens voting in the referendum; (c) any further factors or circumstances it considered relevant (Bill C-20, § 4).

¹² «An act respecting the exercise of the fundamental rights and prerogatives of the Québec people and the Québec state» (*Loi sur l'exercice des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*), RLRQ c. E-20.2.

¹³ Rejecting the «federal clarifying option», the Premier of Quebec clearly stated before his Parliament that «we do not collectively need a big brother... the government thus wants to prevent the federal Parliament from trying to substitute an unworthy stratagem for a fundamental rule of democracy (the process of consulting the people)» by establishing a new concept when a future referendum is held: the «floating majority»: *Assemblée nationale du Québec, Journal des débats*, 2000, December 7, 8577.

¹⁴ Bill 99, art. 1: «The right of the Québec people to self-determination is founded in fact and in law. The Québec people is the holder of rights that are universally recognized under the principle of equal rights and self-determination of peoples».

¹⁵ Bill 99, art. 2: «The Québec people has the inalienable right to freely decide the political regime and legal status of Québec».

right to secession would, therefore, be exercised by a simple majority (50% plus one) in a referendum vote¹⁶.

In order to prevent the danger of territorial mutilation by internal minorities, Bill 99 also affirmed the principle of Quebec's territorial integrity, while at the same time recognizing the rights of the English-speaking minority and the Native people within its territory¹⁷. The inalienable right of the Quebec people to freely choose their own political system and the legal status of Quebec would seem to imply, in provincial law, a kind of « unilaterality » in the choice of procedures and that the Quebec people could determine by themselves, through their political institutions, the modalities for attaining independence¹⁸.

On the basis of Bill 99, the *Assemblée Nationale du Québec* would to that effect derive its legitimacy solely from the will of the people living in its territory, expressed by the election of its deputies, by equal vote and secret ballot: a legitimacy that the provincial Parliament extends to referendums held under the Referendum Act that establishes the status of elector.

In the following years, with the intent of strengthening Quebec's constitutional foundations, the Premier of the Province, Pauline Marois, brought forward a new bill on October 2007, allowing the Quebec nation to express its identity through the drafting, for the first time, of a written Quebec constitution and the institution of Quebec citizenship¹⁹. Nevertheless, these projects were not followed up and the political debate on this subject gradually stalled.

¹⁶ Bill 99, art. 4: «When Québec people is consulted by way of a referendum under the Referendum Act, the winning option is the option that obtains a majority of the valid votes cast, namely 50 % of the valid votes cast plus one». In his opinion, requested by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the compatibility with applicable international standards of the existing legislation in Montenegro concerning the organisation of referendums, the Venice Commission considered on its side that «If a simple majority of those voting is not sufficient, there are two different kinds of possible majority requirements: (A) a rule requiring a qualified majority of those voting (that could be e.g. 55%, 60% or 65%); (B) a rule requiring that there must, in addition to a simple majority of those voting, also be a specified number of Yes votes (eg 35%, 40%, 45% or 50%) of the total national electorate»: Opinion n. 343/2005, § 29, 34: www.venice.coe.int. The Venice Commission also referred in its 'Opinion' to the Canada-Québec issue, stating that «While therefore the absence of any requirement of a specific level of support for a referendum on independence is not inconsistent with internationally recognized standards, the Commission emphasises that there are reasons for requiring a level higher than a simple majority of those voting, since this may be necessary to provide legitimacy for the outcome of a referendum».

¹⁷ Among the «other views to be considered» by the House of Commons, Bill C-20 specially mentioned «any formal statements or resolutions by the representatives of the Aboriginal peoples of Canada, especially those in the province whose government is proposing the referendum on secession, and any other views it considers to be relevant » (Bill 99, art. 5).

¹⁸ Bill 99, art. 5: «The Québec State derives its legitimacy from the will of the people inhabiting its territory. The will of the people is expressed through the election of Members to the National Assembly by universal suffrage, by secret ballot under the one person, one vote system pursuant to the Election Act (chapter E-3.3), and through referendums held pursuant to the Referendum Act. Qualification as an elector is governed by the provisions of the Election Act». The statement of this kind of "independence" is notably emphasized in art. 13 of Bill 99, which states that «No other parliament or government may reduce the powers, authority, sovereignty or legitimacy of the National Assembly, or impose constraint on the democratic will of the Québec people to determine its own future».

¹⁹ Bill 195, Québec Identity Act, sets forth measures to enable the Quebec nation to express its identity and provides for the drafting of a Quebec Constitution and the setting up of a select

If we compare Bill C-20 and Bill 99, we can easily observe that each of the parties are symmetrically motivated by the same fears and have the same goal: to prevent the antagonist from imposing the rules of procedure without having no longer any say in the matter. We need to place these two bills along the three-step path of the secession process: first, a break with the constitutional tacit prohibition of withdrawing from membership of a federation, then a compromise organized around specific and exceptional mechanisms and lastly but most importantly, the revolution involving in its essence a fundamental questioning of the old constitutional order²⁰.

3. A New Chapter in the Constitutional Series: Henderson v. Attorney General of Quebec

While the clashes were apparently calming down, in the aftermath of the second referendum, a judicial initiative by former Equality Party leader Keith Owen Henderson reignited the fires by challenging the constitutionality of Bill 99²¹.

After numerous dilations, the case finally came before the Superior Court of Quebec, a superior court also having jurisdiction in constitutional matters²². In its supervisory role, this Court ensures that the entity which adopted the law actually holds the legislative power granted by the Constitution, but also that the very content of the law is valid and respects the limits of Parliament's competence.

The Henderson allegations pointed out the conflict resulting from Bill 99 between the legislative proclamation of unilateral right of secession by the Quebec people and the procedural conditions for amending the Constitution of Canada. According to the applicant, Bill 99 produces effects far exceeding the internal constituent power attributed to the Province and therefore he contests the validity of articles 1 to 5 and article 13 of Bill 99.

The then Attorney General of Canada, Stephen Harper, joined the challenge to Bill 99, asking the Quebec Court to invalidate the provincial legislation by arguing, very schematically, that either Bill 99 meant nothing, or it had to be invalidated as unconstitutional.

The position of Quebecers was more articulated: the Attorney General of Quebec defended Bill 99 by invoking that it constituted just a solemn declaration of principles already affirmed and established in the past and that it really had no

parliamentary committee. On the same day, Daniel Turp, Member of the National Assembly, introduced Bill 196, "Quebec Constitution", in the provincial Parliament with the goal of enshrining in a new Quebec constitution the fundamental values of Quebec, which also define the criteria for supremacy of the Quebec Constitution, Quebec Constitution: cfr D. Turp, *Essais sur le droit du Québec de se doter de sa propre loi fondamentale*, 2013, Montreal.

²⁰ J.-P. Massias, *La réalité constitutionnelle du droit à la sécession*, in O. Lecucq (ed.), *Sécession et processus sécessionniste en droit international, européen et constitutionnel*, Paris, 19 (2017).

²¹ Keith Henderson launched his challenge to Bill 99 on behalf of The Special Committee for Canadian Unity, which was founded to defend before the courts "the rights of Canadians who reside in Quebec, whenever those rights are challenged or abrogated by the political adversaries of Canada or by those prepared to denigrate human dignity for their own sectarian purposes": cfr www.thespecialcommittee.com, last consulted July 2018.

²² The jurisdiction and organization of the Superior Court of Quebec is defined in Chapter T-16, Courts of Justice Act of Quebec.

legal scope. The *Société Saint-Jean-Baptiste*²³, intervening in the trial, considered on the contrary that the contested provisions of Bill 99 had a significant legal scope and were not merely declaratory, but likely to put a firm foothold in the endless constitutional debate on this subject.

The final decision was rendered on April 18, 2018, drafted by Justice Claude D'Almeida of the Superior Court of Québec²⁴. This sentence constitutionally validated Bill 99 in the provincial legal order, and rejected the conclusions formulated by Mr. Henderson: the National Assembly is finally held fully competent to rule on the matter and has in no way adopted provisions contrary to the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Bill 99, according to the Quebec Court, makes no reference to supposed «unilateral secession» or to some other kind of procedure excluding prior negotiations: its sole purpose is «to reiterate principles already existing in various Quebec statutes, for some, and, for others, at the very heart of the Quebec and Canadian political system, which are based on the principle of a democratic society, and it was also intended to bring these rights and principles together in a single, strong instrument whose ultimate purpose was to convey the message that we will paraphrase with the slogan *Maîtres chez nous* (Masters in our house)»²⁵.

It is to be noted that while the applicant announced promptly his intention to appeal the Quebec Court's decision, the Federal government declared to be satisfied with the Superior Court's decision and that it didn't intend to support Mr. Henderson's efforts.

4. The decision of the Superior Court

The Superior Court gives a balanced judgment in this affair²⁶.

In its lengthy contextualization of the origin of Bill 99, firstly endeavoring to determine provincial jurisdiction, the Judge recalls the matters falling within provincial jurisdiction in the case under consideration²⁷ and points out that they are to be considered and protected from possible interference²⁸. Quebec Court claims this way a kind of « principle of non-interference » prohibiting each level of government from directly or indirectly encroaching on the other²⁹. It thus consider the procedure for referendum vote an internal matter of the province, each member of the federation, within its own sphere of competence, remains

²³ The *Société Saint-Jean-Baptiste* is a very old militant association still active to promote and defend the rights of the nation born of New France.

²⁴ *Superior Court of Québec, Henderson v. Attorney General of Québec*.

²⁵ *Id.*, § 565.

²⁶ Stating, for the sake of precision, that « sections 1, 2, 3, 4, 5, and 13 of the Act respecting the exercise of the prerogatives of the people of Quebec and the State of Quebec, which the applicant contests, respect the Constitution and the Charter of Rights and Freedoms »: *Henderson v. Attorney General of Québec*, § 603.

²⁷ Constitution Act, 1867. Exclusive Powers of Provincial Legislatures concern the amendment of Quebec's internal constitution (s. 92, n. 1), civil rights in the province (s. 92, n. 13) and matters of a purely local or private nature specific to Quebec (s. 92, n. 16).

²⁸ 1867 Constitution Act, artt. 92, 92A, 93 and 95.

²⁹ *Henderson v. Attorney General of Québec*, § 288.

sovereign and is not subject to interference by others³⁰, on the condition, however, to not amend provisions essential to the implementation of the federal principle.

A possible change to the existing constitutional order requires the application of the Constitution Act, 1982, Part V, according to which the provincial initiative does not include the right to amend the Constitution unilaterally, nor to put others before the *fait accompli*. Justice Dallaire intends however to place Bill 99 within the framework and guidelines of an «internal sovereignty» crucial for the management of Quebec affairs³¹. The opinion of the Court of Québec is that within this perimeter nothing allows seceding unilaterally³².

Bill 99 is therefore not a tool dedicated to separate unilaterally from Canada and its purpose is just to reaffirm something that already exists³³. The judgment seems not to contradict the 1998 Advisory Opinion. The Quebec Judge follows the line of reasoning of the Ottawa judges, trying not to offer possibilities for an eventual future judgment of Canadian Supreme Court. Simple majority of votes is also held by the court to be valid as a general principle in the Canadian political system³⁴.

Concerning the use of expressions such as «Quebec people», «Quebec State» or «national State», the Court considers that their sense has to be contextualized, in their specific meaning related to the conditions of exercise of the « right to choose ». The referendum thus takes the same color of any other internal consultation process and therefore remains an internal matter³⁵. In this perspective, Bill 99 does not declare that Quebec would reach the status of a sovereign State³⁶. There is no pre-constitution of conditions of sovereignty by this Act and it is not a question of « supplying Quebec – the Court notes it by a very colorful sentence - with weapons to become an independent state, at any cost, in a cavalier manner, and without respecting the recipe that the Supreme Court had provided in its Advisory Opinion to raise the cake »³⁷. Not only the words used by the legislator, but also the words he does not use become relevant: the legislator has intentionally avoided using terms such as « secession », « unilateral » or « without prior negotiation » and if he has chosen not to use these keywords, we must properly consider that he did not intend to imply these consequences³⁸.

³⁰ Id, § 294.

³¹ Id, § 329.

³² Id, § 317.

³³ «The Quebec government has always pretended that a Quebec people existed, and it reaffirmed it in this Act which does not create this Quebec people and does not allow it to secede without first negotiating» ; id, § 348-349.

³⁴ The Supreme Court's jurisprudence offers the Quebec Court an important advantage. With respect to the majority required by Bill 99, there is a precedent set for other provinces: the rule according to which a simple majority of votes prevails is formally stated in British Columbia (Referendum act 16, s. 4.), Alberta (Constitutional referendum act 169, art 4 (1) and Newfoundland (Referendum act 170, s. 3.), necessarily producing a binding result everywhere without any illegality being noted on this subject by the Federal Supreme Court.

³⁵ Id, § 479.

³⁶ Id, § 368.

³⁷ Id, § 419.

³⁸ Id, § 568-569.

The mere fact of voting in favor of a secession project would not imply immediate legal effects, as established in the 1998 Advisory Opinion of the Supreme Court³⁹ by dividing this process into two phases. It will then be necessary to negotiate with the other members of the federation, and the path towards secession will inevitably involve the amendment of the federal Constitution⁴⁰. « To choose » means « to take something, preferably over another »: the « right to choose » is therefore not synonymous with « proclaim » or « declare » independence, so that a unilateral declaration of secession without prior negotiations still remains excluded⁴¹.

If the language globally used by the legislator of the province, just reiterating the legal principles he recognizes as foundations of Quebec democracy, seems shocking to someone, it is only « because he thought it important to add braces to the belt, just to get his message across well »⁴².

Justice Dallaire finally considers that nothing is written in Bill 99 that has not already been said and fully reiterated and that these rights and prerogatives are and continue to be exercised by the people and the State of Quebec, none of this going against the statements contained in the 1998 Supreme Court Advisory Opinion on Secession⁴³: Quebec remains firmly forced to negotiate its exit even if a popular vote is taken in favor of secession.

The statement contained in the Reference by the Federal Judge is deemed to be well respected: « it will be for the political actors to determine what constitutes “a clear majority on a clear question” in the circumstances under which a future referendum vote may be taken »⁴⁴. Federal and Provincial Government are one more time sent back face to face. The only firm point of the discussion is that in Canada, the « negotiating principle » is based on the need to combine the requirements of the expression of Democracy with those arising from other founding principles of the Constitution. It is nevertheless, at the same time, obvious that the two parties, on this particular subject, actually do not intend to negotiate.

5. Why do Canada and Quebec remain in a *cul-de-sac*?

A quick comparison with the main separatist events of the last few years explains well why, notwithstanding the flexibility of the Canadian constitutional system, the whole affair is permanently blocked. It is worth noting that this is not an isolated case. In the last three decades, a very large number of constitutions have

³⁹ *Id.*, § 447.

⁴⁰ *Id.*, § 453.

⁴¹ *Id.*, § 469.

⁴² *Id.*, § 543.

⁴³ *Id.*, § 571.

⁴⁴ *Reference re Secession of Quebec*, § 153. The Canadian supreme judges, as Quebec Court solemnly quotes, consider that « The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role ».

been adopted or challenged through the secession of parts of the territory of States. The importance and intensity of the phenomena of secession consequently require more and more attention from constitutionalists.

The opposing political forces often capitalize on the persistence of the clash and do not bow to a compromise, which would not be impossible, on the procedures to be put in place in case of a new referendum: the Catalan example is in this sense emblematic, even if, unlike Canada, Spain brings with it a heavy past of nationalism and violent centralism very different from the great North American state⁴⁵. The absolute Spanish legal and constitutional prohibition of secession clearly seems to be an instrumental extension of a statist ideology called upon to delegitimize a claim based on strong social and political reality.

The Canadian federal system remains a suitable framework and a fruitful matrix principle for future constitutional compromises⁴⁶, even if his emerging character of « post-national State » more than « binational State » makes that less obvious. The central point is to place the Quebecois affair in a process according to which Patriation Reference can be « highly predictive of broad patterns in constitutional litigation », according to « the modern approach to constitutional interpretation which views the Constitution as a constellation of shifting interests and allegiances »⁴⁷ and in the implicit idea that the unwritten constitutional principles of the Rule of Law and Constitutionalism have in the Supreme Court strong defender of the Canadian constitutional order⁴⁸.

The most successful path towards a reliable people's verdict accepted by both contenders on the dissolution of the constitutional bond is the Scottish one. The Edinburgh agreements⁴⁹ undoubtedly prove that loyal negotiation between the two parties can lead to effective and respected memoranda of understanding, avoiding conflicts and pretexts.

The example of New Caledonia, with its referendum scheduled for November 4, 2018 also highlights the importance of passing time as a key factor in reaching a decision in a peaceful context. The great lesson of the Noumea Agreements, strongly pursued by French Prime Minister Michel Rocard, confirm

⁴⁵ J. M. Castellà Andreu, *Catalan secession, between politics and law* in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 7, 177-178 (2012).

⁴⁶ As pointed out by E. Brouillet, *Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada: quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs* in *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 3 (2010), and J.-C. Mathieu, P. Taillon, *Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle*, in *McGill Law Journal*, 60, 4, 763 ss. (2015).

⁴⁷ C. Mathen, 2011, *The question calls for an answer, and I propose to answer it: the Patriation Reference as Constitutional Method*, in *The Supreme Court Law Review*, 54, 144 (2011).

⁴⁸ A.M. Dodek, *Courting Constitutional Danger: Constitutional Conventions and the Legacy of the Patriation Reference*, in *Supreme Court Law Review*, 54, 121 (2011). This role is analytically examined by G. Rolla (ed.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milan, 2008.

⁴⁹ 'Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland', Edinburgh, 15 October 2012. The Edinburgh Agreement, as well as the negotiations that led to its signature, represent a very special case of its kind: a compromise was reached, while the Scottish Prime Minister wanted a third option between the 'yes' and the 'no', allowing popular support for greater devolution to Scotland, the British government insisted on a strict binary choice between independence and Scotland's retention in the United Kingdom.

the importance of lengthening the time to take a considered and not impulsive decision about such a strategic choice as future independence or its possible refusing. A fair secession process requires specific temporality, which results in the imposition of a reasonable span of time between when the request is made and when the referendum takes place.

In short, the *feuilleton* of the Canada-Québec diatribe is far from over, even if at this moment there are no longer conditions of urgency for a definition of the framework of procedures in view of an eventual third round of Quebexit. Meanwhile, the question must be raised of developing, in constitutional law, a serious and reliable democratic theory of secession for a peaceful and bloodless solution to other future conflicts⁵⁰. While considering the exceptional character of these rules, their legitimacy depends on the fact that they must not make impossible for a population aspiring to separate from the old State to realize the option of independence. Fair procedural conditions should rather be seriously established, making the separation possible *a priori*, without resorting to sterile legalism and repressive rules.

⁵⁰ As suggested and theorized by I. Ruggiu, *Referendum and secession. The appeal to the people for independence in Scotland and Catalonia*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 36 (2016).

The Judicial Power in Canada: The Mirror of a Pluralistic Society

di Eleonora Ceccherini

Abstract: Il potere giudiziario in Canada come specchio di una società pluralistica – The article deals with the issue of the reflective judiciary in Canada. It especially looks at the composition of the Supreme Court. The Supreme Court Act provides that three judges must be appointed among judges or lawyers coming from Quebec and the essay tries to survey if the francophone judges reflect the interests of the community they belong to. In order to evaluate this perspective, the article checks if the three judges are used to jointly deliver dissenting opinions validating the hypothesis that they defend the Quebec identity. The results show a different attitude and thus we can conclude that the presence of francophone judges does not constitute a “francophone party”; it rather contributes to increase the confidence of Quebec people in the federal judiciary and moreover it assures expertise in civil law.

705

Keywords: Supreme court, judicial review, federal state, civil law, linguistic rights.

1. Biculturalism and Bijuralism: The Canadian “brand”

The study of the Canadian legal system has always awakened legal scholars' interests, both in the field of public and private law, for its significant peculiarities which appear at the institutional, political, social and economic level. Canada has a federal organisation and two legal systems coexist in its institutional framework: civil law, and common law; likewise, there are two official languages: French and English. Despite being an independent state with its own flag and its own constitutional system, the British monarch continues to be the Head of the State and the Queen is portrayed on Canadian dollars. From an economic perspective, there is a strong divergence between the Western Provinces, strongly exploiting natural resources, and the Eastern ones – specifically Ontario and Quebec – with a strong industrial vocation¹. It is necessary to add some further remarks to the Canadian “duality”: first, Aboriginal communities, occupying the territory before the arrival of European colonists, were recognized the status of Founding Peoples; second, the population is conspicuously composed of people who migrated in Canada more recently.

¹ P. Foucher, *La double dualité du Canada et ses conséquences juridiques*, in P. Thibault, B. Pelletier, L. Perret (eds.), *Les mélanges Gérard –A. Beaudoin. Les défis du constitutionalisme*, Cowansville, 2002, 163 ff.; G. Martinico, *La genesi “mista” dell’asimmetria canadese*, in G. Delle Donne, G. Martinico, L. Pierdominici (eds.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, 15 ff.

The choice of a federal asset is linked to the idea of keeping the Provinces autonomous, in order to limit the trend of decentralization resulting in the problematic coexistence of former French colonies and the Anglophone Dominion. The former French colonies are characterized by a civil law system, French as a common language and catholic religion, often invoked for nationalist purposes²; whereas the Anglophone Dominion is characterized by a system of common law, English as a common language, and Protestant origins³. The attempt to anglicise those territories (i.e. The Provinces of Quebec and New Brunswick) immediately failed. Consequently, the British Crown accepted and recognised the civil law system through the Quebec Act of 1774. This Act provided that the former could regulate civil and property rights according to civil law, while they had to conform to, the common law system for criminal law and all other matters⁴. Keeping the former civil law system implies using the language related to that system. With the approval of 1774 Act, a process of biculturalism and bijuralism was triggered. Such dualism would strongly influence the Canadian legal asset. Accepting two Founding Peoples and being aware of the impossibility to reduce to a one-single-reality the dualistic legal nature Canadian political establishment to allow Provinces to regulate relationships between individual, as well as to let Quebec to

² In the territories occupied by the French Crown, the civil law system is adopted: *la Compagnie des cents associés* – founded in Quebec – officially imported Paris custom in 1627, and from 1667 onwards – when the *Compagnie* is dissolved – local right gets directly borrowed as French law main source. In 1710, the British conquered the French colony of Acadia and deported the French, starting a process of Anglicization of this area. In this situation, apart from the French *enclave*, common law got imposed in the rest of Canada. The two colonizing processes are very different: the French had settled with commercial interests, and for this reason they had climbed up Saint Lawrence river with fur smugglers and missionaries, looking for new routes of communication; the British, instead, wanted to occupy lands for agricultural purposes and this is the reason why they were in a continuous spread. The Seven Years War (1756-1763) – whose core events took place in Europe – sees France and United Kingdom at odds, fighting for their colonial possessions. The results of the conflict were not favorable for France, which, with the Treaty of Paris of 1763, was forced to surrender the territory that, nowadays, corresponds to New France. Firstly, the United Kingdom tried to start a process of Anglicization, through Royal Proclamation, in 1763. Although this act recognized the self-government of colonies, it imposed the British law to all former French territories. However, this project was not carried out and French or Natives parties were allowed, through an act, to apply French law. In cases of legal controversies, a mixed composition of juries was required, depending on the linguistic affiliation of the involved parties. L. Bruti Liberati, L. Codignola, *Storia del Canada. Dal primo contatto fra Europei e indiani alle nuove influenze nel pensiero politico mondiale*, Milan-Florence, 2018, *passim*; F. Toriello, *La circolazione del modello inglese in Canada e il rapporto con la tradizione di civil law. Un contributo alla ricostruzione*, in G. Rolla (ed.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milan, 2008, 81 ff., M. Morin, *Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774*, in 44 *R.S.U.S.*, 259 (2014).

³ The causes of this coexistence depend on historical reasons: a part of the Canadian territory which was colonized by the French, has been surrendered to the British Crown with the Treaty of Paris in 1763.

⁴ The same Act allowed the use of French language, the right to practice Catholicism and the equal right to get access to public charges both for Anglophone and Francophone. A. Tremblay, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, 1967, 27 ff.

adopt civil law. This was officialised by the British North America Act (BNA) of 1867, which would give birth to the Dominion⁵.

However, this is not the end of frictions between Quebec and the Rest of Canada. Rather, they were even sharpened because the Provinces wanted to establish a federal system based on the equality among Provinces on one side, and on the other side, on the recognition of the status of distinct society to the French community. This dualism played a key role in shaping the history of Canada, as on the one hand the organization of public powers is justified by a *foedus*, which gathers all the territories for a question of efficiency of the system, and on the other hand such structure aims to maintain and guarantee the recognition of national identities⁶. Therefore, the Francophone nationalism is a recurring element in the political debate, and it cyclically reemerges in different occasions throughout Canadian history, fostering a division from an ethnic and linguistic (and no longer religious) point of view.

A crucial milestone, which turns the tension between the Francophone and Anglophone souls of Canada into a permanent feature of the system, is the so-called “Quiet Revolution”⁷.

In this context, the figure of Pierre Elliot Trudeau emerged on the political horizon. Trudeau promoted the political project to integrate all the identities which made up the country, which at this point were no longer limited to the traditional Francophone and Anglophone components.

To pursue the goal of integration, the Premier adopted the Multiculturalism Policy of Canada (1971) aimed at recognizing the cultural pluralism of the country; nonetheless the approval of the Charter of Rights and Freedoms in 1982 put a full stop to the “duopoly” held by the Francophone and Anglophone components. The political goal of the Charter of Rights and Freedoms was to foster the unity of Canada and build a national identity. Trudeau’s vision entailing a pan-Canadian federal nationalism was opposed to the

⁵ In 1841, the Act of Union came into effect: the two Provinces, the Lower Canada (Quebec) and the Upper Canada (Ontario) were merged to form a single Province; nonetheless, this Act did not achieve political stability and paved the way for the approval of British North America Act. Thereafter, in 1869, the Bay Hudson Company surrendered all the administrated territories (which would form, in the future, the Provinces of Manitoba, 1870, Alberta and Saskatchewan, 1905) to Dominion; in 1871, British Columbia joined Canada and in 1873, Prince Edward Island; in 1949, the Province of Newfoundland and Labrador joined the Federation. In 1975, Yukon and North-West Territories joined too; the third Territory, Nunavut, was founded in 1999.

⁶ Ph. Resnick, *Towards a Multinational Federalism: Asymmetrical and Confederal Alternatives*, in F. Leslie Seidle (ed.), *Seeking a New Canadian Partnership: Asymmetrical and Confederal Options*, Montréal, 1994. About this topic, under a comparative point of view: E. Fossas, *National Plurality and Equality*, in F. Requejo (ed.), *Democracy and National Pluralism*, London-New York, 2001, 63; G. La Forest, *What Canadian Federalism Means in Québec*, in 15 *Rev. const. st.*, 1 (2010).

⁷ This term refers to a series of events that took place in the period between the ‘60s and ‘70s, which is also characterised by some political, institutional and social reforms promoted by the Liberal Party of Quebec; J. Woehrling, *La constitution canadienne et l’évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais de 1867 à nos jours*, in *Rev. fran. dr. const.*, 195 (1992); F. Rocher, *The Quebec-Canada Dynamic or the Negation of the Ideal of Federalism*, in A.-G. Gagnon (ed.), *Contemporary Canadian Federalism*, Toronto, 2006, 81 f.

Francophone's one, which in turn had been exacerbated after the Quiet Revolution. However, the Canadian Premier's politics did not meet the favour of Quebec, which showed its distance from the political project by calling the direct democracy in 1980. On 20th May 1980, during the last stages of the approval of the Constitution Act, a popular consultation was called in order to legitimize the francophone Province government to negotiate its full sovereignty with the possibility to maintain economic and commercial relations with the Federation⁸. Quebec voters (representing 59.6% of the votes) were able to reject this hypothesis but there was no chance to concretely stop the Prime Minister's project, since he wanted to proceed unilaterally to the enactment of the Constitution Act, without the consent of the Provinces. Three of these, Quebec, Manitoba and New Foundland, first referred the issue to their Courts of Appeal for an advisory opinion and then to the Supreme Court. The latter expressed the existence of a constitutional convention, implying the duty to negotiate and obtain a substantial degree of provincial consent without the obligation to reach a unanimous decision. After this opinion, Premier Trudeau started again the negotiation process for Patriation. The consensus on his project grew with the exception of Quebec, which asked once again an advisory opinion to the Supreme Court on whether a unanimity decision was needed for any law affecting the responsibilities of Provinces and the right to veto by the Francophone party. The reference was only delivered after the definitive approval of the Constitution Act and held that, according to constitutional conventions Quebec was not empowered to block the process amending the British North America Act⁹.

In 1982, the Patriation resulted in a significant political success for Premier Trudeau and represented one of the most relevant achievements for Canadian constitutional law. Unfortunately, the constitutional process was not able to incorporate the francophone community, whose attempts to be recognized as a distinct society were frustrated¹⁰. Then, two further proposals of constitutional reform were issued: the Meech Lake Accord of 1987 and the Charlottetown Accord of 1992. They were meant to introduce some clauses recognising the *québécoise* speciality, but they were not finalised¹¹.

These further failures ended up reinforcing the nationalist ambitions of Quebec and in 1995, once again, the Provincial Government called a referendum for the secession of the Province. Votes in favour of keeping part of the Federation

⁸ As known, the results was not favorable to the secessionist claims but the francophone political élite called an another referendum in 1995 with the same purpose.

⁹ Renvoi: opposition à une resolution pour modifier la Constitution (1982) 2 RCS, 793. J. Robillard, *Constitutional Conventions: The Canadian Supreme Court's Views Reviewed*, in *Public Law*, 183 (1981); J.F. Gaudreault-Des Biens, *The "Principle of Federalism" and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References*, in *54 Supreme Court L. Rev.*, 77 (2011).

¹⁰ F. Lanchester, *La «Patriation» della Costituzione canadese: verso un nuovo federalismo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1983, 337 ff.; T. Groppi, *Federalismo e Costituzione*, Milan, 2001, 187; F. Astengo, *Il Quebec: storia di una specialità negata*, in G. Rolla (ed.), *Regimi giuridici speciali di autonomia delle comunità territoriali*, Milan, 2013, 143; J. Cameron, *Legality, Legitimacy and Constitutional Amendment in Canada*, in R. Albert, D. R. Cameron (eds.), *Canada in the World. Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge, 2018, 98.

¹¹ M. Bastarache, *L'Accord constitutionnel de 1987 et la protection des minorités francophones hors Québec*, in *34 McGill L. J.* 1, 119 (1988-1989).

slightly prevailed (49.42% yes, 50.58% no); hence the central government asked the Supreme Court for an advisory opinion concerning the legitimacy of a possible unilateral secession of Quebec. The court answered that firstly, the territorial and political separation would only be legitimate through an agreement between the Federation and Province (in other words, a unilaterally decision was not admissible), and, secondly, supreme principles of the Canadian system had to be respected. Such principles consisted of the rule of law, constitutionalism, federalism, democracy and protection of minorities¹².

The legislative follow-up to the advisory opinion was set forth in the Clarity Act, 2000: “An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference”. The Federal Act requires that Parliament preliminary states if the requires that the Parliament preliminary states if the question that people are asked to answer through the referendum is clear enough. After the referendum, the Parliament also has to assess whether the popular consultation resulted in a clear manifestation of will and whether there is an evident majority.

In the same year, in response to the Federal Act, the National Assembly of Quebec passed another act named: “An Act respecting the exercise of the fundamental rights and prerogatives of the Québec people and the Québec State”. This law states that Quebec can exercise its right to choose its political regime, including sovereignty, and that in a referendum the option obtaining is whichever obtains 50% + 1 of the votes must prevail¹³.

However, the francophone speciality has never received any formal recognition, apart from a small exception, i.e. a Parliamentary resolution of 22 November 2006 on proposal of Harper government stating that: «(...) que cette Chambre reconnaisse que les Québécoises et les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni»¹⁴.

The brief analysis presented above shows how Canada is a system seeking the balance between two cultures: particularly, the one considered as a minority aims at having a specific identity recognition at constitutional level within the Federation, and this could undermine reciprocal ties. Indeed, two additional

¹² G. Rolla, *Il referendum sulla sovranità del Quebec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1996, 3269; E. P. Mendes, *The Legacy of the Quebec Secession Reference Ruling in Canada and Internationally*, in G. Delledonne, G. Martinico (eds.), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, Cham, 2018, 9 ff.; J.-F. Gaudreault-DesBiens, *The Law and Politics of Secession: From the Political Contingency of Secession to a “Right to Decide”?* *Can Lessons Be Learned from the Quebec Case?*, in G. Delledonne, G. Martinico (eds.), *The Canadian Contribution*, cit., 33 ff.; R. Louvin, *The Relations between Canada and Quebec: An Appraisal* in this issue.

¹³ R. Louvin, *Quo vadis, Québec? Les rebondissements constitutionnels récents d'une revendication historique*, in O. Palusci, M. Casagrande, E. Ceccherini (eds.), *Canada in the Making*, Cambridge, 2018 (forthcoming).

¹⁴ Resolution of November 27th, 2017 2006 par 265 Debats de la Chambre des communes, 39^o parl, 1 re sess, vol. 141, n^o 84 on November 22nd, 2006 5197. About the relationship between the Premier Harper and Quebec, please see: G. Laforest, *Trust and Mistrust Between Harper and Québec*, in A. López-Basaguren, L. Escajedo San Epifanio (eds.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, vol. II, Berlin-Heidelberg, 2013, 341.

cleavages emerge: the former depends on the presence of First Nations, the latter is related to the numerous communities of immigrants.

2. Provincial and Legal Cultures Representation in the Supreme Court

Despite being a Federal State, Canada did not choose a two-tier jurisdiction. The judiciary is national but it is organized at a provincial level. The unitary choice is the result of a precise orientation carried out at the moment of the adoption of the BNA, because the Founding Fathers explicitly refused the United States two-tier model, considering it detrimental to correct and impartial application of justice. At the highest Canadian jurisdiction there is the Supreme Court, which, besides being a court of last instance, in 1982 also became a body carrying out judicial review of legislation¹⁵.

The choice of the selection process of judges, whose appointment is up to the executive, is the consequence of the British motherland's will considering it as an eligible mechanism to remove the judicial function from the influences of social communities in which the judicial bodies were located. During the debate on the BNA, no criticisms related to this option emerged, in the word of Sir Hector-Louis Langevin, who said in 1865: «by leaving these appointments to the Central Government, we are satisfied that the selection will be made from men of the highest order of qualifications, that the external and local pressure will not be so great, and the Government will be in a position to act more freely»¹⁶.

A specific analysis must be carried out in relation to the Supreme Court, a judicial body that underwent considerable transformation during the years.

In fact, looking at the legislative history of the British North America Act (BNA), it is possible to notice that the Founding Fathers were inclined to assign to a judicial body the task to solve the conflicts of competence between Federation and Provinces. On the one side, the U.S. model of the Supreme Court was very influential, on the other side Canadian Provinces, and especially Quebec, were reluctant to establish the Supreme Court given the representatives assemblies' loss of influence in respect of the judicial branch¹⁷.

At the beginning, the BNA stated that conflict between Federation and Provinces would have been solved through the power of disallowance. However this choice made the central government the real hub of the system. For this reason Provinces pushed in order to pass an act introducing a court of appeal pursuant to sec. 101 BNA¹⁸. The Parliament was favourable to this solution, otherwise only the provincial judicial branch would have been the arbiter of the

¹⁵ P.H. Russell, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*, Toronto, 1987.

¹⁶ Sir Hector-Louis Langevin, in *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 8th Prov. Parl. Of Canada, 3^d Sess. (16 February 1865) 387, quoted by C. Forcese, A. Freeman, *The Laws of Government. The Legal Foundation of Canadian Democracy*, Toronto, 2011, 249.

¹⁷ J. Smith, *The Origins of Judicial Review in Canada*, in T. Morton (ed.), *Law, Politics, and the Judicial Process*, cit., 433 ff.

¹⁸ Sec. 101 BNA: «The Parliament of Canada may, notwithstanding in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada (...)».

allocation of competences between Federation and Provinces. In this way the introduction of the court was interpreted like a pro-federation choice.

Therefore, the Supreme and Exchequer Act, 1875 was passed. It gave birth to the court of last resort in Canada¹⁹. The Bill was the result of a political bargain oriented to maintain the unity of the country and at the same time to recognize the differences between the two prevailing cultures. The body was made up of six judges, (five puisne judges and one chief justice) of whom two judges coming from Quebec. According to a custom two of them must come from Ontario and two from Maritimes Provinces. Thanks to the Act to Amend the Supreme Court Act, 1949, the court became the judge of last instance for Canada and acquired the current configuration. Its members are nine judges, including the chief justice, three of whom are entitled to Quebec; whilst a customary source provides that three of them have to come from Ontario, the other two judges from Western Provinces and eventually one from Atlantic Provinces. The appointments are made by the Governor General on behalf of the Minister of Justice, while the Chief Justice is appointed by the Prime Minister and according to the same custom he or she must be alternatively Anglophone or Francophone.

Differently from the appointment of members of other judicial bodies, the system of appointment to the Supreme Court still raises some criticism in relation to its effective capacity to help the government to select the most suitable candidates to this remarkable function. In fact, this method was criticized by legal scholars and politicians who claimed that also other state authorities should be vested with the power to appoint the Supreme Court judges²⁰.

The ongoing practice did not give birth to a common custom. Indeed, several solutions were followed. There have been not only unilateral appointments, but also designations that involved *ad hoc* parliamentary committees which included members of opposition parties who heard the candidate selected by the Government or who enlisted proper candidates presented to the Minister of Justice after consultation of judicial branch and of advocates of the interested Province²¹.

¹⁹ I. Bushnell, *Captive Court*, Montréal, 1992, 4 ff. Until 1949, Privy Council will be the last judicial instance for the Canadian Dominion; P.W. Hogg, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, in J. Goldworthy (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, New York, 2006, 55 ff.

²⁰ A. M. Dodeck, *Reforming the Supreme Court Appointment Process, 2004-2014: A Ten Year Democratic Audit*, in *Supreme Court L. Rev.*, 112 (2014).

²¹ M.A. Simonelli, Does judicial appointment process matter? *Il caso della Corte suprema canadese*, in *federalismi.it*, 5 (2016); R. Cairns Way, *Deliberate Disregard: Judicial Appointments under the Harper Government*, in 67 *Supreme Court L. Rev.*, 43 (2014); N. Vizioli, *Le nomine dei giudici della Corte suprema del Canada*, in M. Calamo Specchia (ed.), *Le Corti costituzionali: composizione, indipendenza, legittimazione*, Turin, 2011, 155 ff.; J. Ziegel, *Sélection au mérite et démocratisation des nominations à la Cour Suprême du Canada*, in 5 *Choix* 2, 6 (1999); D. Songer, *The Transformation of the Supreme Court of Canada*, Toronto, 2008, 14 f.; D. White, *Political Accountability in Appointments to the Supreme Court of Canada*, in 25 *Constitutional Forum Const.* 3, 109 (2016); G. Delledonne, *La designazione dei giudici della Corte suprema: osservazioni comparatistiche*, in G. Delledonne, G. Martinico, L. Pierdominici (eds.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione*, cit., 125 ff. The Premier Trudeau - in order to substitute the puisne justice Thomas Cromwel and the Chief Justice Beverly MacLachlin, - announced the constitution of an independent and non-partisan Advisory Board, which had

According to several pressure groups it would be advantageous to pass a bill which provides the popular election rather than governmental appointment²². For this purpose, a Standing Committee on Justice to Study the Process by which the Judges are appointed to courts of appeal and the Supreme Court of Canada was established in 2003. In the Committee's report, the majoritarian Liberal Party excluded the hypothesis of parliamentary hearings like in the U.S.A. or public interviews like in South Africa or parliamentary elections. It showed a certain favour for the obligation of the Minister of Justice to present himself to the Houses in order to justify and to defend his appointments and for the creation of a committee with the task to select a list made up of three to five candidates among whom the Minister would have had to choose one. After the selection, the Minister and the committee must be heard in the House of Commons. The committee had to represent as many interests as possible and to include federal and provincial government ministers, members of the judicial branch, advocates and people from civil society.

In contrast, the Bloc Québécois aspired to the provincial appointment. On the contrary, the Conservative Party opted for a parliamentary election whilst the New Democrats were favourable to parliamentary hearing of the Minister of Justice but before the final appointment.

The aim was to reduce the overwhelming power of government in the appointment process in order to avoid the danger of appointments made on the basis of political affinity with the government in charge rather than due to professional skills, thus impinging on autonomy and impartiality of judges²³.

In order to reduce the relationship between governmental majority and judicial branch – as noted above – proposals are oriented to a greater involvement of the elective bodies. However, it is clear that a counter-majoritarian role can be assured only if the vote regarding the individual designation, either *ante* or *post*, is assumed through qualified majority so as to involve the opposition parties. Otherwise an absolute or relative majority could propose again the political orientation of the majority, without increasing the legitimacy of the Supreme Court.

Shifting the appointment process within the parliamentary context could be a reply to the critiques about the lack of legitimization, which sometimes are raised against the Supreme Court. Moreover, such a choice could better safeguard the principle of sovereignty of Parliament which constitutes a fundamental principle of the Canadian legal system. This issue became very relevant after the

the task of identifying suitable candidates, submitting a short list of five individuals for consideration by the Prime Minister. This special system of appointment is based on openness, transparency and accountability. On October 28, 2016, Justin Trudeau announced the appointment of the Honourable Malcom Rowe and on December 18, 2017, the Prime Minister appointed the Honourable Sheilah Martin to the Supreme Court of Canada, while on December 12, 2017 he had elevated Justice Wagner as Chief justice.

²² In 2002, Environics pool reported two-thirds of Canadians favour the popular election of the Supreme Court Justices: F. L. Morton, *Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition*, in K. Malleon, P.H. Russell (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*, Toronto- Buffalo-London, 2006, 56.

²³ The prejudice was fired by the fact that before 1949, more than 50% of judges had served as member of legislative assemblies.

enactment of sec. 52 of the Constitution Act, 1982 that poses the Act at the top of the system of sources of law, while converting the Supreme Court into a constitutional judge. As noted above, legal scholars and politicians were sceptical about the prospect of creating an authority deprived of democratic legitimization which could strike down act of Parliaments, so to give rise to an era of judicial activism rather far from traditional Canadian history²⁴.

That is a very debated topic among Canadian legal scholars who believe that the judicial function can limit the autonomy of elected bodies. At the time of the enactment of the Charter of Rights and Freedoms, especially the Provinces argued that the codification of rights in a constitutional document and consequently its configuration as a parameter of constitutional review were inconsistent with the parliamentary system²⁵. The proceedings of the Joint Parliamentary Committee, which have taken place before the final enactment of the Charter of Rights and Freedoms, shed light on the risk that the function of Parliament and so of the supremacy of its acts, that is to say of statutory law, could be eroded by the judicial power.

The words of Sterling Lyon – Manitoba Prime Minister are a very good and striking example in this sense. He underlined that the guarantee of rights could be achieved more successfully through the elected assemblies rather than by «men albeit learned in the law, who are not necessary aware of everyday concerns of Canadians»²⁶. In sum, the introduction of judicial review was perceived as undemocratic²⁷, apart from the fact that the adoption of the Charter of Rights and Freedoms was an advancement in the protection of minorities, that wouldn't have reached easily the majority in the elected assemblies²⁸.

A scholar underlined that «all of these victories for underprivileged individuals and groups enhance, rather than undermine, the democratic character

²⁴ F.L. Morton, R. Knopff, *Charter Politics*, Scarborough, 1992; F.L. Morton, R. Knopff., *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, 2000, 149; C.P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto, 2001; N. Olivetti Rason, *La giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in *Giur. cost.*, 3238 (2003); J.B. Kelly, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers'*, Vancouver, 2005; B.L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, Toronto, 1983, 35 ff.

²⁵ I. Cotler, *Can the Center Hold? Federalism and Rights in Canada*, in E. Katz, G.A. Tarr (eds.), *Federalism and Rights*, Lanham, 1996, 174; F.L. Morton, R. Knopff, *The Charter Revolution*, cit., 149.

²⁶ Several Provincial Premiers showed their hostility towards the proposal of change of the Supreme Court in a judicial review court: A. Blakeney, the Premier of Saskatchewan and member of the New Democratic Party was worried about the possibility that social laws enacted could be quashed by the Supreme Court. E. McWhinney, *Dilemmas of Judicial Law-Making*, in P. Thibault, B. Pelletier, L. Perret (eds.), *Essays in Honour of Gérald A. Beaudoin*, cit., 326, ft. 47.

²⁷ F. L. Morton, R. Knopff, *The Charter Revolution*, cit., 150; F. L. Morton, R. Knopff (ed.), *Law, Politics and the Judicial Process*, cit., 571 f.; S. Gambino, *Federalismo, diritti, corti. Riflessioni introduttive a partire dall'esperienza canadese*, in S. Gambino, C. Amirante (eds.), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Padua, 2000, 33 ff.; R. Sharpe, *Judicial Activism: The Debate in Canada*, in C. Casonato (ed.), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, 2004, 11 ff.; C. Casonato, *Judges and Rights: Activism, Restraints, and Legitimacy*, in C. Casonato (ed.), *The Protection of Fundamental rights*, cit., 27 ff.

²⁸ P.W. Hogg, *The Charter Revolution: Is It Undemocratic?*, in 12 *Constitutional Forum*, 2 (2001-2002).

of our society. The fact that they were won in the courts rather than in the legislative arena does not make them less democratic»²⁹.

Concerns seem to be diminished – albeit not disappeared – for several reasons. Firstly, prominent authors have introduced the idea of a dialogue between courts and legislature³⁰, by building a collaborative relationship rather than a conflicting one. Secondly the Supreme Court have showed deference to the Legislative power, acting with self-restraint and modulating the retroactivity of decision invalidating laws concerning very delicate matters³¹. Lastly the judicial body has acquired legitimization from the public opinion³².

3. The judicial power in Canada: a reflective but even impartial and fair judiciary

Therefore, we can conclude that there is an increasing trend towards the incorporation, in the judicial power of members identified on the basis of socio-cultural and ethnic origins. This is a trend that is confirmed at the comparative level³³. Nevertheless, it is necessary to give the right weight to the specific groups in the Canadian mosaic. Furthermore, it seems important to understand whether *ad hoc* judges carry out their function of legitimacy of the judicial body or if they influence the body.

Starting from the first point, it is undisputable that the Canadian legal system relies upon a historic diarchy composed of Anglophone and Francophone communities. We have already explained the underlying reason of this union, given that, from the one side the Quebeckers claimed the recognition of the status of distinct society and, from the other side, the Anglophones made efforts to incorporate them into the institutional structure. The position of French origin citizens cannot be assimilated to the condition of an ordinary linguistic minority, because Canadian history and law recognize to Quebeckers the *status* of Founding People to the same extent as the Anglophone community. Quebec constitutes the core of the Canadian Federation. This is an undeniable element from the ancient

²⁹ R. Sigurdson, *Left- and Right-Wing Charterphobia in Canada: A Critique of the Critics*, in C. Leuprecht, P.H. Russell (eds.), *Essential Readings in Canadian Constitutional Politics*, Toronto, 2011, 402.

³⁰ The reference is to: P.W. Hogg, A.A. Bushell, *The Charter Dialogue between Court and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, in 35 *Osgoode Hall L. J.*, 75 (1997); P.W. Hogg, A.A. Bushell, W.K. Wright, *Charter Dialogue Revisited – or “Much Ado About Metaphors”*, in 45 *Osgoode Hall L. J.*, 1 (2007).

³¹ A case in point can be the decision *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 331, 2015 SCC 5 about the prohibition against physician-assisted dying, where the Court suspended its ruling for 12 months. See S. Rodriquez, *Tecniche di bilanciamento tra diritto alla vita e libertà personale: l'attivismo della Corte canadese e il dialogo con i giudici di Strasburgo*, in E. Ceccherini (ed.), *I diritti al tempo delle crisi. Nuove tecniche di ponderazione*, Naples, 2018, 205 ff.

³² The data of Angus Reid Institute show that 74% of Canadians declares their satisfaction for the decisions of the Supreme Court and that 61% of Canadians trust in the Supreme Court in parallel only 28% of the citizens trusts in the Parliament, see www.angusreid.org (15 August 2015).

³³ K. Nobbs, *International Benchmarks a Review of Minority Participation in the Judiciary*, in M. Weller (ed.), *Political Participation of Minorities*, Oxford, 2010, 589 ff.

time of its foundation. The debate for the approval of the British North America Act showed this point clearly.

We could mention the words of Hector Langevin who stated in Parliament that French Canadians were “separate people” and was afraid of the withdraw of French customs, uses and law. He was not the only deputy who even if favourable to the federation project expressed his concern about the possible assimilation of French Canadians to the predominant Anglophone culture.

The strong integrational compact explains the reasons for the creation of a unique and united Federation, which characterizes the institutional architecture of Canada, and has been reiterated throughout times by the Supreme Court. Very often the latter behaves as a guarantor of the francophone peculiarity in the Federation both in Quebec and outside of its borders.

In an important leading case which dates back to the ‘30s, the Court ruled: «Inasmuch as the Act embodies a compromise under which the original Provinces agreed to federate, it is important to keep in mind that the preservation of the rights of minorities was a condition on which such minorities entered into the federation, and the foundation upon which the whole structure was subsequently erected. The process of interpretation as the years go on ought not to be allowed to dim or to whittle down the provisions of the original contract upon which the federation was founded, nor is it legitimate that any judicial construction of the provisions of ss. 91 and 92 should impose a new and different contract upon the federating bodies»³⁴.

The guarantee of francophone culture in Canada has been recently restated in the reference for the Senate³⁵ where about the question concerning the removal of the real property requirement according to which Senators should own land worth at least \$ 4000 in the Province for which they are appointed. This requirement would violate sec. 23(3) Constitution Act, 1987 which allows Quebec

³⁴ *re The Regulation and Control of Aeronautics* (1932) A. C. 54 at 70. On this point, M. D. Behiels, *Canada's Francophone Minority Communities. Constitutional Renewal and the Winning of School Governance*, Montréal, 2004, X.

³⁵ Reference re Senate Reform, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704. On this reference see: P.E. Mendes, *Constitutional Options after the Supreme Court's Decision in Reference Re Senate Reform: Restoring Trust and Credibility through Senate Reform*, in 35 *NJCL* 1, 85 (2015); J. I. Colón-Ríos, A. C. Hutchinson, *Constitutionalizing the Senate: A Modest Democratic Proposal*, in 60 *McGill L. J.* 4, 599 (2014); A. Dodeck, *The Politics of the Senate Reform Reference: Fidelity, Frustration, and Federal Unilateralism*, in 60 *McGill L. J.* 4, 623 (2014) ff.; R. Albert, *Constitutional Amendment by Stealth*, *ibidem*, in 60 *McGill L. J.* 4, 673 (2014) ff.; Y. Danwood, *The Senate Reference. Constitutional Change and Democracy*, in 60 *McGill L. J.* 4, 737 (2014); C. Mathieu, P. Taillon, *Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle*, in 60 *McGill L. J.* 4, 763 (2014); N. Karazivan, *De la structure constitutionnelle dans le Renvoi relative au Sénat: vers une gestalt constitutionnelle?*, in 60 *McGill L. J.* 4, 793, (2014); K. Glover, *The Supreme Court in a Pluralistic World: Four Readings of a Reference*, in 60 *McGill L. J.* 4, 839 (2014); E. Macfarlane, *Unsteady Architecture: Ambiguity, the Senate Reference, and the Future of Constitutional Amendment in Canada*, in 60 *McGill L. J.* 4, 883 (2014); C. Cornell, *Reference re Senate Reform and the Supreme Court of Canada's Clarification of the Constitutional Procedure for Reforming the Canadian Parliament's Upper House*, in 20 *Law & Bus. Rev. Am.*, 451 (2014); E. Arban, *Current trends in Canadian federalism. Centripetal and Centrifugal Forces in Canadian Division of Powers*, in www.amministrazioneincammino.luiff.it/app/uploads/2010/08/Current-trends-in-Canadian-federalism1.pdf

senators not to reside in the electoral divisions for which they have been appointed. This provision constitutes an exception to the general rule applied to Quebec senators exclusively, who must have property in Quebec, albeit without being compelled to have their residence in the Province. On this issue, the Court pointed out the special arrangement reserved to Quebecers and ruled that the full repeal of the property requirement embodied in sec. 23(3) requires the consent of legislative assembly of Quebec, under the special arrangements procedure. This amending formula recognizes Quebec's veto power of and the privileged position of the Province in the constitutional framework.

The relevance of the Quebec position in the constitutional compact which gave the birth to the Federation was addressed in another reference of 2014 concerning the eligibility requirements for Quebec appointments³⁶. The reference is subdivided into two questions: the first one affects the fact whether a person who was at any time an advocate of at least ten years standing at the Barreau du Quebec was qualified for appointment under sec. 6 of the Supreme Court Act, 1985 given that the selection should be made «from among the advocates of that Province»; the second one refers to the possibility for the Parliament to enact ordinary statutes in order to interpret the requirement of sec. 6 of the Supreme Court Act, 1875.

716

The Court's majority opinion excluded that the general requirements encompassed in sec. 5 – which reserved the appointment to current judges of a superior court of a province, including the court of appeal, to former judges of such a court, to current barristers or advocates standing at the bar of the Province for at least 10 years – and to former barristers or advocates standing at least 10 years can be extended to the judges coming from Quebec.

The reason is included in sec. 6 of the same Act, which in its English version provided that at least three of the judges must be appointed among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or among the advocates of that Province. Sec. 6 narrows the array from four kinds of people who are eligible under sec. 5 to two groups who are eligible under sec. 6. The explanation of this differentiation is based on the need to assure to the Court the presence of civil law experts and to represent legal tradition and social values from Quebec to maintain Quebec's confidence in the supreme judicial body.

A distinct regulation is the result of the historic bargain which gave birth to the Act regulating the institution of the Supreme Court³⁷. It enshrines a symbolic significance and not only a technical one; it assures the permanent linkage between the judges and the French-Canadian society.

³⁶ Reference re Supreme Court Act, ff. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433. The reference was motivated by the appointment of Justice Nadon, a supernumerary judge of the Federal Court of Appeal and formerly, but not at the time of this appointment, a member of the Quebec bar of more ten years standings. His appointment was challenged before the Federal Court of Canada.

³⁷ P.H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, 1969.

In the reference, the legislative history of the Act demonstrates that the provision of *ad hoc* seats for judges coming from Quebec was aimed at implementing the trust in the new judicial body by Quebeckers.

The analysis of the Act helps understand that Quebec representation is not only linked to the necessity to have civil law skills but also constitutes a fundamental milestone of the constituent compromise that has led to the adoption of the British North America Act, which reshaped the Canadian dominion, so to turning it into a federal state.

The conclusions of the majority opinion were reached by adopting a literal and purposive analysis. The literal meaning was taken into account because the text of sec. 6 expressly requires the current membership of the Barreau du Québec or of the Court of Appeal or of the Superior Court of Québec while derogating from sec. 5 of the Act. The purpose of the provision was considered as well, because this piece of legislation represents the historic compromise that brought to Federation. It provides a French-Canadian quota of justices so as the court could have civil law training and could be trusted from by Québec citizens, while recognizing the special status of their Province. The enactment of an *ad hoc* provision for Quebeckers permitted to overcome all the criticism coming from provincial representatives and to increase the confidence in the new body.

In respect of the second question affecting the possibility for an ordinary statute to extend the general requirements embodied in sec. 5 and in sec. 6 of the Act, the court deemed that issues related to the Supreme Court, after the Patriation, have been attracted in the domain of constitutional sources of law specifically in Part V of the Constitution Act, 1982. Therefore any law amending the Supreme Court Act, 1875 must have constitutional rank although the Act regulating the composition and function of the Supreme Court was an ordinary statute. At the moment the judicial authority is a constitutional body and it said that its regulation was upgraded to constitutional level.

Even in this case, the genesis and context of the Act explains the characteristic of the accommodation between the two founding peoples who want to maintain the bijuralism of the Federation. This goal was present also in previous agreements reached before the enactment of the Constitution Act, 1982. For instance, in the April Accord, 1981, in which there is a confirmation of the intention to limit Parliament's unilateral authority to reform the Supreme Court so as to make it more difficult to modify the court's composition. Indeed, the amending formula for this part requires the unanimity and so the Québec's representation was given special constitutional protection.

The reference of the court *de facto* renders unalterable the constituent covenant that has institutionalized the diarchy between Anglophones and Francophones. Such agreement implies the duty to allocate *ad hoc* seats for Québec in order to strengthen the link between *societas* of the Province and the federal institution.

In fact, the primary goal does not seem to be the need to defend the interests of Québec through the Francophone representation but rather to legitimate the judgments of the court from Québec, due to its specific representation. In other

words, the outcomes of decisions less characterized by a pro-provincial approach (*rectius* pro-Quebec) would be legitimated because the judicial body incorporates a francophone representation and for this reason these decisions can be more easily endorsed³⁸.

Moreover, indicating the current professional activity – as a requirement for the appointment to the Supreme Court – guarantees the presence of skills in civil law, which is a fundamental feature of the Quebec identity. In this regard, the Honourable Justice Piere-Basile Mignault said: «for the people of Quebec, our civil law is our most precious asset after our religion and language. It is a legacy we have received from our fathers, to be maintained and passed on to future generations. It is our duty and responsibility to honour and preserve our civil law, to ensure the purity of its doctrine and keep it safe from any influence that would prevent it from being what it should be»³⁹.

This framework downscale the strength of the view according to which the francophone representation carries out its function of adjudication in a partial way and uncritically pro-Quebec. This conclusion could affect all of the other components of the court who, in any case, represent other provinces. In other terms, a francophone “faction” is not present in the Supreme Court and few dissenting opinions were delivered by the three French Canadian Justices in juxtaposition with the Anglophone majority.

Three exceptions to this general statement can be mentioned concerning cases that involve relevant matters: *Public Service Board v. Dionne*⁴⁰ and *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio Television Commission*⁴¹ relating culture and communication and *Quebec A.G. v. Canada*⁴². The first two decisions were delivered by the Supreme Court in 1978 and reaffirmed the full federal competence in the matter of television broadcasting either cable or wireless, leaving apart the legislative intervention of Provincial Legislatures, while the third one was recently issued after the enactment of Constitution Act, 1982.

The first two cases are meaningful since the opinions of all of the three French Canadians justices were strongly contrary to the majority opinion, stating that the cable tv matter was reserved to the Provinces. The dissenting judges did not agree with the idea according to which since wireless broadcasting is a

³⁸ R. Schertzer, *Quebec Justices as Quebec Representatives: National Minority Representation and the Supreme Court*, in 46 *Publius* 4, 539 (2016); P. Patenaude, *Le Québec et la Cour suprême*, in 14 *Alta L. Rev.*, 138 (1976).

³⁹ P.-B. Mignault, *L'avenir de notre droit civil*, in 56 *Revue de droit*, 116 (1922), the quotation comes from S. Morin, *Quebec: First Impressions Can Be Misleading*, in S. Farranm, E. Öricü, S.P. Donlan (eds.), *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended*, Dorchester, 2014, 169 always concerning the same topic: S. Normand, *Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: la sauvegarde de l'intégrité du droit civil*, in 32 *McGill L. J.*, 559 (1987); S. Normand, *Le code civil et l'identité*, in S. Lorie, N. Kasirer, J.-G. Belley (eds.), *Du Code civil du Québec: contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, 2005, 619 ff.; W. Tettley, *Mixed Jurisdictions. Common Law vs. Civil Law (codified and Uncodified)*, in 60 *Louisiana Law Review*, 677 (2000).

⁴⁰ *Public Service Board et al. v. Dionne et al.*, [1978] 2 S.C.R. 191.

⁴¹ *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio Television Commission* [1978] 2 S.C.R. 141.

⁴² *Quebec A.G. v. Canada*, [2015] 1 S.C.R. 693, 2015 SCC 14.

competence of the Federation, then, due to some attractive *vis* even the cable communication should be regulated by federal level. In the dissenting opinions, this interpretation was deemed to be in contrast with the sec. 92 of BNA⁴³, which would cover this kind of communication because it involves the landline telephone communication. The access of the Province to this competence beyond the economic interest – would have a strategic importance to build and maintain the distinctive values of francophone culture in a perspective of cultural protectionism⁴⁴. In consideration of the relevance of the issue, harsh comments were addressed against the opinion of the court, which was blamed of ignoring claims and requests made by Provinces.

This event compelled Chief Justice Bora Laskin to say that: «Judges are completely independent of any influences in their decisions (...) the source of our appointment in no way qualifies our independence. We have no duty to governments, no duty to litigants, except to apply the law according to our ability. I do not represent the federal government nor do I represent Ontario which is my home province I represent no one but myself. (...) I know of no better way to subvert our judicial system, no better way to destroy it than to give currency to the view that the Judiciary must be a representative agency»⁴⁵.

Nevertheless, friction factors relying upon provincial claims have decreased within the Supreme Court especially after the enactment of the Charter of Rights and Freedoms in 1982. Many commentators agree that the shift of function of the Supreme Court has changed its approach to legal reasoning too, in the sense that it aims at enhancing a cooperative federalism, rather than a conflicting one⁴⁶. In addition, data show that a centripetal movement of Canadian federalism is taking

⁴³ Sec. 92 (10) Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes: (a) Lines of Steam or other Ships, Railways, Roads, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province.

⁴⁴ On the topic of building a national identity through medias, see P.K. Kresl, *Come formare una cultura nazionale in un mondo senza confini*, in G. Rolla (ed.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milan, 2000, 277 ff.; K. Ross, P. Playdon (eds.), *Black Marks: Ethnic Minority and Media*, London, 2001, 33 ff.; B. Larsen, T. Tufte, *Is There a Ritual Going On? Exploring the Social Uses of the Media*, in I. Bandebjerg, H.K. Hastrup (eds.), *Sekvens, Yearbook 1999: Intertextuality and Visual Media*, Copenhagen, 1999, 181 f.

⁴⁵ The Ottawa Journal 23 1978 in https://www.newspapers.com/title_1188/the_ottawa_journal/ But see before: B. Laskin, *The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians*, in 29 *Can. Bar Rev.*, 1038 (1951).

⁴⁶ E. Brouillet, *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and its Effects on the Balance of Power*, in N. Ayrones, J. Kincaid (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists*, Toronto, 2017; C. Mathieu, P. Taillon, *Le fédéralisme comme principe matriciel*, cit., 763 ff.; J. Leclair, *The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity*, in J.-F. Gaudreault-Des Biens, F. Gélinas (eds.), *Le fédéralisme dans tous les États. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruxelles-Cowansville, 2005, 383 f.; G.-A. Beaudoin, *La Cour suprême et le fédéralisme canadien*, in E. Orban (ed.), *Fédéralisme et cours suprêmes*, Bruxelles-Montréal, 1991, 81 ff.. The web site of the Supreme Court regarding 2006-2016 data proves this statement.

⁴⁶ J.B. Kelly, *Judging the Judges; The Decline of Dissent in the Supreme Court's Charter Decisions*, in F.L. Morton (ed.), *Law, Politics*, cit., 560 ff.; D. Songer, *The Transformation of the Supreme Court*, cit., 203 f.; C. L'Heureux-Dubé, *The Dissenting Opinion: Voice of the Future*, in 38 *Osgoode Hall L. J.* 3, 495 (2000).

place⁴⁷ and that there is a reinforcement of collegial decision held at the unanimity⁴⁸. This statement is supported by an element: in cases in which matters that are very relevant to Quebec are debated, French Canadians justices did not adopt francophone sectarianism or embrace positions very close to separatist attitudes. On the contrary, opinions were delivered at unanimity and they witnessed that the judicial body generally showed unitary opinions lacking of nationalistic or partisan shades. Given this, bijuralism and territorial cleavages of the court do not hinder the creation of the κοινή which has been sometimes challenged by political institutions and civil society.

In recent years, it has not been possible to single out a francophone block which counterposes against the rest of Canada representatives with the exception of the case abovementioned: *Quebec A. G. v. Canada*. In fact, some reflections arise from a recent case where three justices from Quebec delivered a dissenting opinion, jointly with Justice Abella. The Province of Quebec challenged the constitutionality of sec. 29 of the *Ending Long Gun Register*, which imposed the destruction of all records hosted in a data base, which contained all the certificates for every arm acquired, transferred or possessed in Canada. Such database had been created by all Provinces effort. The Federal Act had been enacted by relying on the Federation's competence on criminal jurisdiction but Quebec objected it had the right to obtain the data regarding the territory of Quebec. The Attorney General of Quebec pointed out that the evolution of Canadian federalism is favorable to a flexible approach on the division of competences and the case should be solved through the principle of cooperative federalism. In addition, the federal act can affect a specific provincial matter, which is property and civil rights. Therefore a joint decision about this matter would be preferable⁴⁹.

It is not easy to determine if this case will be able to open a new phase in the relationship between Quebec and the rest of Canada, but, anyway, this judgment alone cannot frustrate the initial hypothesis about the impartiality and autonomy of the bench in a context of reflective judiciary at least in Canada. This statement

⁴⁷ F.L. Morton, *The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in 20 *Can. J. Pol. Sc.*, 44 (1987); M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, 1989, 36; E. Richez, *Losing Relevance: Quebec and the Constitutional Politics of Language*, in 52 *Osgoode Hall L. J.*, 1, 2014, 191; E. Brouillet, *The Supreme Court of Canada*, cit., 142; J. Woehrling, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Its Consequences for Political and Democratic Life and the Federal System*, in A.-G. Gagnon (ed.), *Contemporary Federalism*, cit., 235; A. Lajoie, *Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit: une entreprise irréalisable par la voie structurelle*, in J.-F. Gaudreault-Des Biens, F. Gélinas (eds.), *Le fédéralisme dans tous les États*, cit., 377 f.

⁴⁸ E. Mac Farlane, *Consensus and Unanimity at the Supreme Court of Canada*, in 52 *Supreme Court L. Rev.*, 379 (2010); D. Songer, J. Siripurapu, *The Unanimous Cases of the Supreme Court of Canada as Test of Attitudinal Model*, in 42 *Can. J. Pol. Sc.* 1, 2009, 87; P. McCormick, *Bias, Swarms, and Outliers: Conceptualizing Disagreement on the Modern Supreme Court of Canada*, in 42 *Osgoode Hall L. J.*, 107 (2004); P. McCormick, *The Choral Court: Separate Concurrence and the McLachlin Court 2000-2004*, in 37 *Ottawa L. Rev.* 1, 37 (2005); P. McCormick, "By the Court": *The Untold Story of a Canadian Judicial Innovation*, in 53 *Osgoode Hall L. Journ.* 3, 1048 (2016); C. L'Heureux-Dubé, *The Length and Plurality of Supreme Court of Canada Decisions*, in 28 *Alta L. Rev.* 3, 586 (1990).

⁴⁹ P. Daly, *Dismantling Regulatory Structures: Canada's Long-Gun Registry as Case Study*, in 33 *NJCL* 2, 169 (2014).

is based on the analysis of the dissenting opinions. When they were delivered by three Québécois justices, they would reveal a strong disagreement with the rest of the Anglophone-oriented judicial body, giving credit to the hypothesis of the existence of a “Francophone Justice party”; by contrast, the inexistence of a shared vision among the three French-Canadian Justices can be detected. It does not emerge, in fact, any “functional” and cultural bond of the Francophone Justices to the referring Province, rather a professional contribution to the *ius dicere* duty of the court. Therefore, their territorial provenience has the prevailing purpose to legitimize the jurisdictional activity of the whole court. In this context, pluralism of the Supreme Court reflects the heterogeneity of the Canadian society, but does not foster conflicts. The court is a neutral body that promotes a cooperative federalism. In fact, inspired by several cases related to meaningful topics such as the cultural and linguistic ones, the court did not hesitate to deliver solutions that were “not Quebec-oriented”. An interesting case that may be mentioned is *Ford v. Quebec*⁵⁰, which is relevant not only for issues related to language but also for the applicability of the notwithstanding clause of sec. 33 of Charter of Rights and Freedoms, that is the means by which Premier Pierre Elliot Trudeau achieved the consent to the Patriation process⁵¹.

Firstly, the decision in the Ford case was delivered at unanimity and so no ethnic-linguistic rift was arisen, although the matter was crucial for Quebec people. Secondly, the judgment is very important with respect to the applicability of sec. 33. The application of the clause to the Bill 101, which avoids the judicial review of legislation, is consistent with the purpose of the Charter. However, the court struck down sec. 58 and 69 of the Charter of French Language, which banned commercial signs written in language other than French, because these provisions were not consistent with the limitation clause of sec. 1 of the Charter of Rights and Freedoms. The evidences produced in the court about material facts

⁵⁰ *Ford v. Quebec* [1988] 2 S.C.R. 712. On this topic, see also the case *The King v. Dubois* [1935] S.C.R. 378.

⁵¹ Section 33: (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4). D. Newman, *Refractive and Prismatic Analysis in Implicit Comparative Constitutional Law* in this issue; P. Kaye, *The Notwithstanding Clause (Sec. 33 of the Charter of Rights and Freedoms)*, Toronto, 1992, 31 f.; P.H. Russell, *Standing Up for Notwithstanding*, in 29 *Alta L. Rev.* 2, 293 (1991); T. Kahana, *What Makes for a Good Use of the Notwithstanding Mechanism*, in 23 *Supreme Court L. Rev.*, 191 (2004); L. Weinrib, *Learning to live with the override*, in 35 *McGill L. J.*, 542 (1990); K. Roach, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, in 4 *Int'l J. Const. L.* 2, 347 (2006); J. Cameron, *The Charter's Legislative Override: Feat or Figment of the Constitutional Imagination?*, in 23 *Supreme Court L. Rev.*, 135 (2004); J. L. Hiebert, *Is it Too Late to Rehabilitate Canada's Notwithstanding Clause?*, in 23 *Supreme Court L. Rev.*, 169 (2004); S. Gardbaum *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, 2013, 97; R. Albert, *The Desuetude of the Notwithstanding Clause - and How to Revive It*, in *Boston College Law School Research paper* 425, 2016.

did not justify the limitation to freedom of expression imposed by ss. 58 and 69 of the Charter of the French Language. Despite the fact that the Quebec Government had the purpose to enhance the status of French language, the legislative intervention was neither necessary nor proportional. Yet the motivation of Quebec Government of Bill 101 made reference to the need of protecting the “*visage linguistique*”. Therefore, the override clause represented the tool aimed at recognizing Quebec speciality.

The idea that francophone justices in the court do not “represent” Quebec claims has emerged also in other significant cases. The 1998 Secession Reference was a case of high political relevance and the outcomes could be very detrimental for the federal pattern. The court unanimously that the secession of a portion of territory is legal, in theory, but must not be carried out unilaterally; a secession can happen only at the end of a negotiated path with the Federation and the other Provinces and after a popular consultation with a strong majority in favour of the project. Unilateral secession can be justified only in case of infringement of citizens’ rights and if democratic rules are violated. The court took a firm stance on this point, behaving again as a federal institution oriented towards the unity of the state. Judges stated that the federation is the most suitable institution to safeguard the cultural and ethnic minorities which form the majority within a specific province. In this way, the Supreme Court enhanced the protection of cultural diversity in a federal form of state⁵².

In the examined cases, the Supreme Court acts as the protector of Federation and of the competence of the Provinces, including Quebec, whose historic and cultural diversity is considered but not overexposed. The francophone justices deliver opinions in which the *Quebecois* peculiarity is highlighted and stressed but it is not used instrumentally against the Federation. In other words, Quebec is not recognised a special position. The Province does not have a veto power as argued in the Quebec veto Reference, where the all members of the court stated that Quebec can not enjoy a special treatment because the Federation is based on the equality of all its components. The Supreme Court reveals a neutral, or pan-canadian approach and data show the same attitude: looking at the judgments from 1982 to 2002 concerning the conflict between Federation and Provinces, 58.6% of its decisions have been in favour of Government of Ottawa and among these 75% involved Quebec.

⁵² D. Haljan, *Constitutionalising Secession*, Portland (Or), 2014, 325; S. Alvstad, *The Québec Secession Issue, with an Emphasis on the “Cultural” Side of Equation*, in 18 *Temple ICLJ*, 89 (2004); M. Dawson, *Reflections on the Opinion of the Supreme Court of Canada in the Québec Secession Reference*, in 11 *NJCL*, 5 (1999); P. Monahan, *The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada in Secession Reference*, 11 *NJCL*, 65 (1999); C. L. Ford, *In Search of the Qualitative Clear Majority: Democratic Experimentalism and the Québec Secession Reference*, in 39 *Alta L. Rev.* 2., 511 (2001); J. Leclair, *The Secession Reference. A Ruling in Search of a Nation*, in 34 *RJT*, 885 (2000); A. Bayefsky (ed.), *Self-determination in International Law: Québec and Lessons Learned*, Deventer, 2000; P. Dumberry, *The Secession Question in Quebec*, in *DPCE*, 2015, 357 ff.; K. Basta, *The State between Minority and Majority Nationalism: Decentralization, Symbolic Recognition and Secessionist Crises in Spain and in Canada*, in 48 *Publius* 1, 51 (2017); J.-F. Gaudreault-Des Biens, *Secession Blues: Some Legal and Political Challenges Facing the Independence Movement in Quebec*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 765.

Summing up the representation of Quebec in the court does not perform in favour of the Province. Its attitude seems to be aimed at building a connection between Federation and Quebec. They do not feel constrained by a constituent community and do not represent a particular part in the judicial decision-making process. They seem to have inclusive, and not adversarial, purposes.

This approach is not exempt from critics, especially by legal scholars who would be more favourable to a judicial activism pro-Quebec, promoting a more decentralized system of government⁵³. Not only, several critique have risen regarding interpretation issue of French legal texts, whose exegesis convey the common law influence⁵⁴.

4. Conclusion

In this chapter, we discussed the attempt of the Canadian constitutional system to incorporate the cultural and linguistic diversities in the judiciary. One more relevant point seems to be that there is an increasing interest in promoting the diversity in the judicial recruitment. This aspiration to manifest the diversity in judicial bodies is spreading. We can notice that sec. 2.13 of the Universal Declaration on the independence of Justice of Montréal in 1983 provides that: «the process and standards of judicial selection shall give due consideration to ensuring a fair reflection of the judiciary of the society in all its aspects»⁵⁵. In the same wake, the International Bar Association Code on Minimum Standards of Judicial Independence states that «The process and standards of judicial selection must insure fair representation of all social classes, ethnic and religious groups, ideological inclinations and where appropriate, geographical regions. The representation should be fit and not numerically or accurately proportional⁵⁶».

In the framework of the OCSE either the Declaration of Copenhagen (1990) or of Lund (1992) put the attention to the issue of participation of minorities in the administration of justice. Sec. 30 of the first one rules that: «The participating States recognize that the questions relating to national minorities can only be satisfactorily resolved in a democratic political framework based on the rule of law, with a functioning independent judiciary». At the same time the latter points out, in the chapter related to the participation in decision-making (point six), that:

⁵³ S. Ishiyama Smithey, *The Effect of the Canadian Supreme Court's Charter Interpretation on Regional and Intergovernmental Tensions in Canada*, in 26 *Publius* 2, 83 (1996); J.B. Kelly, M. Murphy, *Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada's Supreme Court as Meta-Political Actor*, in 35 *Publius* 2, 217 (2005).

⁵⁴ On this issue see, F. Coté, *Human Rights and the Judicial Subjugation of a Nation's Legal Language: A Case Study on the Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Dynamics of Québec Private Law*, in Y. Ning, J.-G. Turi, C. Le (eds.), *Law, Language and Justice*, Marietta (Ge), 2017, 141 ff.

⁵⁵ S. Shetreet, *The Doctrinal Reasoning for More Women Judges: The Principle of Reflective Judiciary*, in S. Shetreet (ed.), *Women in Law*, London-Cambridge, 1998, 190; S. Shetreet, *The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration*, in S. Shetreet, J. Deschênes (eds.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, 1985, 393 ff. The statement was strongly supported by African delegation where the topic of ethnic and tribal belonging is very relevant.

⁵⁶ S. Shetreet, *The Doctrinal Reasoning*, cit., 189.

«States should ensure that opportunities exist for minorities to have an effective voice at the level of the central government, including through special arrangements as necessary. These may include, depending upon the circumstances: special representation of national minorities, for example, (...) formal or informal understandings for allocating to members of national minorities (...) seats on the supreme or constitutional court or lower courts».

From this perspective, Canada has been a forerunner legal system. In fact, from the entry into force of the Supreme Court Act, 1875 onwards a legal quota for francophone judges has been reserved, leaving to the customary law the indication of the other seats which are reserved to the Provinces.

However, a greater attention towards the diversity in the judicial branch has moved to the lower courts, becoming a meaningful issue at political level. In 2016, the Minister of Justice declared that: «We know that our country is stronger, and our judicial system more effective, when our judges reflect Canada's diversity. As promised, we have filled the urgent judicial vacancies by drawing on a list of recommended candidates who are of the highest calibre and who are as diverse as Canada»⁵⁷.

The attention to this debate has increased in the last years and from a chronological point of view has involved the gender matter. It is worth to remember that only a strong pressure held by the National Action Committee on the Status of Women brought to the result of the appointment of Bertha Wilson, in 1982, as the first woman in the Supreme Court, after having been appointed as the first woman of the Court of Appeal of Ontario in 1975. In relation to the gender issue, an increase of female appointments in the federal courts can be seen as well: in the '80s, only 3% of judges were women, in 1990 the percentage increased to 10% and became 25% in 2002, currently 36% women belong to the federal bench⁵⁸. The Premier Brian Mulroney, in his first mandate between 1984 and 1988, appointed 17% of women. Among all, the appointments in the Supreme Court of Claire L'Heureux Dubé in 1987 and Beverly McLachlin in 1988 (who were appointed Chief Justice by Jean Chretien in 2000) must be included. At the Provincial level, the Ontario Judicial Appointments Advisory Committee, which was established in 1989, has promoted the appointments of women in its first six years of function, thus increasing the amount from 3% to 22% and selecting three justices belonging to First Nations, ten to visible minorities and even eight to French Canadians; Ontario was the first Province to appoint the first aboriginal, the first Eastern Asian and the first black woman judge⁵⁹.

At the Supreme Court level, it seems that a customary norm exists, providing that there have to be three women among its members, while on the contrary the representation of the other social components is weaker. However, several signals show a shift. Jean Chretien has appointed the first justice in the Supreme Court of Ukrainian origins, John Sopinka and the first of Italian

⁵⁷ The Honourable Jody Wilson-Raybould Minister of Justice and Attorney General of Canada news.gc.ca/web/article-en.do?nid=1086309 22th of July 2016.

⁵⁸ B. McLachlin, *Canada's Legal System at 150: Democracy and the Judiciary*, in <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2016-06-03-eng.aspx> 21st of June 2016.

⁵⁹ L. Morton, *Judicial Appointments in Post-Charter Canada*, cit., 70.

descendent, Frank Iacobucci too⁶⁰. Indeed, Justice Larry La Forme was appointed as the first aboriginal person to the Court of Appeal of Ontario in 2004. Justice Maurice Charbonneau has been the first black judge called to the Provincial Court of Ontario in 1969 and Justice Michael Tulloch was appointed to the Court of Appeal of Ontario in 2012.

It's obvious that the purpose of creating the judiciary as a mirror of the socio-cultural diversity is one of the most relevant aims of the Government, since pluralism existing in the society has been considered as a *quid pluris* to be enhanced, even in a field in which the function is exercised in the general interest of the community and not in accordance with a specific group interest. The extension of the mirror representation to all levels of judiciary is encompassed also in the guidelines of the Provincial Judicial Advisory Committees for the proposals of the judicial appointments⁶¹.

Diversity can increase judicial legitimization and reduce criticism about the lack of non-democratic origin of the judges. Cases involving delicate issues can be met with more public approval, and divisiveness can reach more easily an accommodation.

The survey showed that there is a perception of the existence of a *quid pluris* in the multifaceted composition of the judiciary. Firstly, there is a strengthening of the social cohesion and indirectly of democracy, which is distinguished rather by a project of inclusion than for one of alienation. By the way, how could the different groups trust in a judicial system which is not able to include the diversity of the population?⁶² The admission to the judicial career of members of communities who have been excluded in the past may only make the function of judging more plausible, which might enshrine distinct perspectives, and not solely those of the prevalent class.

After all, if it is true that we are living in a “judgeocracy” era, a realistic counterweight can be the full and active participation of minorities in the judicial function.

However, we cannot deny that the issue of reflective judiciary is controversial because it may collide with a milestone of the democratic system which connects itself to the constitutional traditions of judicial impartiality and independence. These outlines seem to be barriers to the implementation of diversities in the judiciary, but they can not be an excuse for a failure to implement

⁶⁰ L. Morton, *Judicial Appointments in Post-Charter Canada*, cit., 59 f.

⁶¹ «Along with this assessment of professional competence and overall merit, Committees must strive to create a pool of candidates that is gender-balanced and reflective of the diversity of each jurisdiction, including Indigenous peoples, persons with disabilities, and members of linguistic, ethnic and other minority communities, including those whose members' gender identity or sexual orientation differs from that of the majority. In doing so, Committees should give due consideration to all legal experience, including that outside of mainstream legal practice. Broad consultations by the Committees, and community involvement through these consultations are essential elements of the process». www.fja-cmf.gc.ca/appointments-nominations/committees-comites/guidelines-lignes-eng.html

⁶² J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971.

measures to enhance diversity, or at least, to prevent practises that reduce representativeness⁶³.

For instance, the entrenchment of Justices coming from the Provinces in the Supreme Court has not hindered the capacity of the judicial body to deliver impartial and reasonable decisions. As a consequence, the trust and the credibility in the Supreme Court have increased, producing an undeniable benefit for the whole legal system.

After exploring the jurisprudence of the court, we can affirm that the Francophone Justices perform their task with commitment and loyalty to the *ius dicere* rather than to their cultural and linguistic belonging. Nevertheless, their presence in the body has doubtless contributed to the nation-building process which sometimes is put to the test by political challenges

For this reason, both the 1987 Meech Lake Accord and the 1992 Charlottetown Accord advocated a reform in respect to appointments to the Supreme Court in the direction of reinforcing the Provincial and aboriginal representation within the body.

Specifically, Meech Lake Accord proposed amendments which entrenched Quebec's right to three judges on the Court and let every Province select a list of candidates to be appointed to the Court. Likewise, Charlottetown Accord established the so called "Canada clause" which entailed the recognition of Quebec as distinct society within Canada.

⁶³ F. Gélinas, *Judicial Independence in Canada. A Critical Overview*, in A. Seibr-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, 2012, 575.

Canadian Rights: A jurisprudential Canadian “Style”?

di Giuseppe Franco Ferrari

Abstract: Diritti canadese: uno “stile” giurisprudenziale canadese? – The essay starts off by analysing the stratified and mixed nature of the Canadian system of legal sources concerning rights before 1982. It then offers an overview of judicial adaptation to the new rigid source of protection of such rights, namely the Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms. It then addresses the influence of federalism on the interpretation of fundamental rights. With respect to this point, it argues that Federalism is in some way the preferred lens through which Canadian courts look at rights to decide their content, core, limits and to balance them against other rights or principles. Ultimately, it explores the techniques judges employed in interpreting fundamental rights upon the enactment of the Charter.

Keywords: Patriation, Canada, Federalism, Rights, Charter.

727

1. Some preliminary considerations

Until now the Italian public law scholarship has dedicated very limited attention to the Canadian legal system and in particular to the topic of rights. Only two volumes have been recently devoted to Canada, one of which in non-academic series¹. Canada, however, is often examined in comparative studies, mainly in the fields of federalism and multinational pluralism.

With regard to federalism, there has been interest for Canada when there have been prospective or concretely implemented reforms to the Italian system of regional government. For example, in the second half of the ‘90s the transfer of significant functions from the State to the local authorities, partially by-passing the Regions², stirred much attention towards the relationship between municipalities and intermediate entities in comparative perspective and, as a result, the Canadian provinces suddenly became an ideal subject for case-studies³.

¹ T. Groppi, *Canada*, Bologna, 2006; the other one is P. Petrillo, *Le istituzioni della libertà: esperienze costituzionali canadesi*, Padua, 2012. For earlier references, see also P.G. Lucifredi, *Primi lineamenti del sistema costituzionale canadese*, *Annali Università di Genova*, 1984-85, 384; S. Gambino, C. Amirante (eds.), *Il Canada, un laboratorio costituzionale. Federalismo, diritti, corti*, Padova, 2000. A translation of Canadian texts, mainly by J. Fremont (and others), is AA.VV., *L’ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997. On the occasion of the election of the Italian Constitutional Assembly, in 1946, a translation of Canadian statutes was published by the Ministry for the Assembly: P. Ruggeri Laderchi, *La costituzione canadese*, Florence, 1946.

² By the so-called Bassanini laws (L. 29/1997 and 127/1997).

³ The occasion for such articles was also the Québec referendum: see e.g. G. Rolla, *Il referendum sulla sovranità del Québec ed il futuro del Canada. Some constitutional paradoxes*, *Giur. cost.*, 1996, 3269; R. Louvin, *Il Québec all’indomani della consultazione referendaria*, *Dir. soc.*, 1996, 271; T. Groppi, *Concezioni della democrazia e della Costituzione nella decisione della Corte Suprema del Canada sulla secessione del Québec*, *Giur. Cost.*, 1998, 3057; G. Poggeschi, *Il diritto di secessione del Québec secondo la Corte Suprema del Canada*, *Le*

Something similar happened in the first decade of the new millennium after the constitutional reform of 2001⁴, when the allocation of powers between central State and Regions was changed with significant consequences in terms of constitutional litigation. Again the Canadian system, with its history from 1867 onwards, together with other comparative examples, returned to the spotlight⁵. Approximately in the same period, between 2001 and 2009, the need to implement the new art. 119 of the amended Italian Constitution yielded a certain amount of interest towards other important experiences of fiscal federalism, among which the Canadian one⁶.

With regard to multinational pluralism, the growing attention of public law scholars towards immigration, which throughout Europe, and particularly in Italy, can no longer be considered an everyday phenomenon, but has become an issue that is creating enormous problems in terms of temporary hospitality, asylum in alternative to expulsion or deportation, pressure on social services of all kinds, and possible integration, has led many authors to look at Canada as an example of peaceful coexistence between different ethnic and cultural entities and to remind the Canadian contribution to the international debate about the concept of community and its implications⁷. Unfortunately, however, it has become almost immediately evident that communitarian models elaborated in a context where ethnic groups of European descent live together in a confederation after having adjusted to each other along almost three centuries and having construed a cluster of legal mechanisms tested and tried out with extreme and enduring care are inapplicable to sudden and massive streams of immigration only marginally available to integration, moreover in social and political systems traditionally much less stable. Even leaving aside all considerations concerning the dimension of the territory and the size and density of the population⁸, comparisons of this sort shortly proved impossible.

Italian scholars have devoted much greater attention to Canada's system of rights, especially after the patriation of the constitution in 1982 and once again, more recently, around 2005⁹. The reason for this might be the increasing relevance

istit. del fed., 1998, 1173; E. Ceccherini, *Limiti di un federalismo senza la partecipazione delle Regioni: il dibattito sulla revisione del Titolo V e l'esperienza del Canada*, *Le Regioni*, 1998, 243.

⁴ Operated by Constitutional L. 3/2001.

⁵ See S. Gambino (Ed.), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, Milan, 2004.

⁶ See e.g. T.E. Frosini, P.L. Petrillo, *Il federalismo fiscale "decostituzionalizzato" canadese e la negoziazione tributaria tra livello federale e provinciale*, in G.F. Ferrari, *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, Rome, 2010, 355 ff. But see before G. Brosio, G. Pola, M. Rey, *La finanza locale dei principali Paesi occidentali*, Turin, 1979 and B. Dente, *Governare con il federalismo*, Turin, 1997.

⁷ See e.g. V. Baldini (ed.), *Multiculturalismo*, Padova, 2012.

⁸ Little more than 36 million persons on almost 10 million square kilometers against 60 million people in little more than 300.000 square kilometers, according to 2017 data.

⁹ See F. Lancaster, *La "Patriation" della Costituzione: verso un nuovo federalismo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 337-360; more recently, S. Gambino (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, Milano, 2004; G. Rolla (a cura di), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006; I. Spigno, *A comparative perspective on hate speech regulation: the emergence*

in the Italian legal literature of the dialogue between the Italian Constitutional Court and Court of Cassation and the Courts of Strasbourg and Luxembourg, which has occasionally caused tensions if not conflicts mainly on the ground of the protection of civil rights.

2. Mixed nature of the relevant sources in the protection of rights

A continental European public lawyer who approaches the Canadian system of rights is immediately impressed by the stratification of legal sources that one has to take into consideration when addressing the issue of the protection of rights. Almost all court decisions concerning rights of individuals or of groups have to take into account a complex system of legal sources, each source differing in terms of quality, age, force. As it usually occurs, the most recent legal sources enjoy the prerogative of supremacy, but their interaction with other sources is not that simple. The traditional, Kelsenian criteria that govern the systems of legal sources in the civil law countries, i.e. hierarchy, competence, and succession in time, are hardly applicable in a legal environment where the variety of sources is not easily amenable to a constitutional unification, capable of defining meaning and relative weight of each of them.

It is not surprising, therefore, that the most prominent handbooks of Canadian constitutional law start out by devoting a huge number of pages to the history of the country and its constitutional evolution¹⁰ describing the phases of this transformation in a quite analytical manner, which resembles the French manuals of *Institutions politiques et droit public*. That said, while French authors need to explain to their students the succession of eleven political regimes over a period of two hundred and thirty years before the present fifth Republic, Canadian professors have to introduce their readers to the unique blend that derives from past sources, the juxtaposition of which is the very essence of national constitutionalism and the core of all the doctrines debated by scholarship and case law.

The mix of sources that characterizes the Canadian legal system is so complex to confer on the Constitution of Canada some unique features, partially shared, for obvious historical reasons, only by Australia.

The common law blueprint has necessarily been paramount, though it was developed by British judges long before Canadian ones. Such a matrix has been fundamental in the elaboration of the attitude towards rights, both of individual and groups, including those of Aboriginal peoples. As far as the latter are concerned, even nowadays the Supreme Court of Canada often refers to the common law foundations of Aboriginal rights, when it has to decide on territorial

of the Canadian model, in *Interpreting Canada: new perspectives from Europe*, Canadian Studies in Europe, Milan-Brno-Toronto, 2012, 169 ff.

¹⁰ See e.g. P.J. Monaghan, B. Shaw, *Constitutional Law*, Toronto, 4th ed., 2013, Parts 2 and 3; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Ontario, 2017 Student Edition, chs. 1-6; The Constitutional Law Group, *Canadian Constitutional Law*, Toronto, 5th ed., 2017, Part II, Part IV, Part V, chs. 15 to 17; H. Brun, G. Tremblay, E. Brouillet, *Droit constitutionnel*, Cowansville, 6th ed., 2014, 75 ff.; 214 ff.

or collective rights of the First Nations¹¹, their right to self-government¹², their distinctive culture¹³, or even the special expectations of individuals¹⁴. The fiduciary nature of the relationship between such peoples and the Crown has been rediscovered independently of the 1982 patriation of the constitution.¹⁵ This means for the courts the duty of keeping a careful eye to the contact moment as a turning point for the extension of aboriginal rights and their possible limitations.

The common law tradition has also contributed to the introduction of the principle of the supremacy of Parliament (at the beginning only the British one, later the Imperial Parliament, after 1867 the Provincial Legislatures as well), together with the principle of judicial independence and the general criteria for the interpretation of statutes, including the classical presumptions in favor of rights, that also concern the way how the Executive and its public officials behave. The conventions of the constitution too started to be elaborated in this period.

Many important statutes also belong to the colonial period and gave a profound contribution to the structure of rights, for instance in the area of the privileges to be guaranteed to the French minority after the incorporation of New France into the possessions of the British Crown in 1763: examples include the Royal Proclamation of 1763, the Quebec Act of 1764, and the ill-fated Union Act of 1840, following the unhappy Report of Lord Durham.

The British North America Act 1867 shared the same formal nature and strength of the other ordinary statutes, although in fact it was the conclusion of two historical processes: at local level, the birth of new colonies, needing to be incorporated into a united political entity; at the global level, the growth of the British power and its transformation in an Empire, with the consequent necessity of reorganizing the colonies in a new and more stable form. The result was the conferral on Canada of the status of dominion and its transformation in a confederation. This meant, on one hand, that the British North America Act, though adopted at the end of a cooperative procedure in which the final will was obviously of the Westminster Imperial Parliament, had a substantial strength somehow different from that of former statutes concerning Canada: its preamble – perhaps in an attempt to flatter the Canadians or, vice versa, of the Canadian

¹¹ See *Connolly v Woolrich* (1867), 17 RJRQ 75 (QueSC), in the words of Monk J. Since *Calder v Attorney General of British Columbia* [1973] SCR 313, the legal source of aboriginal rights has been more commonly brought back common law traditions independently of the Royal Proclamation of 1763. Fishing rights, for instance, were the subject of *R v Sparrow* [1990] 1 SCR 1075 and of *Lax Kw'alaams Indian Band v Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 SCR 535.

¹² See e.g. *R v Pamajewon* [1996] 2 SCR 821.

¹³ See e.g. *R v Van der Peet* [1996] 2 SCR 507.

¹⁴ Such as in *R v Marshall* [1999] 3 SCR 456, concerning a possible right of fishing and selling eels without license as an aboriginal treaty right to be interpreted according to common law.

¹⁵ “On a plain meaning of the provision, s. 35(1) [of the Constitution Act, 1982] did not create aboriginal rights; rather, it accorded constitutional status to those rights which were “existing” in 1982”: *Delgamuukw v British Columbia* [1997] 3 SCR 1010[133]. See also *Guerin v The Queen* [1984] 2 SCR 335. In earlier years the “honour of the Crown” was used to describe the binding force of the agreements with Indians alike that of the treaty obligations: *Province of Ontario v Dominion of Canada and Province of Quebec; In Re Indian Claims* (1895), 25 SCR 434.

governments to please the sensitiveness of their mother-country, or, more probably, in an effort by both to distinguish the Canadian forms of State and government from those of the Southern neighbor - defined the Act a constitution “similar in principle to that of the United Kingdom”, while it was in fact much more sophisticated. It was not by chance that in 1982 it was finally renamed Constitution Act, 1867. On the other hand, by introducing a clear division of legislative powers between the provincial and the dominion levels, it forced judicial interpretation to confront with not too flexible rules governing normative competence, quite different from the familiar, supple and pliable common law principles. Above all, by conferring on the provincial legislatures the normative power concerning private property and civil rights, and local and private matters, that probably was aimed at reassuring Quebec about the survival of its civil law system, and on the dominion of Parliament the legislative power about criminal law and procedure, the Act operated a radical switch in the judicial and scholarly approaches to the interpretation of rights: since that moment the dominant problem in the construction of their core and of their limitations has become their position in the federal structure.

The British North America Act deserves at least two more short considerations. First, the protection of rights, together with the division of power between the two higher layers of government, were its main object, or at least the result turned out to be that one. No words were spent, for instance, on the form of government, presumably because the relationship with the homeland was naturally regulated according to the ongoing experience. Nor was the position of Canada in the international arena completely clear, in particular with reference to the treaty power: the Empire-dominion relationship probably did not want specifications. Second, the working out of the competence clauses and their application to rights were left with the Canadian Judiciary, but in fact the final word belonged to the Judicial Committee of the Privy Council, which had, along a span of time of about eighty years, a unique opportunity of construing and disseminating principles concerning the protection of rights in a federal system applying methods of reasoning typical of the common law. Which, among other things, allowed some otherwise obscure Law Lords such as Stankey, Watson and Haldane to conquer an immortal fame out of the Canadian case law.

Further stratification of legal sources witnesses and parallels the impervious road from the status of dominion to independence. Again a simple act of Parliament, the Statute of Westminster of 1931 did not have a direct impact on rights, but changed the hierarchy of written norms, abrogating the Colonial Laws Validity Act 1865¹⁶ and stating that no further Westminster legislation would be applicable to Canada unless approved under her request and consent. The Statute of Westminster represented another dividing line in terms of legal sources, marking the transition from fully hetero-directed legislation to a somewhat improper form of representation, however relevant the difference might have been for domestic judges and the Privy Council.

¹⁶ 28 & 29 Vict. C.63.

Finally, the Constitution Act 1982, again approved as an ordinary statute, completed the process of elimination of remnants of the colonial status by qualifying itself as the supreme law of Canada and declaring all laws inconsistent with it “of no force or effect”¹⁷, that is to say entrenching the new rules and consolidating a formal and formerly unknown hierarchy among written sources. The Constitution Act did have a direct impact on the protection of rights through the inclusion in its text of a real bill of rights¹⁸ and the recognition of the rights of aboriginal peoples¹⁹; it also had a further indirect effect on the regulation of rights through the adjustments in the division of power between Provincial legislatures and the national Parliament. Yet, its importance for the quality and strength of the guarantees offered to political, civil and economic rights lies in the fact of having made the system of sources closed and self-sufficient, and abolishing the appeals to the Privy Council dating back to 1949.

At that point of Canadian history, the system of legal sources had reached its final, comprehensive and exhaustive stage. All the modifications requested by Quebec failed to be incorporated and the demise of the Meech Lake Accord in 1987 and of the Charlottetown Accord in 1990 sealed it in its contemporary structure. As a result, the coexistence of different kinds of sources was defined. They just needed to be amalgamated, notwithstanding their variety²⁰. Some were customary and unwritten, such as common law and conventions of the constitution; some written and formal in the adoption procedure, such as Provincial and federal statutes. On top of the already mixed bunch of sources the Act of 1982 has put an entrenched statute²¹, though its rigid nature is tempered by the power of the Legislatures to resist judicial interpretation of a statute by confirming or modifying its meaning and refusing to share the opinion of courts²². In other words, supremacy of Parliament and supremacy of the Constitution itself now coexist in a quite original form, although the prevailing opinion of Canadian scholars is that the first one has been repudiated in favor of the second²³. In fact,

¹⁷ S 52.

¹⁸ Ss. 2-23.

¹⁹ S 35.

²⁰ Similar considerations in Royal Commission on Aboriginal Peoples, Report, vol.2, Ottawa, 1996, 188 ff.

²¹ The rules for amendment are codified in Part V of the Act.

²² The reference here is obviously to the “override” or “notwithstanding” clause, included in s 33 of the Charter, which allows provincial and federal legislatures to preserve a statute from the meaning judicially assigned to it and to preserve a different interpretation. It is well known that the Quebec government, that had not agreed to the adoption of the Charter, has made a standard use of this clause since the very first months after its entry into force, by having approved by the legislature, on June 23, 1982, a general clause insulating all former provincial statutes from the application of sections 2 and 2 to 15 of the Constitution Act and therefore from all federal judicial intervention declaring provincial provisions incompatible with the Charter. The same clause has been since then systematically included in later provincial statutes.

²³ See e.g. J B. Dickson, Keynote Address, in *The Cambridge Lectures*, 1985, 3 ff.; A. Cairns, *Charter Versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform*, Kingston, 1992, 12 ff. ; L.E. Weinrib, *Canada’s Charter of Rights: Paradigm Lost?*, 6 *Rev Const Stud* 119 ff (2002) also speaks of a “revolutionary transformation from legislative supremacy to constitutional supremacy”.

it is true that the inclusion of many rights, some of which awarded the special label of fundamental rights²⁴, in a statutory list means on one side their repatriation, in comparison with all former recognitions in texts approved during the condition of Dominion, before or after the Statute of Westminster, and on the other side their promotion to an entrenched status thanks to the new constitutional dimension. However, some specific limitations have been introduced so as to circumscribe judicial discretion in the interpretation of the statutory or administrative provisions concerning rights.

First, the so-called limitation clause of s 1 of the Charter authorizes and/or requires legislatures to introduce “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”²⁵. Such a provision has inevitably multiple effects: it introduces a kind of general “law reserve”, as it is named in continental Europe, in favor of Parliament and provincial legislatures in the regulation of the content of every right, which would be unnecessary in the absence of a written constitution; the room for statutory interventions, yet, is much wider than in the traditional formulation of contemporary, as well of old liberal, charters, because the provision does not refer to individual rights with a careful modulation according to the specific structure of each of them, but is deliberately construed in very general terms, applicable to all of them in a sweeping approach. It is also undeniable that by mentioning the reasonable nature of the limits as parameters of its validity or operability, it relies on the traditional common law discretion of the judge, and that by requiring the demonstration of the justifications, it clearly puts the onus of the proof on the government; furthermore, by making reference to free and democratic societies as models for standard limitations, it opens the way to the use by judges of the comparative argument or at least to some kind of internationalization of the problem, should the national or local legislative choice be too penalizing for the core content of a right. And it is well known how controversial this prerogative has been and still is in the evolution of the case law of the U.S. Supreme Court.

Second, the notwithstanding clause affords Parliament and the legislatures a comfortable and flexible solution in order to reassert their primacy over the regulation of rights and over the Judiciary itself. Such measures necessarily presuppose a previous radical stance by the Supreme Court of Canada, but it will be always clear to the Judiciary that it is not going to have the final interpretive word, it is not going to be the only trustee in the construction of statutes, which can induce moderation and reduce political disagreement by the Courts, somehow preventing or at least abating all traces of the counter-majoritarian argument.

To the eyes of a European continental lawyer it is evident that the 1982 solution has been a compromise between different and more extreme solutions. The British heritage could not be totally set aside, though already diluted by the elimination of the appeal to the Judicial Committee of the Privy Council and by the strong post-war immigration flux. Patriating rights responded both to the

²⁴ S 2 of the Charter.

²⁵ In detail see e.g. J. Hiebert, *The Evolution of the Limitation Clause*, 28 *Osgoode L.J.* 103 (1990).

international diffusion of declarations of rights, some of which Canada had already subscribed²⁶ and that were echoed by a certain number of provincial declarations, and to some centrifugal forces which eventually needed a complete reassessment. A solution completely adherent to the U.S. model, with its rigidity and the exposition of the whole institutional system to harsh tensions between Legislative and Judiciary, was deemed unacceptable. Furthermore, some tactical interplay between the Liberal and Conservative Parties added fuel to the discussion, gradually converting it into a constitutional reform program. The result could not be achieved without a political and legal compromise. The statements made in the following years by scholars of all ideological tendencies about the significance, the effects, and even the legitimacy of the Charter, confirm this assessment. Some authors criticized its supposedly regressive nature, due to the absolute lack of social rights and to the absolute preference for negative rights even in the definition of the area of fundamentality; the very idea of leaving with the courts the task of improving the defense of rights with preference on legislation, rendering the condition of the disadvantaged more unfavorable, seemed outrageous to some of them²⁷; other critics were concerned with the triggering of a possible judicial activism in the American fashion²⁸. Others appreciated the new opportunities for individuals and groups of vindicating their rights, the shifting of the pivotal role in the protection of rights from civil servants and executive federalism to the interaction between legislatures and judges, and the creation of new identities, among them gender²⁹. A more thoughtful position³⁰ interpreted the compromise as an institutional dialogue, between courts and legislatures, assuming various features. Kent Roach³¹ seems to accede to the compromise theory when he credits the Charter of having created a “fertile and democratic middle ground between the extremes of unfettered legislative and judicial supremacy”. In order to stress the intermediate nature of the Canadian machinery, one must add that the symmetrical application of the Charter provisions to Confederation and Provinces, together with the identification of fundamental rights in s 2, prevents any selective procedure of the American kind in order to

²⁶ See e.g. P. Russell, *The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 61 *Can Bar Rev* 30 (1983).

²⁷ See e.g. A. Petter, *Immaculate Deception: The Charter’s Hidden Agenda*, 45 *Advocate* 857 ff. (1987).

²⁸ Like T. Morton, R. Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Ont., 2000.

²⁹ See e.g. W. A. Bogart, *Courts and Country*, Toronto, 1994, 256 ff. The new category is actually contemplated in s 228 of the Charter.

³⁰ P.W. Hogg, A.A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)*, 35 *Osgoode Hall L.J.* 75 (1997); later the same authors corroborated their ideas through integrative data concerning the next ten years: *Charter Dialogue Revisited: Or “Much Ado about Metaphors”*, 45 *Osgoode Hall L.J.* 1 (2007).

³¹ *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, 2016.

incorporate preferred rights, that would pave the way to a much greater discretion by the Courts³².

The halfway house between the smooth British tradition and the conflictual U.S. solution has introduced a unique blend and order of sources, whose interaction may have unsuspected outputs. Therefore, Dicey, Jennings³³ and Kelsen somehow must go hand in hand, and the amalgam is committed to the Judiciary.

Judges trained in the typical common law perspective had to partially convert to the judicial review of statutes, though knowing to have at least, in case of inevitable short circuits caused by contrasts between ordinary statutes and the Constitution, an escape through a loophole³⁴, a way out incorporated in the constitutional framework.

Their approach has been facilitated by former habits, as is typical of legal systems where stability and change are strictly intertwined. The Canadian constitutional reform of 1982, in fact, did not take place in a revolutionary context or in some other dramatic historical cleavage, as usually happened with the adoption of the most famous bills of rights, from the Glorious Revolution to the French Declaration of 1789, from the Universal Declaration to the European Charter of Human Rights. The Canadian Charter was approved, in the absence of any serious institutional turmoil, at the conclusion of a long and reasoned itinerary, carefully designed to give birth to a new age of the Confederation, in which the “unity in the diversity” formula was intended to survive under different and renewed clothes. It has been conceived under the banner of continuity, in order to create a new citizenship though following, bringing out and possibly improving the national tradition of regard towards community values and individual rights. In other words, it has been the last (by now) step in a process of nation-building that has gradually transformed separate colonies into a federal state. Such a progress could not be completed without the adhesion to constitutionalism, whose very nature implies not only the repatriation of rights, but also, and may be above all, the incorporation of rights of citizens and powers of the public entities, in this case Confederation and Provinces, in the same legal document, as the original Bill of rights taught the world to do, and strictly linking the first ones to constraints on the seconds³⁵. From this point of view the Charter could be considered simply as an instrument of introduction of additional and more sophisticated safeguards for freedoms and human rights against governmental interference, in an unprecedented strict combination between rule of law, whatever it might have meant before, and primacy of the Constitution. However, if one wants to call this

³² It is not necessary here to describe the whole story of this celebrated chapter of American constitutional doctrine: see e.g. H.J. Abraham, B. A. Perry, *Freedom and the Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Lawrence, Kansas, 8th ed., 2003.

³³ Properly cited by Beetz J in *Dupond v City of Montreal et al* [1978] 2 SCR 770, par IV.

³⁴ In the words of L. Weinrib, *The Notwithstanding Clause: The Loophole Cementing the Charter*, XXVI *Cité Libre* 47 (1998).

³⁵ This proposition has been perfectly assimilated by the Canadian Judiciary: see mostly *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217 46-48.

new hybrid blueprint, it is much closer to modern constitutionalism than anything before in Canada.

Coming back to the task of the courts after 1982, it might have been facilitated by former experience. First of all, immediately after 1867 they had to confront with the brand new division of powers between Dominion and Provinces, and legal historians tell that the political battle was fought in terms of provincial rights versus centralizing trends³⁶ and that individual and group rights began to be analyzed in that tune. And with extreme precocity the Canadian courts, soon followed by the Privy Council in appeal, started to measure the legitimacy of provincial and Dominion statutes against the yardstick of the British North America Act, assuming that it had been approved by the Imperial Parliament, whose legislative supremacy was the pillar of the new constitutional framework and was impossible to conciliate with inconsistent or defying acts of any nature. Justice William J. Ritchie is assumed to have been the pioneer and promoter of this method of judicial review of legislation³⁷.

There had already been, therefore, a long-standing tradition of judicial engagement in the protection of rights through some kind of judicial review. The strangest thing, to European eyes, is that such a doctrinal trend was led or at least presided over by the highest judicial body of the entire worldwide common law system. Contemporary authors were conscious and sometimes critical of this tendency and of its interpretive manner³⁸ -we should say style³⁹-, randomly lamenting that the courts had favored a huge transformation of Canadian constitutional law, turning it away from the original intention of the framers.

It is correct to state that there has been no sudden page turning on April 17, 1982. The Canadian Court and, before 1949, the Privy Council were already accustomed to a mix of sources and did know how to manoeuvre and get by. The permanent tangle between rights and federalism might have contributed to make Canadian judges used to manage different and heterogeneous sources and to train them to have to deal with a sort of higher law background, totally missing in a pure British democracy. Common law and federalism, in the absence of a written constitution, already were an unusual blend, imposing on judges the function of stating whether the Dominion and the Provinces, when legislating on aboriginal rights, were interfering with common law expectations according to British North America Act parameters, specifically s 91(24) for the Dominion. A similar task had to be carried out with reference to individual and groups others than the aboriginal peoples, whose rights had to be shielded against interferences by public powers, having care to patrol the periphery of the legislative powers assigned, respectively, to Provinces, for instance by ss 92(13), 92(16) and 93 and to the Dominion. The

³⁶ See e.g. R. Risk, R. C. Vipond, *Rights Talk in Canada and Right Feeling of the People*, 14 *L & Hist Rev* 1 (1996).

³⁷ See *The Constitutional Law Group, Canadian Constitutional Law*, cit., ch. 4, and the references *ibidem*, 85 ff.

³⁸ See e.g. H.A. Smith, *The Residue of Power of Canada*, 4 *Can Bar Rev* 432 (1926), quoted by *The Constitutional Law Group, Canadian Constitutional Law*, cit., 139 ff.

³⁹ This terminology mounts back to K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht*, Tübingen, 3.Auf., 1996.

instruments available for such a work were inevitably a mix of federal norms and the typical common law presumptions in favor of individual rights against excessive public regulations, amenable to the rule of law⁴⁰. In other words, it is not improper, when describing the pre-Charter era and its combination of interpretive instruments before the formal codification and entrenchment of rights, to talk of a common law constitution, or of an implied bill of rights⁴¹.

2.1. Its consequences on the methods of interpretation of rights

The main assumption of this paragraph is that the stratified and mixed nature of the Canadian system of legal sources before 1982 was of great help to the Judiciary in facing the new and theoretically risky venture of assimilating an entrenched statute, where rights and freedoms did occupy a central position, into the existing framework. In some areas, it simply had to stick to former approaches and adapt them to the superimposed, more “rigid” parameter. In others, the job was more exacting: unfamiliar concepts had been introduced, such as the basic or fundamental nature of some rights or gender as a suspect classification criterion; or the need to resort more extensively or frequently to reasoning methods, such as the structural one which is more congenial to constitutional law because of its reliance on elements of the constitutional texture and less adherent to facts, or the historical one, that is in theory barred to common lawyers but that at the beginning of the ‘80s were starting to find audience in the U.S. case law. In all cases, the Canadian judges followed a line of continuity. The attitude to reasoning in terms of principles was not unknown; the preference for flexibility was innate and had had to be put into operation after 1867 in order to trace a reasonable dividing line between Dominion and Provinces. Therefore, the assimilation of the constitutional regime has not been too hard.

Between 1985⁴² and 1988⁴³ the Supreme Court fully digested the idea that some underlying or implicit principles compose the basic structure of the Constitution as unwritten postulates. They assist in the interpretation of the text, far from dispensing with it⁴⁴, and are “essential for the ongoing process of constitutional development and evolution of our Constitution”⁴⁵. Featuring the Constitution as a “living tree”, however, mounted back to another fabled case decided by the Privy Council in 1930⁴⁶. Principles such as federalism, democracy, separation of powers, protection of minorities, judicial independence, have been carved out of the basic constitutional structure but have also been linked to the preamble and the texture of the British North America Act as an antecedent. Thus,

⁴⁰ As a typical example of this reasoning constitutional law handbooks usually quote *Roncarelli v Duplessis* [1959] SCR 121, where the revocation of a license to sell liquor by a local commission under pressure by the Governor of a Province was declared liable to damages due since discretion can never be absolute but necessarily implies good faith.

⁴¹ See again *The Constitutional Law Group, Canadian Constitutional Law*, cit., 698, 709 ss.

⁴² *Reference Re Manitoba Language Rights* [1985] 1 SCR 721, 750.

⁴³ *Reference Re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217, 50 ff.

⁴⁴ *Reference Re Provincial Court Judges* [1997] 3 SCR 3 93.

⁴⁵ *Reference Re Secession of Quebec*, cit., 52.

⁴⁶ *Edwards v Attorney-General for Canada* [1930] AC 124 (PC).

tradition and change are once again intertwined. This connection also works in the carrying out of judicial review according to s 52(1) of the Constitution Act, 1982 and s 24 (1) of the Charter, in order to declare provincial or Dominion statutes unconstitutional, although this practice is described as long-standing too⁴⁷, albeit in the absence of a case such as *Marbury v. Madison*. Even more noteworthy, the rule of law itself is put forward as a constitutional principle and used as such, thus completing the amalgamation effort⁴⁸.

Flexibility in the interpretation of constitutional principles, which is typical of constitutional and supreme courts in legal systems with entrenched “rigid” constitutions, has been growing in Canadian jurisprudence after 1982, but it was far from absent before that turning point. The number of areas where it has been displayed is impressive.

All doctrines applied by courts in the interpretation of the division of power between Confederation and Provinces enjoy a measure of wide discretion, that has probably increased over time. For instance, the “pith and substance” doctrine, used in order to check whether the matter to which a piece of legislation refers validly belongs to the exclusive jurisdiction of one of the levels of government where the legislative power is allocated, was conceived mainly with respect to ss 91 and 92 of the British North America Act, well before 1982⁴⁹, but has been more recently developed in a way as to allow judges to verify whether and how the legal and practical effects of the statute affect the rights of the persons concerned, also in order to establish the purpose of the legislation⁵⁰. The courts can also distinguish between the prevalent impact of a statute and the secondary and incidental powers that it implies (the so called “ancillary powers”), by that way strengthening the discretionary approach of the courts⁵¹. Another doctrine applied in order to control the applicability of legislation that has passed the validity scrutiny, by controlling that the core of another ambit of exclusive legislative power of the other level of government, the so-called “interjurisdictional immunity”, also grants judges an almost unfettered discretion⁵². Finally, the operability problems deriving from conflicts in areas where the legislations of Confederation and Provinces are concurrent⁵³, such as agriculture and immigration (s 95), export of natural resources (s 92A), and old-age pensions and supplementary benefits (s 94A), are solved through the application of a largely unwritten paramountcy rule – mentioned by the Constitution Act, 1867 only in the last case in favour of the

⁴⁷ See e.g. The Constitutional Law Group, *Canadian Constitutional Law*, cit., 30 ff.

⁴⁸ See e.g. *British Columbia v Imperial Tobacco Canada Ltd* [2005] 2 SCR 473 and *British Columbia (Attorney General) v Christie* [2007] 1 SCR 873.

⁴⁹ See e.g. W. R. Lederman, *Classification of Laws and British North America Act*, in Id., *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*, Toronto, 1981, 237 ff.

⁵⁰ Such a method is expressly described by the Supreme Court in *R v Morgentaler* [1993] 3SCR 463.

⁵¹ See e.g. *General Motors of Canada Ltd v City National Leasing* [1989] 1 SCR 641.

⁵² Such technique of analysis is described both in *Ordon Estate v Grail* [1998] 3SCR 437 and *British Columbia (Attorney General) v Lafarge Canada Inc* [2007] 2 SCR 86.

⁵³ The Constitutional Law Group, *Canadian Constitutional Law*, cit., 271 ff, identifies five different possibilities.

Provinces. Such doctrine was created in the ‘60s, rationalized in 1982⁵⁴ and apparently given a much wider application in favor of the Confederation in recent years⁵⁵, in order to keep in full account the “federal intention to cover the field”.

Again, the general interest or national concern clause, which in the Canadian context is usually called the POGG clause according to “peace, order and good government” as mentioned in s 91 of the 1867 Act, was interpreted in simply illustrative terms, as a merely introductive provision, by the Privy Council⁵⁶, while it has been much more generously used in later decades, even favouring the admission and use of extrinsic evidence, including social briefs and legislative history⁵⁷, and incorporating emergency circumstances, mainly public welfare ones⁵⁸.

The impression that a European law scholar gets from browsing superficially through the Canadian case law concerning rights and freedoms is that the growing discretion that the courts have been earning in recent years might have depended at least in part on the new role of the Supreme Court of Canada after the repatriation of rights and the entrenchment of the Constitution. The Court’s full control on the national case law dates back only to the removal of the appeal to the Privy Council in 1949, but there is a non-surprising continuity in the developing line from the origins of the Canadian experience to nowadays. Federalism is likely to have been the factor overwhelmingly conditioning the classical principle of parliamentary supremacy. The common law courts have been accustomed since the very beginning to conciliate and combine the traditional common law interpretive methods and the division of legislative powers that is typical of all confederations and federations. They kept on elaborating their case law following the British tradition under the lead of the supreme court of the Empire, keeping in mind not only the colonial form of government but also the relationship between Provinces, Governor and homeland. In 1867, when the federal nature of the Dominion was formalized, the courts must have had the problem of adjusting common law, legislative supremacy and the principle of federalism, giving birth to a unique coexistence of sources. Then, along a span of time longer than a century, came first the elimination of the appeal to the Privy Council and the self-sufficiency of the Judiciary, and finally the repatriation of civil rights and the entrenchment of the Constitution. The last step ahead, however, was not a rash one, independently of the need to give the remnants of the Empire a new framework. It had been prepared in a peculiar continuity, in succession. At that point, on the original, mouldable common law foundation the principle of federalism had already mitigated the supremacy of the legislative power along more than one century, compelling both British and national judges to keep into account some improper form of higher law, an ordinary statute having

⁵⁴ Multiple Access Ltd v McCutcheon [1982] 2 SCR 161.

⁵⁵ See e.g. Alberta (Attorney General) v Moloney [2015] 3 SCR 327.

⁵⁶ See K. E. Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Years*, Toronto, 1990, 219 ff.

⁵⁷ Re: Anti-Inflation Act [1976] 2 SCR 373.

⁵⁸ See S. Choudhry, *Recasting Social Canada: A Reconsideration of Federal Jurisdiction Over Social Policy*, 52 Un. Tor. L. J. 227 ff. (2005).

substantially constitutional status at least from the angle of the relationship between the levels of government and in need of being garrisoned by the Judiciary. When the entrenched constitutional text came on the scene, the impact was remarkable but could not be revolutionary⁵⁹. The blend of sources was then complete. However, in the eyes of a continental European public law scholar it seems that the new formal Constitution might have notably contributed to increase the rate of discretion of the Supreme Court and of judges in general, by compelling them to reason more and more in terms of principles. Once again, federalism might have been the leading force of this transformation. The division of power in a federalist or regional context imposes frequent resort to balancing of principles and rather often of values, to be made compatible and promoted together, without exclusion of any of them, in the line that German scholars have first taught. All talks of communitarian values, of functional effectiveness, of subsidiarity⁶⁰ clearly demonstrate that the debate about federalism have been taken to a different level of discourse, and, to say so, hypostatized. Such a process is typical of constitutional courts, which the Supreme Court of Canada might have imperceptibly become.

3. The importance of the federal perspective in the treatment of rights

Federalism is obviously one of the main features, if not the pivotal one, of the whole structure of the Canadian constitutional fabric. We have already mentioned the importance of the principle of federalism in softening the centrality of the supremacy of Parliament and compelling the courts to apply some form of judicial review of statutes, so slowly preparing for the coming of an era with an entrenched constitution. It must also be underlined that the principle of federalism apparently has been and still is the preferential key to the interpretation of provisions concerning rights and to the formation of the pertinent case law. Federalism is in some way the preferred lens through which Canadian courts look at rights in order to decide their content, their core, the limits to their protection and their balancing against other rights or principles.

This peculiar reading of rights and freedoms has developed although two of the main forces that have influenced the culture of rights in the U.S. in this area have been totally absent in Canada. First, there has never been a problem of selection of fundamental rights as an instrument of additional protection by the federation of rights neglected or violated at local level: s 2 of the Charter already defines fundamental rights, so that courts have ever been induced to elaborate

⁵⁹ Some Canadian authors (see e.g. A. C. Hutchinson, *Constitutional change and constitutional amendment, A Canadian conundrum*, in X. Contiades (Ed.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USA*, New York, 2013, 53) venture to write that “The difference is more a matter of emphasis and degree than difference and kind. Constitutional adjudication, therefore, is simply a particular kind of common law adjudication”. This interpretation goes probably too far.

⁶⁰ See e.g. R.E. Simeon, *Criteria for Choice in Federal Systems*, 8 *Queen’s L. J.* 131 (1982/1983); R. Elliot, *References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada’s Constitution*, 80 *Can. Bar. Rev.* 67 (2001), and P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., Part II.

unnecessary incorporation techniques. Second, the race factor has never been really momentous in Canada, or at least not so important as to become a leading force in the evolution of the equality principle, drawing with it an increasing betterment of the guarantees of all rights, like in the U.S.: the treatment of aboriginal groups and Métis people has been made object of attention and care in relatively recent times⁶¹ and has been cultivated as an autonomous part of constitutional law.

In the absence of these two possible influence factors, however, the judicial reading of several constitutional clauses concerning rights has been carried out in an overwhelming measure, if not exclusively, from the viewpoint of federalism.

The approach to economic themes, for instance, typically focuses on ss 92(13), i.e. the provincial legislative power over property and civil rights, and 91(2), the federal power to regulate trade and commerce, the Canadian “commerce clause”. Several other provisions are relevant in this area, such as land, mines, mineral and royalties under s 109, where property rights often change into regulatory powers, natural resources under s 92A, banking and copyright. Furthermore, s 121 guarantees the free movement of goods between Provinces, and such provision has been strengthened by s 6 of the Charter, concerning mobility rights, with reference to goods, services, labour or capital. Much of the case law thus concerns the extension of the federal power: whether federal regulations of potentially provincial economic matters are necessary or incidental to national commerce, inter-provincial trade or international obligations, deriving either from NAFTA or from other globalized institutions; whether cooperative instruments have been provided, although they are often arranged after judicial decisions in form of sequel to them. The by far prevalent perspective seems to be the federal one: how the legislative powers can be balanced and adjusted in order to achieve a viable dividing line. Problems of content of the regulations and of compatibility of them with constitutional provisions from a substantive viewpoint are not ordinarily in the front line⁶². It is often assumed that the general trend in the interpretation of the courts is towards facilitating the creation of a real common market and as of consequence towards removing obstacles to circulation and in general restrictions to trade and imposition of national or international standards⁶³. The main judicial concern, anyway, refers to the respective regulatory role of Provinces and Confederation, so that the Supreme Court works as the leader of constitutional change in the evolution of federalism.

⁶¹ Although the roots of the doctrine of aboriginal rights are frequently referred to the Royal Proclamation of 1763, the real story is told by the Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Final Report*, Ottawa, 2015. The date of 1973 is generally considered as the beginning of a serious interest for aboriginal rights in the case law: *Calder v British Columbia (Attorney General)* [1973] S.C.R. 313. Then the Constitution Act, 1987 recognized aboriginal rights in s 35(1), treated by the Supreme Court in *Delgamuukw v British Columbia*, cit., where aboriginal rights (fishing in the case) are defined *sui generis*. As far as the Métis people are concerned, they seem to have been recognized for the first time in the Manitoba Act of 1870 32 & 33 Vict. Ch.3.

⁶² See e. g. *Ontario Hydro v Ontario (Labour Relations) Board* [1993] 3 SCR 327; *General Motors of Canada Ltd v City National Leasing* [1989] 1 SCR 641; *Reference Re Securities Act* [2011] 3 SCR 837.

⁶³ See e.g. The Canadian Constitutional Group, *Canadian Constitutional Law*, cit., 419 ff.;

The same approach is followed in the area of criminal law and procedure, which is traditionally assigned to the Confederation by s 91 (27) of the British North America Act⁶⁴. Even in this ambit the intergovernmental perspective is dominant. The main problems that courts have to confront is whether the definition of criminal law must be formal and strict or substantial and wide, or in other terms whether the federal normative power encompasses any case where Parliament opted for the introduction of a criminal sanction in order to promote all kinds of public interests or it is necessary for the court to find out some substantially criminal law purpose⁶⁵. Is a prohibition and penalty requirement sufficient or the mere presence of such a requisite is not enough at a time when regulating activities more and more often recommends or imposes the imposition of a criminal sanction? If the second alternative is chosen, then a pith and substance analysis must be applied, widening the discretion of the court, and the reasoning method will need some measure of balancing between the federal interest, however construed, and the provincial competences protected by other constitutional provisions. This has been the technique used in order to decide on the validity of federal statutes concerning the licensing of the ownership of weapons and the introduction of a registration system⁶⁶, of federal environmental regulations of PCB emissions⁶⁷, of statutes regarding food and agricultural products to be standardized or limited⁶⁸, and so on. Provincial or local measures responding to problems of safety, health, public order and morality can also be questioned⁶⁹. All these cases require balancing methods and often imply purpose analysis and some measure of historical research about the intention of the legislatures.

Freedom of expression cases, even after 1949, seem to have been managed on the basis of the relationship between provincial and federal legislative power⁷⁰, although later there has been a shift towards a more substantive analysis⁷¹.

Even in the sensitive area of religious freedom, the initial attention of the courts was concentrated around the theme of the division of legislative power: the BNA⁷² conferred exclusive authority on legislation in the educational field, together with family, culture and charitable organizations, on the Provinces, while

⁶⁴ The historic precedent is assumed to have been the Quebec Act of 1774, that declared the English law applicable to the former French colony, while preserving the application of French private law according to the conditions of the peace treaty.

⁶⁵ The most important cases mentioned in handbooks and other literature are *In the matter of a Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act* [1949] SCR 1 and *Reference re Assisted Human Reproduction* [2010] 3 SCR 457.

⁶⁶ *Reference re Firearms (Can)* [2000] 1 SCR 783.

⁶⁷ *R v Hydro-Québec* [1997] 3 SCR 213.

⁶⁸ E.g. *Ward v Canada (Attorney General)* [2002] 1 SCR 569.

⁶⁹ Such as in *Rio Hotel Ltd v New Brunswick (Liquor Licensing Board)* [1987] 2 SCR 59, concerning liquor licensing, or *R v Morgentaler* [1988] 1 SCR 30, concerning abortion practices restricted by provincial legislation imposing penal sanctions.

⁷⁰ See *Reference re Alberta Statutes* [1938] 3 SCR 100 and *Switzman v Ebling* [1957] SCR 285.

⁷¹ See K. Roach, D. Schneiderman, *Freedom of Expression in Canada*, in E. Mendes, Stéphane Beulac (Eds.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham, Ont., 2013, 431 ff.

⁷² At s 93.

imposing the obligation to guarantee the privileges of minority denominational schools, the Dominion being left in charge of the preservation of unitary standards and diversity of local cultures. Some cases, mainly before 1982, were decided on the ground of lack of power on the side of the Provinces or local agencies to restrict religious freedom, more than with reference to the content, the limits, and the ideological justification of religious freedom itself⁷³. Only after 1982, due to the new tool introduced by s 2 of the Charter, have the courts begun to shift to a substantive interpretation of freedom of religion and conscience in its negative meaning⁷⁴ first, and to a full requirement of state neutrality towards beliefs and practices⁷⁵. In this ambit, therefore, the entry into force of the Charter has been apparently decisive in moving the interpretive focus from a division of power approach to a content analysis approach. It must be noted however, that value reasoning must have been helped by the preamble of the Constitution Act 1982, which states that “Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law”.

A complete analysis would be needed in order to reach a more scientifically persuasive conclusion, but it is clear beyond any doubt, at this state of the research, that federalism is not only the pivotal issue in the judicial case law and in the scholarly literature due to its obvious centrality in the form of state, but it is also the prism through which most of the other constitutional problems are based, formulated and solved. The common law blueprint must have contributed to moulding the interpretation techniques, but it is its confrontation with federalism that has really defined the peculiar judicial style of the Canadian courts, before and after 1982. The elaboration of the three basic criteria to decide on validity, applicability and operability of statutes, together with their corollaries, in division of power cases has not been an end in itself. It has created a platform, both methodological and substantive, ready for a non-mechanical use in other areas of constitutional law. Above all, it has yielded the habit of thinking in terms of principles and balancing approach. And if one scratches the surface of the judicial reasoning, very often values emerge under the most superficial layer of principles. Whenever the courts talk of subsidiarity or communitarianism, which are not mentioned in the constitutional texts, they are value-reasoning. When the Supreme Court talks of public morality, public health or safety, public order in cases about abortion, prostitution, liquor licensing in order to draw a dividing line between provincial and federal legislation or to govern their concurrency in the criminal law field, then federalism issues deeply influence the argumentation and accustoms the Judiciary to reasoning in terms of values. The same considerations

⁷³ See e.g. *Saumur v City of Quebec* [1953] 2 SCR 299, concerning a byelaw banding the distribution of religious literature on the streets without prior consent of the police, aiming at restricting the activity of Jehova’s Witnesses; *Chaput v Romain* [1955] SCR 834, regarding a break into a private home by the local police and the consequent seizure of religious materials, deemed in violation of the federal criminal code. A detailed history of the attitude of the courts towards the religious phenomenon in *R. Moon, Freedom of Conscience and Religion*, Toronto, 2014.

⁷⁴ Such as in *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 SCR 295.

⁷⁵ Such as in *Mouvement laïque québécois v Saguenay (City)* [2015] 2 SCR 3.

apply to the POGG power cases, where public welfare interests, emergency and national concern have to be balanced in a federal perspective.

All constitutional courts at work in entrenched constitutional contexts usually come to principle- and value-reasoning. However, they are normally forced or strongly boosted towards such a result by the incorporation of principles and values in the very text of a “rigid” constitution, usually adopted after some dramatic turning point in the constitutional history of a country. In Europe, that process was fulfilled after World War I in Germany, Austria, Czechoslovakia; after World War II in Italy and again Germany; after 1989 in all the legal systems of the former communist countries. The European Communities needed the full incorporation of principles and values in their so-called constitution with the inclusion of the Nice Treaty into their system of legal sources, before the ECJ could complete the long way, autonomously started in the mid ‘70s, towards the way of reasoning of a constitutional court. In the case of Canada, the road seems to have been more oblique: it assumed the features of types of argumentation immanent to federalism issues, starting from division of power rules introduced by way of ordinary statute and then spreading out into other fields of constitutional law, even before the entrenchment of 1982. The final result is, however, that there are more similarities that one could expect between a European constitutional court, designed in order to be the vestal virgin of a written entrenched constitution, and the Supreme Court of Canada, born as the top judicial body of a common law Judiciary. Indeed, the Canadian Supreme Court has been the agent of transformation and absorption of so many constitutional changes: from Imperial statutes to a bill of rights and an entrenched charter, it has followed a unique route towards a full constitutional status.

4. After 1982: techniques in the interpretation of the Charter

Any short statement about the global state of the protection of civil, political and social rights in Canada runs the risk of oversimplifying the interpretation of a legal system whose complexity is obvious, from the point of views of the coexistence of a multiplicity of heterogeneous sources, of the stratification of different layers of constitutional evolution, of the ethnic pluralism representing a historical hallmark of this peculiar Western democracy.

European public law scholars, more accustomed to U.S. case law and scholarship, due to their influence on continental experiences, cannot do without noticing some quite different shades. The Canadian approach is definitely less dogmatic, less conflictual, less ideological, more pragmatic, more inclined to a case-by-case analysis, though one could argue that during the Roberts Presidency the U.S. Supreme Court too has indulged to lower profile decisions⁷⁶. Examples can be drawn from different areas of interest.

In the field of the state/religion matters, the Supreme Court has left trial judges to decide whether a witness in a criminal trial or hearing can wear a *niqab*

⁷⁶ See e.g. P.D. Foote, *Moderate Behavior on the Roberts Court*, paper, 2015 Meeting of the Western Political Science Association, April 2-4, Las Vegas, Nevada.

while giving evidence, according to the particular circumstances of the case⁷⁷. Moreover, it is very cautious in taking a position when asked to enforce agreements between religious community members on traditions or practices⁷⁸. When requested to decide about establishment questions, given the absence of any provisions in the Charter, it has set aside all concepts of absolute neutrality, preferring a concrete idea of “true neutrality”⁷⁹. State support for religious institutions, under s 2(a) of the Charter, is tolerated when religious groups are treated in an even way and some protection of denominational schools is deemed justified when historical or political reasons rooted in the adhesion of a Province to the Confederation are at stake⁸⁰. The minimal impairment doctrine applied in the treatment and accommodation of religious minorities⁸¹ also avoid too abstract theories, at the same time leaving wide discretion with the courts, inviting them to use gauged proportionality tests.

The case law concerning freedom of expression is by far too copious and complicated to allow the observer to utter simple-minded interpretations. In this area, the Bill of Rights of 1960 was superimposed on the common law tradition, blended with the need to deny jurisdiction to the Provinces according to the BNA Act, in some way “freezing” the state of the guarantees at that date⁸², up till the entry into force of the Charter and its fundamentality clause found in s 2⁸³. The reasoning of the Court, after that, has moved from the search for the rationale underlying a statute limiting freedom of expression, in terms both of purpose and effects; it has chipped out the “speech versus conduct”, the “form versus content” and at least formally the “high value versus low value expression”⁸⁴ techniques of analysis amenable to s 2(b), though applying alternatively a strict or attenuated standard of scrutiny to s 1 justifications. The limitation of sexually explicit expression was construed initially on community standards, without defining whether of local or national level⁸⁵, but it was then converted into an analysis of the harmful consequences of obscene material, now re-christened pornography⁸⁶. It is noteworthy that, on the way to “the final balance”, the Chief Justice has proposed to read into the law an exclusion of the application of a section of the Criminal Code⁸⁷, thus applying what is called in Europe an additive type of decision to such a sensitive matter. The same pragmatic method is used in the

⁷⁷ R v NS [2012] 3 SCR 726.

⁷⁸ See e.g. Lakeside Colony of Hatterian Brethren v Hofer [1992] 3.

⁷⁹ Mouvement laïque québécois v. Saguenay (city), cit., 170.

⁸⁰ See e.g. Trinity Western University v British Columbia College of Teachers [2001] 1 SCR 772.

⁸¹ Syndicat Northcrest v Anselem [2004] 2 SCR 551 and Multani v Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys [2006] 1 SCR 256.

⁸² R v Burnshine [1975] 1 SCR 693.

⁸³ For the whole fascinating story of this mix of sources and its effects, see again K. Roach, D. Schneiderman, Freedom of Expression in Canada, cit.

⁸⁴ See K. Roach, D. Schneiderman, ibidem, and a short summary in The Constitutional Law Group, Canadian Constitutional Law, cit., 993 ff.

⁸⁵ R v Dominion News & Gifts [1964] 2 SCR 251.

⁸⁶ R v Butler [1992] 1 SCR 452.

⁸⁷ R v Sharpe [2001] 1 SCR 45.

cases concerning control on election spending: search of justifications for the parliamentary incursion on free speech, verification of the pressing or substantial nature of the law's objective, proportionality text⁸⁸. The leit-motiv, grossly speaking, seems to be the preference for reasoning techniques that are not easily pigeon-holed in multiple-prong tests, that allow a certain scope for concrete adjustments that conciliate the original common law flexibility with elements of constitutional rigidity and look for compromising solutions. The defamation cases confirm this diagnosis: the Supreme Court has not only declared that the traditional common law protection does not lose intensity after the Charter, but has even avoided adopting interpretation schemes such as the "actual malice" requirement or the "chilling effect" requested by the U.S. Supreme Court⁸⁹.

In the field of life, liberty, and security of the person, the fundamental justice clause included in s 7 of the Charter has permitted the courts to look deep inside the common law in search of legal principles, other than simple rules, attracting the consensus necessary and vital to a "societal notion of justice" and capable of "general acceptance among reasonable people"⁹⁰. The Supreme Court has therefore been able to preserve ample discretion, without incurring in excessively rigid formulas, but on the contrary remaining free to sanction arbitrariness, grossly disproportionate effects of whatever state action, overbroad measures and so on⁹¹, even resorting to the comparative argument if necessary. Among other things, property is not included in s.7 and the Canadian Supreme Court has explicitly avoided to qualify freedom of contract as a liberty interest⁹², taking a much less ideological position than the U.S. one.

In the area of welfare benefits and social citizenship, the courts till now have constantly refused to draw positive obligations for the Provinces or municipalities from s. 7, though one cannot exclude there being different interpretations in the future under the "living tree" doctrine⁹³. The courts have taken this stance either due to lack of evidence on the facts of a violation of security or more openly to the absence of "a freestanding constitutional right to health care"⁹⁴: it remains to be seen how the courts would react in a case of government revoking a welfare scheme or limiting it to more restricted groups and whether a fairness rule would be applied in such a case, like the U.S. Supreme Court happened to do during the Burger years.

More articulated conclusions are impossible. European observers, looking at the Canadian case law in the field of rights and freedoms, can only state that a peculiar jurisprudential Canadian "style"⁹⁵ does exist: it is well distinguishable

⁸⁸ See e.g. *Harper v Butler* [2004] 1 SCR 827.

⁸⁹ *Hill v Church of Scientology* [1995] 2 SCR 1130 and *Grant v Torstar Corp* [2009] 3 SCR 640. The reference to U.S. case law is obviously to *New York Times v Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁹⁰ *R v Malmo-Levine*; *R v Caine* [2003] 3 SCR 571, 112.

⁹¹ See H. Stewart, *Fundamental Justice*, Toronto, 2012.

⁹² Reference re ss 193 and 195.1c of the Criminal Code (Man) 1 SCR 1123 (Prostitution Reference).

⁹³ *Gosselin v Québec* [2002] 4 SCR 429.

⁹⁴ *Chaoulli v Québec (Attorney General)* [2005] 1 SCR 791, 104.

⁹⁵ See n. 39, supra.

from the U.S. one; it has much deeper and longer roots in the common law tradition; it has been much more careful in the assimilation first of statutes concerning rights and later of entrenched legislation, thanks to a century-long practice with the British North America Act and its problems of division of power; it has tried to provide continuity together with inevitable change; it has reached a satisfying compromise between doctrinal theory and practical needs; it is adverse to dogmatism; it shares with continental European legal systems an attitude to reason in terms of principles and values, which resembles the methods of the constitutional courts.

National security and counter-terrorism in Canada: Past, present and future

di Arianna Vedaschi and Chiara Graziani±

Abstract: Sicurezza nazionale e contrasto al terrorismo in Canada: Passato, presente e future – This Essay deals with the terrorist threat in Canada and how it has been managed by the Canadian legislator and courts since 2001 onwards, taking into consideration current anti-terrorism measures and forthcoming changes (through the analysis of Bill C-59, currently being discussed before the Canadian Parliament). A “look back” is provided as well, as this work retraces terrorist attacks before 2001 and how Canadian institutions reacted. Both legislation and case law are the object of this analysis, whose final aim is to assess how the balance between human rights and national security is framed in the Canadian context and which are future perspectives.

Keywords: Canada, National Security, Human Rights, Counter-Terrorism, Bill C-59.

749

1. Introduction

The focus of this Essay is the Canadian approach to national security, in particular after the outbreak of an extremely serious and large-scale threat, i.e. international terrorism, on September 11, 2001. The most important tools aimed at enhancing national security are taken into consideration and their impact on human rights is evaluated, in order to assess whether Canada is fairly balancing two apparently competing interests, such as security needs and human rights protection.

With a view to analysing this topic according to a detailed and all-rounded attitude, not only does this Essay address the current situation, i.e. existing policies, laws and practices whose purpose is to guarantee security against terrorism, but it also provides an overview on how Canada reacted to past security threats as well as on possible changes to the current legal framework. This choice relies on two assumptions. On the one hand, a country’s background on national security issues often influences its reactions to following events. On the other hand, envisaged amendments to the current framework are important to understand which features are perceived as needing improvement and how.

In light of the presented pattern of analysis, this Essay is divided as follows. Section 1, focused on “The Past”, examines situations in which, before 2001, Canada had to deal with dangers for its own security. Specifically, responses to the so-called October crisis – insurrections led by Quebecois independence movement – are retraced, together with reactions to one of the largest air attacks before 9/11:

the 1985 Air India bombing. Section 2 – “The Present” – gets into the core of the analysis, studying the most important anti-terrorism laws enacted from the immediate aftermath of 9/11 to date, most of which are still into force. Alongside, this Section focuses on some practices that are not regulated by law, but nonetheless represent important features of the Canadian fight against terrorism, such as extraordinary renditions (ERs). Section 3, named “The Future”, discusses proposed legislative amendments, still at the draft stage but very likely to become the new regime applicable in Canada in the struggle against terrorism. Ultimately, the conclusion of this work critically takes stock of the major developments of Canadian national security laws and policies and assesses the way in which they fit within the global and comparative approach to counter-terrorism.

1. The “Past”: Canada and National Security before 9/11

1.1. The 1970 “October Crisis”

750

An important precedent that heralds some features of the current Canadian approach to preserve its own security is its reaction to the so-called October crisis, occurred in October 1970 and fed by Quebecois independentism. This crisis is considered as a fully-fledged manifestation of terrorism.¹

The October 1970 events represent the culmination of a series of insurrections by the Front de liberation du Québec (FLQ) taking place from 1963.² Between 1963 and 1970, the FLQ engaged in violent activities such as bombings and dissemination of terror threatening forthcoming attacks, but also bank robberies and other relatively minor crimes. In October 1970, two cells of the FLQ kidnapped a British diplomat, James Cross, and the then Quebec Cabinet Minister, Pierre Laporte, who was found dead some days after his abduction.

As a response to such violence, the federal government – led by Pierre Trudeau – proclaimed martial law on the basis of the War Measures Act (WMA) 1914,³ after having formally requested the assistance of the armed forces. The WMA contained emergency provisions that were designed to be used in wartime.

± Arianna Vedaschi authored Section 2; Chiara Graziani authored Sections 1 and 3. The Introduction and Conclusion result from shared thoughts of both Authors.

¹ The crisis has been defined as “one of the most serious terrorist attacks carried out on Canadian soil”: D. Smith, *October Crisis*, in *The Canadian Encyclopaedia*, 13 August 2013, <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/october-crisis/>> accessed 10 January 2019.

² The year in which the FLQ emerged in order to pursue Quebec’s independence from Canada. See C.I. Crouch, *Managing Terrorism and Insurgency: Regeneration, Recruitment and Attrition*, London-New York, 2009, 29.

³ *War Measures Act*, SC 1914, c 2. In 1985, three years after the adoption of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, it was repealed and replaced by the *Emergencies Act* RSC 1985, c 22. On the use of emergency powers in Canada, also with reference to the October crisis, see extensively K.L. Scheppele, *North American Emergencies: The Use of Emergency Powers in Canada and the United States*, in 4 *International Journal of Constitutional Law* 213, 230 (2006).

However, during the October crisis, they were resorted to in times of peace.⁴ As is usual for emergency legislation, the WMA authorised the suspension of a number of rights and freedoms.⁵ For example, it allowed warrantless arrest by the police and detention without charge, in blatant violation of due process rights; warrantless searches in the houses; and convictions decided by the executive, rather than by a court of law.⁶

Moreover, the activation of the WMA was accompanied by a series of regulations that specified details of measures to be implemented. In enacting such regulations, the government acknowledged that the FLQ and any other group or association “that advocate[d] the use of force or the commission of crime as a means of or an aid in accomplishing governmental change”⁷ were unlawful. Moreover, abovementioned police powers of arrest and detention were applicable – without any difference – both to those who were suspected to be affiliated to terrorism, and to those who advocated their ideas or funded unlawful organisations. Therefore, scholars⁸ argued that the reaction to the 1970 October crisis – in which Canada had to deal with a serious and pervasive threat to security – anticipated some feature of tools enacted to react to international terrorism from 2001 onwards. For example, the possibility to punish advocacy and support to ideas is considered to be the ancestor of Bill C-51’s speech crimes.⁹

1.2. The 1984 Setting Up of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS)

The murder of Pierre Laporte can be considered, together with the kidnap of James Cross, as the event that marked the outbreak of the October crisis. In the aftermath of the facts, the security services, which were then established as a division of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), were harshly criticised for not being able to prevent abductions and subsequent assassination. Consequently, the police started recruiting informers and carrying out illegal behaviours, often leading to flagrant breaches of individual rights, in an attempt to prevent any further terrorist actions. Behaving as if a lawful aim (i.e. avoiding damages to national security) justified any illegal means, the intelligence services engaged in any form of disruption and espionage, violated privacy, used questionable techniques of interrogation.¹⁰

⁴ On the invocation of WMA in peacetime and its repercussions on human rights, D. Clement, *The October Crisis of 1970: Human Rights Abuses under the War Measures Act*, in 42 *Journal of Canadian Studies* 160 (2008).

⁵ Notably, the courts always refused to scrutinise the invocation of such emergency powers. See H. Marx, *The ‘Apprehended Insurrection of 1970’ and the Judicial Function*, in 7 *University of British Columbia Law Review* 55 (1972).

⁶ For an overview of such measures, P. Peppin, *Emergency Legislation and Rights in Canada: The War Measures Act and Civil Liberties*, in 18 *Queen’s Law Journal* 129 (1993).

⁷ *Public Order Regulation*, SOR/70-444, S3 [POR].

⁸ C. Forcese, K. Roach, *False Security. The Radicalization of Canadian Anti-terrorism*, Toronto, 2015, 31.

⁹ See para 2.4.

¹⁰ W. Tetley, *October Crisis 1970: An Insider’s View*, Montreal, 2007, 97.

Concerned about the high number of complaints regarding RCMP's wrongdoings, in 1977 the Trudeau government appointed the so-called MacDonald Commission, tasked with investigating alleged abuses. The Commission issued its report in 1981¹¹ and found that most of the allegations were true and the RCMP security service had effectively engaged in a series of illegal conducts, mining the trust of the public opinion in their actions and the relationship of confidence between public authorities and citizens. Consequently, the Commission suggested establishing a new security agency, detached from the police, civilian in nature and subject to a precise mandate, well-defined by law as well as to oversight and review by independent bodies.

As a result, in 1983, the government introduced a bill establishing the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), replacing the RCMP security service. It is worth remembering that, only one year before, the Canadian Charter of Rights and Freedom, forming the first part of the Constitution Act 1982,¹² had been enacted.¹³ In light of its provisions, many concerns were raised against such legislative proposal,¹⁴ criticising lack of transparency and insufficient scrutiny, in spite of the original *rationale* behind the setting up of the body. Such criticism was addressed by parliamentary committees¹⁵ and an amended version of the bill was presented in Parliament. It became law in 1984 as the CSIS Act.¹⁶

The main feature of CSIS, as originally framed by the 1984 Act, can be described as follows. CSIS is an agency of the Department of the Solicitor General, tasked with investigating within national borders to prevent “threats to the security of Canada”.¹⁷ Its members are not police officers, but, in order to conduct operations as wiretapping and searches, they may obtain a judicial warrant (in the same way as members of the police). Two bodies are in charge of ensuring accountability, i.e. the Inspector General and the Security Intelligence Review Committee (SIRC). The former – abolished in 2012 for budgetary reasons¹⁸ – exercised oversight over ongoing activities, while the latter – still existent – reviewed CSIS's operations and periodically reported to the Parliament.

With the establishment of CSIS, Canadian security services assumed their present shape, although, over the years, some changes were brought, not always improving accountability, as will be specified in following Sections of this Essay.

¹¹ Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the RCMP, *Freedom and Security Under the Law*, Privy Council Office, 1981.

¹² *Constitution Act* 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), c 11. See generally R. Albert and D.R. Cameron (eds.), *Canada in the World. Comparative Perspective on the Canadian Constitution*, Cambridge, 2017.

¹³ Before that moment, the Canadian Bill of Rights was in place. Nonetheless, it was a federal law, not having constitutional standing, as the Canadian Charter of Right and Freedoms has. See R.J. Sharpe, K. Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, 2017.

¹⁴ For example, by former members of the MacDonald commission. See R. Whitaker, G. Kealey, A. Parnaby, *Secret Service: Political Policing in Canada from the Fenians to Fortress America*, Toronto, 2012, 359.

¹⁵ In particular, the Bill was referred to a Senate Committee chaired by Michael Pitfield, entrusted with the task of improving some features of the draft law.

¹⁶ *CSIS Act*, RSC 1985, c 23.

¹⁷ *Ibid.*, Part I, sec 12(1).

¹⁸ *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, SC 2012, c 19.

1.3. The 1985 Air India Bombings

In its response to the 1970 October crisis, the Canadian government was accused of overreaction, as commentators believe that activating the WMA was excessive.¹⁹ Instead, when the Air India Bombings happened in 1985, the situation was quite the opposite, since Canadian authorities underreacted to the events.

In June 1985, a Toronto-New Delhi flight, operated by Air India, was destroyed by a bomb and crashed into the Ocean, provoking the death of more than 300 people. Investigations on the matter were astonishingly slow. The main suspects were members of a Sikh group, seeking revenge against the Indian government's operations aimed at fighting Sikh separatism. Nevertheless, after almost 20 years of inquiries and trials, only one person was convicted while everyone else was acquitted. In particular, CSIS appeared reluctant to collect evidence, perhaps in order to avoid those charges of wrongdoings during investigations that led the RCMP security service to dissolution. In addition, CSIS often destroyed collected material, even when it could have evidential value in a trial.²⁰

In 2006 the Harper government appointed a Commission of inquiry, headed by former Supreme Court judge John C Major. In its final report, issued in 2010,²¹ the Commission revealed that CSIS did not carry out its role thoroughly and correctly, as something in the process aimed at converting intelligence into evidence went wrong. Some years before, judicial decisions on the matter had found "unacceptable negligence" of the CSIS in managing the investigation as well.²²

Although when Canada had to face international terrorism, after the 9/11 attacks, the nature²³ and the scale of the threat was different from both the 1970 and the 1985 events, two reasons justify a preliminary focus on these events. On the one side, as hinted before, some elements of the 1970 approach can be identified in post-9/11 measures. On the other side, in order to overcome its previous inefficiencies, post 9/11 laws vested CSIS with stronger powers, which resulted in reduced accountability. These and other aspects will be taken into account by the following paragraphs, focusing on how Canada responded to the attacks perpetrated by Al-Qaeda on September 11, 2001 in the US.

¹⁹ C. Forcese, K. Roach, *False Security* (n 8) 45; R. Whitaker, *Keeping Up with the Neighbours? Canadian Responses to 9/11 in Historical and Comparative Context*, in 41 *Osgoode Hall Law Journal* 241, 251 (2003).

²⁰ C. Forcese, K. Roach, *False Security* (n 8) 46.

²¹ Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182, *Research Papers* (Privy Council 2010).

²² *R v Malik and Bagri* [2005] BCSC 350.

²³ On the nature of jihadist terrorist organisations and their evolution from 2001 onwards, A. Vidaschi, *Da al-Qā'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2016, 41.

2. The “Present”: From the Reaction to the 9/11 Attacks to Bill C-51

2.1. The 2001 Anti-terrorism Act (ATA) and the Controversial Definition of “Terrorist Activity”

According to some concerns spread in the aftermath of 9/11, the hijackers had reached the United States from Canada.²⁴ Hence, in the Canadian context, a quick response not only to the new threat, but also to allegations of poor border security was perceived as a particularly urgent need. Additionally, like all other countries, Canada needed to comply with UN’s resolutions, urging states to criminalise international terrorism.²⁵

Against this background, the first Canadian legislative reaction to the 9/11 attacks was the Anti-terrorism Act (ATA) 2001.²⁶ Introduced on October 15, 2001, as Bill C-36, this Act was assented on December 18, 2001. Therefore, the whole process took place and ended within a few months from the events in New York and Washington DC. Rather than a self-contained act, the ATA is a law amending other statutes, including the Criminal Code.²⁷ It is not limited to specific issues related to the fight against terrorism, but covers a wide range of national security matters. The “*omnibus*” nature of the ATA has been criticised by scholars, maintaining that legislating on so many aspects of counter-terrorism in a short time implied some of them were not debated in Parliament as thoroughly as they deserved.²⁸

One of the outstanding features of the ATA is the (broad) definition of “terrorist activity”²⁹ it provided, which was missing from the Canadian Criminal Code until that moment. Not only does “terrorist activity” cover any act or omission, inside or outside Canada, falling within a series of offences punished by Canadian criminal law,³⁰ but it also includes conducts committed “in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause” as long as they aim at intimidating the public “with regard to its security, including its

²⁴ On suspects about the entry of terrorists from Canadian borders, see National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *The 9/11 Commission Report* (2004) <<https://www.9-11commission.gov/report/>> accessed 10 January 2019. Due to these concerns, the US sought a common security perimeter with Canada. See K. Roach, *September 11: Consequences for Canada*, Toronto, 2003, 133.

²⁵ In particular, UNSC Res 1373 (28 September 2001) UN Doc S/RES/1373. UN law is considered one of the most influential sources for Canadian approach to terrorism after 9/11. K. Roach, *Sources and Trends in Post 9/11 Anti-Terrorism Laws*, in L. Lazarus and B. Goold (eds.), *Human Rights and Security*, Oxford-Portland, 2007, 227; K. Roach (ed.), *The 9/11 Effect: Comparative Counter-Terrorism Law*, Cambridge, 2011, 362.

²⁶ *Anti-terrorism Act*, SC 2001, c 41. On the impact of this Act on the Canadian form of government, see P. Petrillo, *Forma di governo e legislazione anti-terrorismo in Canada. Spunti di riflessione comparata sul ruolo dei Parlamenti al tempo dell'emergenza permanente*, in T. Groppi (ed.), *Democrazia e terrorismo. Lezioni volterrane*, Napoli, 2006, 381.

²⁷ Specifically, a new Chapter dealing with terrorism was created.

²⁸ Force and Roach (n 8) 56. Nonetheless, they maintain that, at least, the ATA debate was not as partisan as the debate on Bill C-51 was.

²⁹ *Criminal Code*, RSC 1985, C-46, sec 83.01(1), as amended by the *Anti-terrorism Act*.

³⁰ For example, hijacking, bombing and, in general, offences under major international treaties dealing with terrorism and ratified by Canada.

economic security, or compelling a person, a government or a domestic or an international organization to do or to refrain from doing any act". The reference to "political, religious or ideological purpose" (so called motive clause) has been severely criticised by both Canadian scholars³¹ and civil society groups.³² The strongest critique raised by them is that the motive clause legitimates the state to label protests, dissent and strikes as acts of terrorism and punish them accordingly.³³ Nonetheless, in 2012 the Canadian Supreme Court, in the *Khawaja* decision,³⁴ upheld the constitutionality of such a disputed definition, maintaining that it does not violate freedom of expression. The main ground on which the Supreme Court based its ruling is that the ATA only punishes "serious forms of violence" as terrorist activities, and not "the legitimate expression of a political, religious or ideological thought".³⁵

Besides a broad definition of "terrorist activity" and a series of terrorism-related offences drawing upon such definition,³⁶ the ATA contains further features that contributed to harshen Canadian approach to terrorism. At least five macro-areas of issues falling within the scope of the ATA can be detected: investigative measures; surveillance; hate crimes; provisions against the financing of terrorism; amendments to the use of secret information and the activity of intelligence services. A brief analysis of their key features is necessary.

First, the ATA enhanced investigative powers through the enactment of two new tools: investigative hearings and recognizance with conditions. Investigative hearings are aimed at facilitating information gathering. They consist of orders, issued by courts on request of a law enforcement officer and with prior consent of the Attorney General, compelling individuals to attend a hearing before a judge and answer any questions. Specifically, judges are empowered to order persons to

³¹ See, among others, R. Daniels, P. Macklem, K. Roach, *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*, Toronto, 2001; A. Carver, *Parliamentary Attempts to Define Terrorism in Canada and Australia*, in 11 *Journal of Applied Security Research* 124 (2016).

³² See, e.g., Canadian Journalists for Free Expression, Submission on Bill C-36 (Anti-terrorism Act) delivered to the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights <https://www.cjfe.org/cjfe_submission_on_bill_c_36_anti_terrorism_act_delivered_to_the_house_of_commons_standing_committee_on_justice_and_human_rights> accessed 10 January.

³³ Although recognising that this definition of "terrorist activities" may pose problems and is not completely satisfactory, some scholars noted that, at the time in which it was enacted, it was not dissimilar to the definition given by countries as the United Kingdom. See E.P. Mendes, *Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution*, in E.P. Mendes et al. (eds.), *Between Crimes and War: Terrorism, Democracy and the Constitution*, Toronto, 2002, 250. For further criticism on the ATA, see T. Groppi, *Dopo l'11 settembre: la "via canadese" per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quad. Cost.*, 2005, 594.

³⁴ *R v Khawaja*, 2012 SCC 69. See R. Diab, *R v Khawaja and the Fraught Question of Rehabilitation in Terrorism Sentencing*, in 39 *Queen's Law Journal* 587 (2014).

³⁵ *R v Khawaja* (n 34) [82].

³⁶ Such as participating, facilitating and instructing terrorism. For an overview of such offences, R. Diab, *Sentencing of Terrorism Offences After 9/11: A Comparative Review of Early Case Law*, in C. Forcese and F. Crépau (eds.), *Terrorism, Law and Democracy: 10 Years After 9/11*, Canadian Institute for the Administration of Justice, 2012.

provide information over a terrorist offence, even if they are reluctant to do so, as long as attempts to obtain information through other means failed. Such information cannot be used against the person who provided it. The constitutionality of this new judicial power was challenged in 2004,³⁷ but the Supreme Court refused to declare it unconstitutional. Nonetheless, two dissenting opinions maintained that the provision allowing investigative hearings is unconstitutional, since it undermines the independence of the judiciary. Recognizance with condition is similar to UK control orders³⁸ and can be defined as courts' power to order a person to enter into a recognizance – meaning a conditional obligation, e.g. to wear an electronic monitoring device – if there is a reasonable suspicion that he might commit a terrorist offence. Such measures may even include preventive detention.

Second, surveillance powers were enhanced by the ATA. Before the enactment of this law, the use of electronic surveillance in investigations was considered as a last resort tool in Canadian criminal law. Differently, the ATA removed this last resort requirement and extended the wiretapping authorisation up to one year, allowing notification to the person under surveillance to be delayed up to three years after the use of his data. Furthermore, the use of DNA technology in relation to investigation and prosecution of terrorist offences was authorised.

Third, the ATA introduced some changes to the Criminal Code and to the Canadian Human Rights Act³⁹ as to hate crimes.⁴⁰ Specifically, it vested courts with the power of ordering the deletion of online hate speech and terrorist propaganda, if such material is hosted on a server that is located within the court's jurisdiction.

Fourth, in compliance with the requirements set by UNSC Resolution 1373/2001,⁴¹ the ATA criminalised the financing of terrorism and increased the powers of a specific intelligence unit aimed at dealing with financial crime⁴².

Fifth, the use of intelligence information – i.e., secret material – and the activity of intelligence services were deeply reformed. These changes were enacted through amendments of a number of existing statutes.⁴³ On the one hand, the government was granted stronger assurances as to the confidentiality of its information and evidence. On the other hand, the Communication Security Establishment (CSE) – i.e. Canada's national cryptologic agency – was afforded

³⁷ *Re Section 83.28 of the Criminal Code*, 2004 SCC 42. See F. Iacobucci, *Canada's Responses to Terrorism*, in 15 *Review of Constitutional Studies* 187, 193 (2011).

³⁸ Control orders are restrictive measures imposed by the executive and introduced in the UK by the Prevention of Terrorism Act 2005. See C. Walker, *Blackstone's Guide to the Anti-terrorism Legislation*, Oxford, 2014, 35.

³⁹ *Canadian Human Rights Act* RSC 1985, c H-6.

⁴⁰ Specifically, the offence – punished by sec 430(4.1) of the Canadian Criminal Code – of mischief motivated by bias, prejudice or hate based on grounds such as religion, race, colour or origin.

⁴¹ See n 25.

⁴² Through an amendment of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) Act*, SC 2000, c 17.

⁴³ Specifically, the *Canada Evidence Act*, the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, the *Access to Information Act*, the *Privacy Act*, the *CSIS Act* and the *National Defence Act*. Moreover, the ATA transformed the *Official Secrets Act* into the *Security of Information Act*.

broader powers of intelligence gathering and sharing and was tasked with advisory functions in relation to the protection of critical infrastructures. Importantly, CSIS was not conferred new powers and scholars noted that prosecutions for terrorist offences tend not to be based on CSIS information as primary evidence, but they more often rely on police investigation drawing from CSIS intelligence.⁴⁴

Ultimately, some of the ATA provisions – in particular, investigative hearings and preventive detention – were subject to a sunset clause and were due to expire in 2007. Nonetheless, in 2013 they were re-enacted,⁴⁵ thus confirming a common trend consisting of the repeated use of temporary provisions in order to “normalise” exceptional circumstances,⁴⁶ often opposed by academics.⁴⁷

2.2. The Overlap between Immigration Law and Counter-Terrorism Law: Special Advocates and Security Certificates

The ATA was not the only Canadian reaction to the 9/11 attacks, since a mixed set of measures aimed at enhancing security were passed from 2001 onwards and one of their common features is the use of immigration law as an anti-terrorism tool.⁴⁸ Such overlap between immigration measures and counter-terrorism laws is common in the history of UK anti-terrorism as well.⁴⁹ The preference for immigration control tools in the fight against terrorism depends, among other things, on the strong powers that the executive is granted, combined with a low standard of proof required for their application and the possibility to resort to secret evidence.⁵⁰

The outstanding point of intersection between immigration law and counter-terrorism measures in the Canadian legal system is represented by security certificates, which are regulated by the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) 2001.⁵¹ The Minister of Immigration and Public Safety can authorise (through the signing of a “certificate”, hence the name) the arrest and detention of non-citizens with a view to deportation, if there are reasonable

⁴⁴ R. Diab, *Canada*, in K. Roach (ed.), *Comparative Counter-Terrorism Law* (n 25) 78.

⁴⁵ *Combating Terrorism Act* SC 2013, c 9. The same Act also created new terrorist offences, such as travelling for terrorist purposes.

⁴⁶ For a study and categorisation of “exceptional” measures and their use in times of threats to national security, A. Vedaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Turin, 2007, 343. On the relationship between the “norm” and the “exception”, see D. Dyzenhaus, *The State of Emergency in Legal Theory*, in V.V. Ramraj, M. Hor and K. Roach (eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005, 65.

⁴⁷ On sunset clauses in anti-terrorism legislation, see A.E. Kouroutakis, *The Constitutional Value of Sunset Clauses. An Historical and Normative Analysis*, London-New York, 2017, 138; J. Ip, *Sunset Clauses and Antiterrorism Legislation*, in *Public Law* 74 (2013); J.E. Finn, *Sunset Clauses and Democratic Deliberation: Assessing the Significance of Sunset Provisions in Antiterrorism Legislation*, in 48 *Columbia Journal of Transnational Law* 442 (2010).

⁴⁸ Diab (n 44) 97; Forcese and Roach (n 8) 69.

⁴⁹ On the interface between immigration and anti-terrorism measures in the UK, K. Syrett, *The United Kingdom*, in Roach (ed.) (n 25) 167, 185.

⁵⁰ Diab (n 44) 97.

⁵¹ *Immigration and Refugee Protection Act* 2001, SC 27.

grounds to believe that they represent “a danger to the security of Canada”.⁵² A federal court has jurisdiction to review the certificate ruling whether (or not) the Minister had “reasonable grounds” to issue it. If the reasonableness of the certificate is upheld, the latter is turned into a deportation order. The court can decide on grounds that are only synthetically disclosed to the detainee, without any need to balance between the government’s interest in confidentiality due to national security reasons and the individual’s interest in transparency and procedural fairness.⁵³

The regime of security certificate was ruled unconstitutional by the Canadian Supreme Court in the 2007 *Charkaoui* judgment.⁵⁴ The Court declared that no person can be deprived of liberty and security – as guaranteed by Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – if basic elements of fair hearing are not respected. According to the Court, a framework providing for hearings held *in absentia* of the detainee and of his counsel, relying on undisclosed evidence, is not fair. Therefore, a “substantial substitute”⁵⁵ of the full disclosure of evidence had to be found and the Court suggested a system of special advocates, allowing some transparency and openness, as mitigation of such overt violations of the Charter’s rights. Indeed, some years before, Canadian lower courts reviewing security certificates had refused to appoint special advocates in these proceedings.⁵⁶ Special advocates are security-cleared counsels to whom secret evidence is disclosed. As known, special advocates are tasked with representing the detainee’s interest in relation to such material. At the time of the *Charkaoui* judgment, special advocates were not a novelty in Canadian law, since they were already used in the oversight of CSIS’s activities.⁵⁷ As a consequence, in 2008 the Canadian Parliament amended the IRPA⁵⁸ and authorised security-cleared

⁵² IRPA, s 34.

⁵³ K. Roach, *Secret Evidence and its Alternatives*, in A. Masferrer (ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Heidelberg-New York-London, 2011, 184. The person is only given a summary of allegations against him and evidence is discussed in *in camera* hearings, i.e. in the absence of the detainee and his lawyer. See also C. Forcese, *Canada’s National Security ‘Complex’ – Assessing the Secrecy Rules*, in 15 *Choices* 3 (2009).

⁵⁴ *Charkaoui v Canada*, 2007 SCC 9. Indeed, the Court suspended the effect of the judgment for a year and did not concretely quashed security certificates at issue.

⁵⁵ *Ibid.* para 6.

⁵⁶ *Re Harkat*, 2004 FC 1716. See K. Roach, *Must We Trade Rights for Security – The Choice between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, in 27 *Cardozo Law Review* 2151, 2191 (2006).

⁵⁷ In particular, pursuant to the *Immigration Act*, RSC 1985, c I-2 (which was repealed by the IRPA) provided that the Security Intelligence Review Committee (SIRC) could review deportation orders grounded on national security reasons deriving from CSIS evidence. In this context, a special counsel was in charge of accessing the secret material on which the government relied and that was not disclosed to the target of deportation. See further D. Jenkins, *There and Back Again: The Strange Journey of Special Advocates and Comparative Law Methodology*, in 42 *Columbia Human Rights Law Review* 279, 299 (2011); M. Rankin, *The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness*, in 3 *Canadian Journal of Administrative Law and Practice* 173 (1990).

⁵⁸ *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, SC 2008, c 3.

lawyers to access secret material, challenging it on behalf of the detainee before the competent court during *in camera* hearings.⁵⁹ Notably, in Canada, security-cleared counsels were disclosed not only secret evidence, but also the whole government case file, contrary to what happened in other countries, such as the UK. However, as following paragraphs will show, Bill C-51 changed this rule.

In sum, the use of immigration law as a counter-terrorism tool is a recurring feature in the Canadian approach to terrorism and this trend emerges from other elements as well, such as citizenship law. In 2014 Bill C-24⁶⁰ was assented: it allowed the government to revoke Canadian citizenship from people convicted for terrorist crimes, as long as they had dual nationality.⁶¹ After many objections by scholars and civil society,⁶² in 2017 this provision was repealed.⁶³

2.3. Torture and Extraordinary Renditions

The interplay between immigration law and counter-terrorism law in Canada also implied a lively debate on the use of torture. According to the IRPA, foreign people suspected of being a threat to national security cannot be expelled – for example, through security certificates – to a country in which they might be tortured.⁶⁴ Therefore, the IRPA confirms the general prohibition of *refoulement* – recognised as a *jus cogens* principle under international law – towards countries where the person may suffer torture or mistreatment. Nonetheless, Canadian judges, differently from courts of the European area,⁶⁵ did not always take a firm stance in favour of the absolute nature of this ban. Rather, in the *Suresh* case⁶⁶ the Supreme Court held that the risk that a person to be deported is subjected to torture in the country of destination has to be balanced with the danger that such individual may pose to Canadian security. In other words, national security may constitute an “exception” to the prohibition of *refoulement*, even in case of risk of torture. On the one hand, this decision of the Supreme Court has been –

⁵⁹ D. Cole and S.I. Vladeck, *Comparative Advantages: Secret Evidence and ‘Cleared Counsel’ in the United States, the United Kingdom and Canada*, in D. Cole, F. Fabbrini, A. Vedaschi (eds.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Cheltenham-Northampton, 2013, 173, 178.

⁶⁰ *An Act to amend the Citizenship Act and to make consequential amendments to other Acts*, SC 2014, c 22. See C. Forcese, *A Tale of Two Citizenships: Citizenship Revocation for “Traitors and Terrorists”*, in 39 *Queen’s Law Journal* 551 (2014).

⁶¹ Stripping citizenship as a counter-terrorism measure has been common in recent years. In the UK, the *Immigration Act 2014* even allowed the revocation of citizenship if naturalised British citizens not having double nationality commit terrorist crimes. Recently, Italy introduced a specific case of citizenship revocation as well, even if it only applies to naturalised dual nationals who are convicted on terrorism charges; therefore, it is most similar to repealed Canadian legislation. See Decree Law 113/2018, reforming several areas of Italian immigration and security law.

⁶² Forcese and Roach (n 8) 512.

⁶³ *An Act to amend the Citizenship Act and make consequential amendments to another Act*, SC 2017, c 14.

⁶⁴ *IRPA*, sec 85.4(2).

⁶⁵ The most evident example is the European Court of Human Rights, which, since its first rulings, affirmed an absolute ban on torture.

⁶⁶ *Suresh v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1.

understandably – criticised by scholars, maintaining that the so-called *Suresh* exception is no longer tenable in a context in which courts and legislation have been prohibiting torture in absolute terms.⁶⁷ In fact, Canadian courts generally avoid to apply the exception, finding other grounds to cancel the security certificate or release the detainee on condition if they perceive that the risk of torture is concrete.⁶⁸

The issue of torture in counter-terrorism measures appears to be much more complex if one considers the role of Canada in extraordinary renditions. This practice consists of the secret abduction of people suspected to have a link with terrorism in order to transfer them to a third country with very low – if not absent – human rights standards, where they are detained and interrogated.⁶⁹ Clearly, in such countries torture and degrading treatment are used as techniques of interrogation, commonly applied during *incommunicado* detention. These controversial operations are usually carried out by the US in cooperation with intelligence agencies of other democratic countries, having a strong interest in deporting the target outside of their own jurisdictions with a view to gathering as much information as possible, through the so-called enhanced interrogation techniques, without facing constraints posed by democratic constitutional guarantees.⁷⁰

Canada was involved in some extraordinary rendition operations and the most known case is that of Maher Arar. He was a Canadian citizen born in Syria and in 2002, during a journey from Tunisia to Canada, he was stopped at passport controls in New York and transferred to Syria after facing enhanced interrogation. In Syria, he was subjected to torture in order to urge him to confess his alleged links with terrorist cells. He was released without any charge in January 2003. Mr. Arar brought proceedings before US courts, but his judiciary path, characterised by the instrumental use of state secrecy by the US government, deferentially confirmed by lower courts,⁷¹ ended with a denial of *certiorari* when the case reached the US Supreme Court.⁷²

⁶⁷ D. Jenkins, *Rethinking Suresh: Refoulement to Torture Under Canada's Charter of Rights and Freedoms*, in 47 *Alberta Law Review* 125 (2009).

⁶⁸ Diab (n 44) 100.

⁶⁹ See A. Vidaschi, *Extraordinary Renditions. A Practice Beyond Traditional Justice*, in E. Guild, D. Bigo, M. Gibney (eds.), *Extraordinary Renditions. Addressing the Challenges of Accountability*, London-New York, 2018, 89, 92.

⁷⁰ Two emblematic cases before US courts were *El-Masri* and *Jeppesen*. *Mohamed v Jeppesen Dataplan, Inc.*, 539 F. Supp. 2d 1128 (N.D. Cal. 2008), *rev'd*, 563 F.3d 992 (9th Cir. 2009), *amended and superseded by* 579 F.3d 949 (9th Cir. 2009), *reh'g granted*, 586 F.3d 1108 (9th Cir. 2009), *aff'd* 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010) (en banc), *cert. denied*, 563 U.S. 1002(2011); *Mohamed v Jeppesen Dataplan, Inc.*, 539 F. Supp. 2d 1128 (N.D. Cal. 2008), *rev'd*, 563 F.3d 992 (9th Cir. 2009), *amended and superseded by* 579 F.3d 949 (9th Cir. 2009), *reh'g granted*, 586 F.3d 1108 (9th Cir. 2009), *aff'd* 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010) (en banc), *cert. denied*, 563 U.S. 1002(2011). On US courts' deferential attitude in extraordinary rendition cases – resorting to the instrumental use of state secrecy to hide state officials' responsibilities – see extensively A. Vidaschi, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in 66 *American Journal of Comparative Law*, 2018.

⁷¹ *Arar v Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009) (en banc).

⁷² *Arar v Ashcroft*, *cert. denied*, 560 U.S. 978 (2010).

In the meanwhile, Canadian authority investigated on the case, even appointing a public inquiry on the facts.⁷³ Investigations led to acknowledge Canadian officials' responsibility for not having prevented the transfer of a person in a country where torture is a real risk. Even worse, the inquiry found out that an embarrassing mistake had been committed as Mr. Arar had no links with terrorism.⁷⁴ Therefore, the Canadian government publicly apologised to Mr. Arar and his family for wrongdoings suffered and granted him compensation of approximately 10 million dollars.⁷⁵

Canada was also involved in the renditions of Abdullah Almalki, Ahmed El-Maati and Muayyed Nureddin. All of them were illegally transferred and tortured in Middle East prisons. The so-called Iacobucci Commission – led by the former justice of the Canadian Supreme Court, Frank Iacobucci, and appointed to investigate on these operations – disclosed Canada's responsibility.⁷⁶ While the lawsuit they brought remained stuck in court for years, in 2017 the government apologised to them and granted compensation. In the same year, the government also paid compensation and presented public apologies to Omar Khadr for its role in the man's detention and torture at Guantánamo Bay.⁷⁷

2.4. Bill C-51: Main Features and Human Rights Concerns

In 2015, under the Harper government, the Parliament passed Bill C-51. At that time, UN Resolution 2178/2014⁷⁸ had just come into effect, recognising terrorist foreign fighters as a threat to the international peace. Additionally, the "lone wolf" 2014 attacks in Quebec and Ottawa, as well as the events of Paris and Copenhagen – whose echoes Canada was suffering – had just taken place in January and February 2015. Moreover, Al-Shabaab, a Somali terrorist group linked to Al-

⁷³ Notably, such inquiry entailed the need to carefully balance the confidentiality of reviewed material with the essential aim of the Commission's activity, i.e. transparency and disclosure to the public opinion. See K. Roach, *Review and Oversight of National Security Activities and Some Reflection on Canada's Arar Inquiry*, in 29 *Cardozo Law Review* 53 (2007).

⁷⁴ Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report on the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006) <<http://publications.gc.ca/site/eng/295791/publication.html>> accessed 27 July 2018. On mistakes made by the CSIS in the Arar case, C. Forcese, *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*, Toronto, 2008, 477.

⁷⁵ Public apologies in this context appear to be a common trend, if one considers that very recently, in May 2018, the British government apologised to Mr. Belhaj, also a victim of an extraordinary rendition in which the UK had responsibility. On the British government's involvement in illegal abductions and torture, see Parliamentary Intelligence and Security Committee of Parliament, *Detainee Mistreatment and Rendition: 2001-2010* (28 June 2018 HC 1113); id., *Detainee Mistreatment and Rendition: Current Issues* (28 June 2018 HC 1114).

⁷⁶ Frank Iacobucci QC, *Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmed Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin* (2008) <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/internal_inquiry/2010-03-09/www.iacobucciinquiry.ca/en/documents/final-report.htm> accessed 10 January 2019.

⁷⁷ There were no commissions of inquiry investigating on the Khadr case, but the Canadian Supreme Court ruled in his favour, finding that his basic rights had been violated. *Canada (Prime Minister) v Khadr* [2010] 1 SCR 44. On the Khadr case, see M. Duffy, *Detention of Terrorism Suspects: Political Discourses and Fragmented Practices*, Oxford-Portland, 2018, 256.

⁷⁸ UNSC Res 2178 (24 September 2014) UNDOC S/RES/2178.

Qaeda, posed various threats to Canadian shopping centres, spreading fear among civil society that was immediately mirrored at the institutional level. This situation, combined with a burning political situation in Canada,⁷⁹ accelerated the parliamentary stages and the Act received royal assent on June 18, 2015, as the Anti-terrorism Act 2015.⁸⁰ It was immediately branded as a “restructuring”⁸¹ act of Canadian national security law.

Bill C-51 amended a number of acts, including the Criminal Code, the ATA and the IRPA. Like the ATA, Bill C-51 is an “*omnibus*” piece of legislation, covering several areas of counter-terrorism law. They can be enumerated as follows: information sharing; air travel and no-fly lists; amendments to the Criminal Code as to terrorist offences; disruption activities; and amendments to the security certificate regime.

It is worth analysing the most important innovations in relation to each of these aspects, in order to take stock of how they influenced the Canadian approach to the challenging balance between rights and security.

First, with regard to information sharing, the main change brought by Bill C-51 is the enactment of the Security of Canada Information Sharing Act (SoCIS Act), which enables multi-institutional information sharing. Although governed by an apparently well-balanced set of principles,⁸² the new information sharing system is rather complex and puzzled. Above all, it allows Canadian authorities to share information about “activities that undermine the security of Canada”. This is a new and quite vague concept, potentially including any activities undermining life and security of any Canadian citizen in the world. In this way, “security” becomes an “umbrella” notion, implying the high risk that any kind of information is shared, with negative repercussions’ on individuals’ privacy. From an operative point of view, the SoCIS Act empowers more than 100 government institutions to disclose information, gathered through a very broad set of activities, including “detection, identification, analysis, prevention, investigation or disruption”,⁸³ to 17 federal institutions. The deriving framework lacks precision and foreseeability and, according to commentators,⁸⁴ does not settle the lack of transparency proper of the previous regime.⁸⁵

Second, Bill C-51 enacts the Secure Air Travel Act, which enables the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to establish a list – to be

⁷⁹ In his election rally, Harper’s campaign strongly relied on the fight against violent jihadist extremism.

⁸⁰ *Anti-terrorism Act*, SC 2015, c 20. This Essay will refer to it always as “Bill C-51” in order to avoid confusion with the 2001 Anti-terrorism Act.

⁸¹ C. Forcese, K. Roach, Bill C-51: The Good, the Bad and... the Truly Ugly, *The Walrus* (13 February 2015) <<http://www.sfu.ca/~palys/Forcese&Kent-BillC-51-TheGoodBad&TrulyUgly.pdf>> accessed 10 January 2019.

⁸² For example, effective and responsible sharing; regular feedback on the usefulness of share information; disclosure of information only to those within an institution exercising jurisdiction or carrying out activities and responsibilities in relation to the security of Canada.

⁸³ *SoCIS Act*, sec 2.

⁸⁴ Forcese and Roach (n 8) 157.

⁸⁵ As underlined by the above-mentioned reports on extraordinary renditions, such lack of transparency led to misconduct and responsibilities of government’s officials.

reviewed every 90 days – of persons suspected to threaten transportation security or to travel by air for the specific purpose of committing a terrorist offence or engage in terrorist activities. These lists are laid down on the basis of secret information and persons included therein can be denied transportation. This decision can be challenged before the Minister of Public Safety. The Minister's verdict can be appealed before federal courts. However, in this procedure, usual rules of evidence do not apply, since the court can decide on the basis of hearsay evidence (i.e. evidence that is generally not admissible in a court of law).⁸⁶

Third, and very importantly, Bill C-51 made a number of amendments to the Criminal Code. Being impossible to analyse all of them specifically,⁸⁷ the following lines will focus on the so-called glorification of terrorism. This choice is due to the broad comparative analysis that can be made in this regard. Starting from the Canadian context, Bill C-51 created a new offence consisting of advocating or promoting the commission of terrorist offences “in general”.⁸⁸ The required *mens rea* is that the person knows that any of these offences will be committed or is reckless as to whether the offence will be committed. Additionally, it is possible to obtain a court warrant – without any need for any criminal charge – for the seizure of publications considered as “terrorist propaganda” or their deletion from computer systems.⁸⁹ Terrorist propaganda is defined as “any writing, sign, visible representation or audio recording that advocates or promotes the commission of terrorism offences in general – other than an offence under s. 83.221(1) [glorification of terrorism] – or counsels the commission of a terrorism offence”.⁹⁰ Law enforcement agencies may also place under electronic surveillance activities suspected of consisting of terrorist advocacy or promotion as well as of dissemination of terrorist propaganda. Thus, although Bill C-51 is not a surveillance law, it has strong surveillance implications, since this provision opens the door to invasive controls, for example, on metadata generated by online searches. Shifting the analysis to a comparative perspective, in framing such offence, the Canadian legislator followed a trend that, after the outbreak of the terrorist threat, has been very common in Europe and Australia.⁹¹ As a matter of fact, fear for infiltration of “radicalised messages” – enhanced, in recent years, by

⁸⁶ *Secure Air Travel Act*, sec 16(6)(e).

⁸⁷ But see further J. Bécharde et al, *Legislative Summary of Bill C-51*, Parliament of Canada, Library of Parliament Research Publications (19 June 2015) <https://lop.parl.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c51&Parl=41&Ses=2&Language=E#a5> accessed 10 January 2019. Three main areas can be detected: provisions on the glorification of terrorism, recognizance with conditions and preventive arrest, measures for the security of witnesses.

⁸⁸ *Criminal Code*, sec 83.221.

⁸⁹ *Ibid.*, sec 83.222.

⁹⁰ *Criminal Code*, sec 83.222.

⁹¹ Where “advocacy of terrorism” is punished by sec 80.2C of the Criminal Code as amended by Counter-Terrorism Legislation Amendment (Foreign Fighters) Act, 2014 No 116. Nevertheless, “advocacy” in Australia is interpreted in a less overbroad way than “glorification” in the UK. K. Roach and C. Forcese, *Bill C-51 Background #1: The New Advocating or Promoting Terrorism Offence* (February 3, 2015) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560006> accessed 10 January 2019.

the development of technology – led lawmakers to enact pieces of legislation containing very worrying features in relation to the constitutionally protected right to free speech. This tendency against freedom of expression even increased after 2014–15, when investigations on terrorist attacks in Europe shed light on the fact that some of the perpetrators were members of online networks of extremists and organised their action on the web. Consequently, over the years, legislators often criminalised speech with very broadly and vaguely-drafted criminal law provisions, not requiring evidence of a serious risk to harm national security. While the UK is one of the first examples of criminal repression of mere glorification,⁹² similar provisions were adopted in France⁹³ and Spanish courts interpreted the offence of *enaltecimiento* (literally translated as “exaltation” or “glorification”) of terrorism as requiring no causal link between words and (at least a risk of) commission of a terrorist offence.⁹⁴ Undoubtedly, the Canadian provision criminalising advocacy or promotion of terrorist offences follows this trend, insofar as it does not require evidence of a causal link,⁹⁵ is overbroad and does not include any good faith defence.⁹⁶ Although the Canadian glorification offence faced constitutional challenge before the Superior Court of Ontario,⁹⁷ the case has not been heard yet.

Fourth, Bill C-51 amended the CSIS Act in order to enhance disruption activities. Quite controversially, the law authorises the CSIS to engage in disruption – provided it previously obtained a judicial warrant from the Federal Court – even when such operations violate the Charter or other Canadian laws.⁹⁸ This provision raised major criticism, as the core function of judicial warrants should be to *prevent*, and not to *authorise*, violations of the Charter.⁹⁹ In addition, there might be no coincidence between what the court authorises and what the

⁹² Terrorism Act 2006. C. Walker, *Blackstone’s Guide to the Anti-Terrorism Legislation*, Oxford, 2014, 35.

⁹³ *Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*.

⁹⁴ On *enaltecimiento* in Spain, M. Llobet-Anglí, A. Masferrer, *Counter-terrorism, emergencies and national laws*, in G. Lennon, C. Walker (eds.), *Routledge Handbook on Law and Terrorism*, London-New York, 2015, 38, 44.

⁹⁵ As happens, for example, in Italy, where the Constitutional Court, as well as the Supreme Court of Cassation, remarked that the offence punishing “apology of terrorism” (art. 414.3 of the Italian Criminal Code) can be applied only if there is demonstrated link between the manifestation of thought and the actual risk that an act endangering national security takes place. See, among recent judgments, Corte di Cassazione, sez. I pen, sent. 1-12-2015, n. 47489.

⁹⁶ D. Schneidermann, *What Lessons Have We Learned about Speech in the Aftermath of the Paris Attacks?*, in E.M. Iacobucci and S.J. Toope (eds.), *After the Paris Attacks. Responses in Canada, Europe and around the Globe*, Toronto, 2015, 159, 160.

⁹⁷ See J. Barber, *Canada’s Anti-terror Legislation Faces Legal Challenge by Free Speech Advocates*, *The Guardian* (21 July 2015) <<https://www.theguardian.com/world/2015/jul/21/canada-anti-terror-lawsuit-bill-c51>> accessed 10 January 2019.

⁹⁸ *CSIS Act*, sec 12.1(3).

⁹⁹ C. Forcese and K. Roach, *Bill C-51 Background #2: The Canadian Security Intelligence Service’s Proposed Power to “Reduce” Security Threats through Conduct that May Violate the Law and the Charter* (12 February 2015) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2564272> accessed 10 January 2019.

CSIS concretely does. It is also necessary to remind that another anti-terrorism law of 2015, Bill C-44,¹⁰⁰ assented a few months before Bill C-51, had reformed some aspects related to CSIS. For example, it granted CSIS the power to collect information abroad and, in such context, it may even violate the Charter, as well as the foreign state's law. It had also reduced the transparency of CSIS's activity by forbidding the disclosure of identity of CSIS's officials (except in some specific cases). Therefore, it could be said that Bill C-44, albeit it is not as sweeping as Bill C-51, paved the way for it. This is also demonstrated by the short lapse of time between the entry into force of the two acts.

Fifth, the security certificate regime was amended through changes to the *IRPA*. On the one hand, as already hinted above,¹⁰¹ Bill C-51 eliminated the possibility for the special advocate to access the entire file of the government. Only pieces of evidence that are relevant to challenge the removal order can be revealed. Neither can the whole file be disclosed to the judge. On the other hand, the new law changed the appeal procedure, making it easier for the government, due to an extension of the grounds of appeal on which only the Minister can rely. In doing so, Bill C-51 eliminated some of the “comparative advantages” that the Canadian special advocate regime presented in respect of other common law countries relying on this mechanism. From a comparative perspective, the Canadian approach to secret evidence is getting very close to that of the United Kingdom, where special advocates and the so-called closed material procedure are used in a wide set of proceedings and with very few guarantees of fairness.¹⁰² The circulation of the special advocate system deserves particular attention, considered through the “lenses” of comparative law scholars. Specifically, it can be regarded as an example of a “reverse” trend, in which the less right-oriented model (the UK) influenced the originally more protective one (Canada).

2.5. The Exchange of PNR Data: Potential Effects of ECJ's Opinion 1/15 on EU-Canada Relations

In addressing the Canadian approach to security, one cannot omit to consider a recent Opinion of the European Court of Justice (ECJ), potentially impacting on EU-Canada relations. On the one side, the commercial and strategic perspective is affected. On the other side, “global” standards of human rights protection, to be balanced with security needs, are emerging.

On July 26, 2017, the Grand Chamber of the ECJ issued an Opinion declaring some provisions of the draft agreement for the exchange of PNR (Passenger Name Record) data between Canada and the EU incompatible with the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter, the

¹⁰⁰ *An Act to Amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts*, SC 2015, c 9.

¹⁰¹ See paras 2.2 and 2.4.

¹⁰² On the special advocates system in the UK, see A. Tomkins, *Justice and Security in the United Kingdom*, in 47 *Israel Law Review* 305 (2014).

Charter).¹⁰³ PNR data is information concerning passenger's identification, travel details, preferences of different kinds (food, means of payment etc.).

Whilst before 9/11 PNR data used to be collected only for commercial purposes and then immediately deleted, after 9/11 many countries passed laws allowing public authorities to access, retain and use it in order to prevent terrorism. The US was the first to do so,¹⁰⁴ but Canada did the same very soon. In particular, a provision of the ATA 2001, discussed above, introduced the PAXIS system, i.e. automated analysis of data received from air carriers. PAXIS is able to perform risk assessment over such data and, if potential threats are detected, they are communicated to the Canada Border Service Agency.¹⁰⁵

Against this background, the European Union had to reach agreements with countries imposing the collection and analysis of PNR for criminal prevention purposes, as the US and Canada. As a matter of fact, also air carriers flying from the EU to these countries had to let domestic authorities access PNR data of their passengers. With a view to avoiding that these practices violated EU law guarantees on privacy and data protection, the EU had to enter into international agreements – based on a Commission adequacy decision¹⁰⁶ – with such countries in order to regulate the matter.

The first EU-Canada agreement was signed in 2005, entered into force in 2006 and was in place until 2009, when it expired and renegotiations for a new one opened. This first deal presented some flaws in terms of human rights.¹⁰⁷ However, it was never challenged before the ECJ through applicable procedures. In 2014 renegotiations brought to a new text, which was instead submitted to the ECJ by the European Parliament (EP) according to Article 218 TFEU procedure.¹⁰⁸ The EP raised doubts on its compatibility with some provisions of the Charter, in particular Articles 7 (right to privacy), 8 (right to data protection), 52 (principle of proportionality) and asked the ECJ to rule on the issue.

¹⁰³ ECJ, Opinion 1/16, July 26, 2017. For an analysis, A. Vedaschi, *The European Court of Justice on the EU-Canada Passenger Name Record Agreement: ECJ, 26 July 2017, Opinion 1/15*, in 14 *European Constitutional Law Review* 410 (2018).

¹⁰⁴ US Aviation and Transportation Security Act 2001, Pub L 107-71.

¹⁰⁵ A. Vedaschi, 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-Portland, 2017, 67, 75.

¹⁰⁶ According to art 25 of the old Data Protection Directive (Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data), recently replaced by art 45 of the General Data Protection regulation (Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC), the EU may transfer data to third countries only if such country ensures an adequate level of protection. Adequacy must be assessed by a Commission decision taking into consideration various factors.

¹⁰⁷ For example, complex administrative procedures to file complaints, no mention of the possibility to rectify data, quite vague references to the independence of oversight bodies.

¹⁰⁸ According to which the EP, before ratifying an international agreement between the EU and third countries and determining its definitive entry into force, can ask the ECJ an opinion on the text's compatibility with EU law (specifically, the Treaties and acts having the same legal value, such as the Charter).

Without going into the details of the ECJ's Opinion,¹⁰⁹ it is enough to say that, although limitations to privacy and data protection were necessary to achieve a legitimate objective (protecting public security), the Court found some of them not proportional to the aim and, consequently, in breach of EU law. In its decision, the Court set the balance between rights and security in a particularly refined and careful way. Notably, the main practical effect of a “negative” opinion of the ECJ – as in this case – on a draft international agreement between the EU and third countries is that the text cannot enter into force in its current form.

There are two major implications – interrelated between them – for EU-Canada relations. First, EU and Canadian institutions have now to renegotiate the agreement¹¹⁰ and, until that moment, despite its expiry, the old agreement will continue to apply. Nevertheless, stages of the renegotiation process are progressing slowly, and a new version of the agreement has not been signed yet.¹¹¹ This delay is quite worrying, because it implies that data of passengers travelling from the EU to Canada are managed according to an old, not updated framework. Moreover, it could hide substantial divergences on the political scene. Second, with its Opinion 1/15, the ECJ *de facto* imposed that, when EU and Canadian institutions renegotiate the agreement, they will have to comply with EU law standards in relation to privacy and data protection and their limits. In this way, the Court indirectly made an extra-jurisdictional extension of EU law, in particular of the Charter. This is significant for EU-Canada relations. On the one hand, the EU is trying to establish a leadership at the global level in terms of data protection and its balance with security. On the other hand, this attempt may have strong political repercussions, insofar as a third country – Canada – may feel unduly and unreasonably compelled to apply standards coming from outside its own legal and jurisdictional framework. At any event, the ECJ's effort in establishing such a “global” set of standards on privacy and data protection appears to be commendable, and it will perhaps play a role in the achievement of a better balance between rights and security, even on a global scale.¹¹²

¹⁰⁹ On which see extensively A. Vidaschi, *Privacy and Data Protection versus National Security in Transnational Flights: The EU-Canada PNR Agreement*, in 8 *International Data Privacy Law* 124 (2018).

¹¹⁰ European Commission, Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on an Agreement between the European Union and Canada for the transfer and use of Passenger Name Record (PNR) data to prevent and combat terrorism and other serious transnational crime, COM(2017) 605 final. Indeed, they could also decide not to renegotiate any agreement, but this would prove unfeasible under the perspective of economic and commercial relations.

¹¹¹ As the Article 29 Working Party recently remarked in a recent letter to the Commission (April 11, 2018) <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51023> accessed 10 January 2019.

¹¹² See, against the “creative” role of courts, O. Pfersmann, *Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation*, in *Revue française de droit constitutionnel* 790 (2002).

3. The “Future”: Bill C-59

3.1. *Bill C-59: Political Context, Parliamentary Stages and Main Features*

As said in Section 2 of this Essay, Bill C-51 presents a number of flaws in terms of human rights that make it quite security-oriented, to the detriment of individual rights. Due also to vigorous opposition by civil society groups, engaging in strong lobbying activity,¹¹³ Bill C-59, aimed at amending relevant parts of Bill C-51, was introduced in the House of Commons on June 20, 2017.¹¹⁴ After first reading, the Bill was referred to the Standing Committee on Public Safety and National Security, which reported it with some amendments. Then, after second reading in the House of Commons, it was introduced in the Senate on June 20, 2018. When the Senate finished second reading, it was referred to the Standing Senate Committee on National Security and Defence on December 11, 2018. Therefore, while this Essay is being written, Bill C-59 is not yet law; nonetheless, it may represent the legislative framework of the (potentially, near) future in relation to Canadian national security law and tries to address some of Bill C-51’s drawbacks. Hence, it deserves analysis, with specific focus on the way in which it modifies Bill C-51’s most worrying provisions.

Before examining Bill 59’s main features, it is important to remark that it was introduced in a political context that is significantly different from Bill C-51’s background. As a matter of fact, in the elections held in October 2015 – only a few months after the enactment of Bill C-51 – the Liberal Party won the majority of seats in Parliament and its leader, Justin Trudeau, who is the son of Pierre Trudeau,¹¹⁵ the Prime Minister who had to deal with the October crisis, formed a new government, replacing the conservative Harper Cabinet that had sponsored Bill C-51. After the Trudeau government took office, the terrorist threat continued to be present in Canada,¹¹⁶ both in terms of perpetrated attacks¹¹⁷ and spread of radical ideas leaning towards extremism and, in many cases, bringing to the phenomenon of foreign fighters.¹¹⁸ This was perceived as evidence of Bill C-51

¹¹³ J. Murphy, Canadian Campaigners to Demand Public Debate on Controversial Anti-Terror Law, *The Guardian* (13 January 2016) <<https://www.theguardian.com/world/2016/jan/13/canada-anti-terror-law-public-consultation-campaign>> accessed 10 January 2019.

¹¹⁴ From September 8, 2016 to December 15, 2016, a public consultation was held on national security matters. See relevant documents and reports <<https://www.canada.ca/en/services/defence/nationalsecurity/consultation-national-security.html>> accessed 10 January 2019.

¹¹⁵ See para 1.1.

¹¹⁶ As showed by Government of Canada, Department of Public Safety and Emergency Preparedness, *2017 Public Report on the Terrorist Threat to Canada* <<https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/pblc-rprt-trrrst-thrt-cnd-2017/index-en.aspx>> accessed 10 January 2019.

¹¹⁷ The Edmonton events are emblematic.

¹¹⁸ For a study on the phenomenon of foreign fighters in Canada, CSIS, *The Foreign Fighters Phenomenon and Related Security Trends in the Middle East* (January 2016) <<https://www.canada.ca/content/dam/isis-scrs/documents/publications/20160129-en.pdf>> accessed 10 January 2019.

“failure”. As a result, the need to modernise and enhance some of its features, trying to “fix” its negative issues, turned out.

Bill C-59, divided into several Parts and sharing the “omnibus” nature of *ATA* and Bill C-51, addresses three key macro-areas: enhanced oversight mechanisms over the activities of security agencies, in order to ensure better accountability; changes to the no-fly list regime; and amendments to the Criminal Code as modified by Bill C-51. Ultimately, it also contains a clause, in Part 9, providing for periodic review of the law starting six years after its entry into force.

Provisions dealing with the first set of issues, to which Parts 1-5 of Bill C-59 are dedicated, concern both oversight (performed over ongoing activities and during preparatory stages) and review (*ex post* scrutiny over what has been done). With regard to review, the Bill replaces SIRC with the National Security and Intelligence Review Agency (NSIRA), which have the power to review not only CSIS’s activities, but also what is carried out by CSE and by the RCMP. NSIRA also have investigative powers over complaints made against these bodies. Moreover, CSIS’s disruption activities, which represented one of the most debatable issues of Bill C-51, are subjected to detailed reporting requirements. In relation to oversight, Bill C-59 sets up an Intelligence Commissioner, tasked with approving authorisations, amendments and determinations of CSIS and CSE. More generally on the issue of accountability, Bill C-59 lists clarity and compliance as guiding principles for the activities of CSE, whose mandate is also made much more specific through detailed provisions. Importantly, in November 2017 – thus, a few months after Bill-59’s presentation in Parliament – another law, Bill C-22,¹¹⁹ was passed, establishing a Parliamentary National Security Oversight Committee. Therefore, an effort towards improved oversight, both through parliamentary and independent administrative bodies, emerges patently. Heading back to Bill C-59’s approach to accountability, it tries to guarantee it also by amending Bill C-51’s information sharing regime. In particular, information is no longer “shared”, but it is “disclosed” – with explicit reference to necessary respect for privacy rights – and must be supported by statements on its reliability and methods through which it has been obtained.

The second set of provisions amended by Bill C-59 relates to the no-fly list regime. On the one hand, there is the possibility to use more advanced tools – such as biometric information – in order to identify people to be subscribed to the lists. The use of techniques that are more sophisticated than the old ones reduces the risks of error in identifying individuals. On the other hand, some improvements to the mechanism to challenge the inclusion in the lists can be detected. Specifically, Bill C-59 reverses the presumption – embodied in Bill C-51 – of appeal’s denial when there is no reply to a lodged application. It also extends the period available to individuals to file complaints.

The third macro-area addressed by Bill C-59 is criminal law. As said before, one of the most troublesome criminal law features introduced by Bill C-51 is the provision punishing advocacy or promotion of “terrorism offences in general”, due

¹¹⁹ *An Act to Establish the National Security and Intelligence Committee of Parliamentarians and to make consequential amendments to certain Acts* 2017, c 15.

to its overbroad nature, potentially encompassing messages that do not even imply a mere risk of convincing others to commit terrorist acts. Bill C-59 – in addition to some further changes to the Criminal Code¹²⁰ – repeals this provision and replaces it with the much narrower and less vague offence of “counselling” others to commit terrorism offences. Counselling automatically implies a much higher standard of evidence, since prosecutors have to prove the perpetrator’s intent to urge the listener to engage in terrorist activities.¹²¹

3.2. Bill C-59: A Real Solution to Bill C-51’s Drawbacks?

As remarked, Bill C-59 is the result of a changed political situation – the shift from a Conservative to a Liberal government – as well as of strong protests by the civil society against Bill C-51 and its harsh provisions. Yet to what extent does Bill C-59 represent a substantial improvement of the 2015 regime? Undoubtedly, as observed in the previous paragraph, the 2017 Bill shows, at least in a theoretical view, an evident attempt to improve accountability by providing both stronger oversight and stricter review mechanisms. Hence, Bill C-59 is a remarkable and praiseworthy effort by the Canadian legislator to better frame the balance between rights and security. However, there are still some “grey areas” that may need refinement, as early comments to this draft law recently underlined.¹²²

First, the paragraph above showed that Bill C-59 tried to improve accountability and to reduce the gap between the (very extensive) powers of security agencies and the (quite weak) impact of bodies tasked with oversight and review of their activities.¹²³ Undoubtedly, it made some progress to this end. Nonetheless, some scholars¹²⁴ argued that security services – CSE in particular – keep being vested with intrusive powers, which are not outweighed by oversight and review mechanisms. Specifically, reference is to CSE’s actions consisting of “acquiring, using, analysing, retaining or disclosing publicly available information”.¹²⁵ Such collection power may result in “incidental” information

¹²⁰ For example, the preventive arrest and investigative hearing regimes are repealed.

¹²¹ As held by extensive case law dealing with the general offence of “counselling”. See, among others, *R v Hamilton* [2005] 2 SCR 432. K. Roach, *Counselling Murder and the Problems Presented by Hamilton*, in 51 *Criminal Law Quarterly* 265 (2006). On the differences between counselling and advocacy, see also Canadian Bar Association, *Bill C-59 – National Security Act, 2017* (January 2018) <<https://www.cba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=af8ac20b-0d2a-4249-a743-0ba351012c54>> accessed 10 January 2019.

¹²² Since Bill C-59’s introduction in the House of Commons, scholars have talked about its “roses and thorns”. See C. Forcese, K. Roach, *The Roses and the Thorns of Canada’s New National Security Bill*, *Macleans*, 20 June 2017 <<https://www.macleans.ca/politics/ottawa/the-roses-and-thorns-of-canadas-new-national-security-bill/>> accessed 10 January 2019.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ See S. Newark, ‘C-59: Building on C-51 Towards a Modern Canadian National Security Regime’, Macdonald Laurier Institute Publication (October 2017) <https://macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLICommentaryNewark1017F_Web.pdf> accessed 27 July 2018.

¹²⁵ Bill C-59, sec 24. See also C. Parsons et al., *Analysis of the Communication Security Establishment Act and Related Provisions of Bill C-59 (An Act Respecting National Security Matters)*, First Reading (December 18, 2017) (December 2018) <<https://citizenlab.ca/wp->

gathering activity, meaning the possibility to obtain and share information on people who are not targeted by a specific surveillance measure. If this provision is interpreted in this way, the Canadian approach to surveillance might get alarmingly close to the one of the US, where the “incidental overhear rule” has become an established doctrine among courts.¹²⁶ In the US, incidental overhear means that persons in contact with the target of surveillance are intercepted as well and enjoy no better guarantees than the target himself does. For example, in the US context, if the target of surveillance is a foreigner, thus not entitled to Fourth Amendment protection, his interlocutor will not be recognised Fourth Amendment rights, even though he is a US citizen. Similarly, in Canada, the “incidental” target, although not being totally stripped of Charter rights, would be subject to diminished protection without being the object of a specific surveillance measure.

A second debatable point is the fact that Bill C-59 does little to improve disruption regime designed by Bill C-51. In particular, CSIS’s powers in this regard are not reduced. The only improvement one can detect is that the draft law explicitly provides for consideration of privacy impact in framing such measures.¹²⁷ Nonetheless, opponents argued that this additional guarantee will not be effective as long as CSIS’s power to engage in actions the violate Charter rights is not overturned.¹²⁸ And Bill C-59 does nothing in this regard, since it still enables CSIS to infringe the Charter, even though under certain conditions.

Still on the activity of security services – and this is a third criticality of Bill C-59 – change of terminology from information “sharing” to information “disclosure” has been perceived as a merely “symbolic”¹²⁹ amendment.

A fourth weakness¹³⁰ is that Bill C-51’s no-fly list rules – and concerns they pose in terms of fundamental rights – are not substantively changed. Bill C-59 only addressed some secondary issues of the topic, without going into the core problems connected to no-fly lists. In other words, focusing on the mechanism of identification and on the presumption of appeal’s denial, Bill C-51 bypasses the most troublesome feature of no-fly listing in Canada, i.e. secrecy of the information on which lists are based. Such material cannot be disclosed to people included in the no-fly list, even when they challenge the Minister’s decision to enter their name. Actually, no special advocate system is provided in such circumstances, and the whole process continues to be characterised by lack of transparency.

These are just some of the points that raised criticism against Bill C-59.¹³¹ The only aspect that seemed to receive quite a high rate of consensus is the choice

content/uploads/2017/12/C-59-Analysis-1.0.pdf> accessed 10 January 2019 (criticising the broad definition of “publicly available information”).

¹²⁶ E. Goitein, *Another Bite Out of Katz: Foreign Intelligence Surveillance and the Incidental Overhear Doctrine*, in *55 American Criminal Law Review* 105 (2017).

¹²⁷ Bill C-59, sec 12.

¹²⁸ Canadian Bar Association (n 121).

¹²⁹ Newark (n 124).

¹³⁰ Identified, among others, by the Canadian Civil Liberties Association, ‘Ten Things You Need to Know About Bill C-59’ (12 September 2017) <<https://ccla.org/ten-things-need-know-bill-c-59/>> accessed 10 January 2019.

¹³¹ For a more in-depth analysis, Canadian Bar Association (n 121).

to replace the “advocacy” with the “counselling” offence. This amendment may allay concerns related to freedom of expression. In general, as commentators noted, this Bill is “far from perfect”.¹³² Nevertheless, it may represent a remarkable effort towards a better way of weighing up rights with security.

4. Conclusion

This Essay has demonstrated that the Canadian approach to national security matters has varied as to its features and intensity according to factual and political circumstances.

Section 1 has shown a dichotomy between the (over)reaction to the 1970 “October crisis” and the (weak) response to the 1982 Air India bombing. In the former case, the invocation of the WMA and the use of military force was too strong a reaction and had to be scaled down. In the latter situation, instead, there was indifference and inaction, although it represents one of the major air attacks before the one to the Twin Towers and the World Trade Center.

Perhaps it was exactly the lack of a compromise between a disproportionate action and an excessively negligent attitude that has caused the absence, in the Canadian legal context, of a well-structured, reliable and abiding legislative background to fight terrorism from 2001 onwards. More specifically, had Canada reacted through *ad hoc* legislation, rather than through military provisions as in 1970, or indifference as in 1985, it would not have been unprepared, from a legislative point of view, to face the aftermath of 9/11. For example, in the UK the need to fight IRA terrorism, in the years before 2001, brought to the enactment of a significant body of laws and regulations dealing with the protection of national security. They were strengthened and refined after 2001, but they undoubtedly constituted a pivotal – although not free from important human rights concerns – starting point. In this regard, Section 2 has shed light on how the response to the 9/11 was particularly – if not, as to certain aspects, uncritically – inspired to UN guidelines. At that time, Canada was also anxiously eager to demonstrate to be a country with strong safeguards for security and not a safe harbour for potential attackers, as alleged by the US. Such an *omnibus* piece of legislation, as the ATA is, closely resembles the US response, with the 2001 Patriot Act.

Additionally, Canada’s involvement in extraordinary rendition programmes, hiding the use of torture (or, at least, its outsourcing), is not dissimilar from what happens in other “mature” democracies. In this respect, Canada fits into a widespread trend heading towards a loss of accountability and transparency.¹³³

In any event, whilst in 2001 and in the following years Canada had not been directly affected by international terrorism, at least substantially, things changed in 2014 with the attacks occurred in Quebec and in Ottawa. The following legislation, Bill C-51, is a particularly stark and tough reaction. Yet, as seen, also in this case there is no big divergence between the Canadian and other countries’ approach to new threats, specifically if one considers the criminalisation of the

¹³² Forcese and Roach (n 8).

¹³³ Italy is a landmark example, with the *Abu Omar* case. See A. Vendaschi (n 70).

terrorist message and the increasingly harsh surveillance measures. Then, again from a comparative perspective, Canada seems to fit well into a common tendency.

Indeed, surveillance issues, implying the limitation of the rights to privacy and data protection, should be now seen in light of the above-mentioned 2017 PNR Opinion, through which the Court of Justice openly showed its “cross-border” ambitions. As remarked in the previous paragraphs, the need that Canada conforms at least to the core of EU law guarantees on the matter represents an evident trend towards the “globalisation” of standards.

Ultimately, the concrete application and functioning of Bill C-59 – discussed in Section 3 and whose provisions may partially depend on a strong will of the new government to mark the difference with the previous one – has still to be assessed, once it would become law. Undoubtedly, there are improvements to Bill C-51 as to human rights protection. It will be interesting to see how they work in practice.

In conclusion, Canada, whose counter-terrorism action is characterised by a certain rate of fragmentation and, at times, legislative “indecision”, has not departed from the most diffused patterns in the comparative context. Most probably, such developments, substantively revising the balance between national security and fundamental rights, are re-framing the concept of security itself.¹³⁴

¹³⁴ A. Vidaschi, *L'Accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giur. Cost.*, 2017, 1913 ff.

Linguistic Rights of Minorities and Indigenous Communities

di Mauro Mazza

Abstract: Diritti linguistici delle minoranze e comunità indigene – The essay examines the legal status of linguistic groups in Canada, comparing them with other experiences especially of common law countries (Australia, New Zealand and United States). Both the English and French-speaking linguistic communities and the Aboriginal communities are analysed. Special attention is given to issues concerning education in English and French. For the Aboriginal communities, the experiences of Nunavut and Nisga'a are examined as paradigmatic cases. Finally, the teachings that the Canadian experience, also in comparison with the Italian case, can offer on the comparative level are highlighted.

775

Keywords: Linguistic minorities, Anglophones, Francophones, Indigenous communities, comparison with common law countries and the Italian case.

1. Introduction

Canada, as is widely known, has been studied, also in Italy¹, with a major focus on the implementation of the so-called multicultural model of society². In particular,

¹ See, especially, G. Martinico *et al.* (eds), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2018; E. Ceccherini, 'Cittadinanza, immigrazione e integrazione: l'approccio multiculturale canadese in bilico', in G. Cerrina Feroni, V. Federico (eds), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Presentation by L. Dei, Napoli, 2018, 345; E. Ceccherini 'Aboriginal Law nel mondo contemporaneo: l'esperienza canadese', in C. Murgia (ed.), *Scritti in onore di S. Volterra*, Torino 2017, 211; P.L. Petrillo, *Diritti linguistici e multiculturalismo in Canada, Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 983-1005; P.L. Petrillo, *Le istituzioni delle libertà. Esperienze costituzionali canadesi*, Padova, 2012, 19-22, 99-136; T. Groppi, *Il multiculturalismo come strumento per la costruzione dell'identità nazionale: l'esperienza del Canada*, in D. Amirante, V. Pepe (eds), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino, 2011, 17; T. Groppi, *Canada*, Bologna, 2006, 18-22, 42-45; G. Rolla, 'Tutela dell'identità culturale e personale negli ordinamenti multietnici: l'esperienza del Canada', in *Scritti in memoria di L. Paladini*, Vol. IV, Napoli, 2004, 1891; G. Rolla, *La tutela costituzionale delle identità culturali: l'esperienza del Canada*, in S. Gambino, C. Amirante (eds), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale. Federalismo, Diritti, Corti*, Padova, 2000, 87; G. Rolla (ed.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, Milano, 2000.

² On the (very close) relationships between multiculturalism and linguistic issues see, in addition to the works quoted *supra* (note 1), D. Amirante, 'La questione linguistica nello Stato multiculturale: profili comparati', *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 917-941. For a comprehensive comparative survey on linguistic rights, cf. G. Poggeschi, *I diritti linguistici*.

the Canadian nation (demos) includes, on the one hand, the two founding peoples, the Anglophones and Francophones, and, on the other hand, the Indigenous peoples, or Aborigines. The present contribution intends to examine the legal status of English-speaking and French-speaking minorities from the point of view of linguistic rights and, secondly, the legal status of Indigenous peoples, with special reference to the problems relating to the use of language of Aboriginal communities in some peculiar territorial contexts. The underlying assumption is that linguistic rights are a key, predominant, element of minority rights³, in awareness of the complex interactions of minorities protection with nation-building and state-building.

The Canadian experience is of great interest for the comparatists. This is because, on the one hand, has long been committed to the realization of multiculturalism; on the other hand, it refers to both linguistic and ethnic minorities, represented in the latter case by the Indigenous peoples. The Canadian legal experience is useful, in particular, for the solution of the problems of linguistic minorities in Italy (as well as in Europe), and his direct knowledge is a source of special enrichment for the Italian comparative doctrine. The comparative approach is also useful for Canadian scholars, especially in relation of the pending Indigenous languages legislation introduced in the Federal Parliament⁴, which is aimed at preserving, revitalizing and promoting Aboriginal languages, beginning with the right to use them (where appropriate), even with the provision of obligations both for the federal government and for the provincial/territorial governments and for the municipal ones, including the local educational authorities.

Un'analisi comparata, Roma, 2010; G. Poggeschi, *Language Rights and Duties in the Evolution of Public Law*, Baden-Baden, 2013.

³ On the subject, see: M.J. Esman, 'The Politics of Official Bilingualism in Canada', *Political Science Quarterly*, Vol. 97, No. 2, 1982, 233-253; C.M. MacMillan, *The Practice of Language Rights in Canada*, Toronto, 1998; S.W. Crowe, 'Comparatively Speaking: Language Rights in the United States and Canada', *Canada-United States Law Journal*, Vol. 37, No. 1, 2012, 207-230; M.C. Barbier, 'La legislazione sul bilinguismo in Canada', in G. Rolla (ed.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, Milano, 2000, 268; M. Bastarache, M. Doucet (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, Foreword by L. Arbour, 3th edn, Montréal, 2014, and more recently. F. Bérard, *Charte canadienne et droits linguistiques. Pour en finir avec les mythes*, Foreword by J.-F. Montréal, 2017; O. Dulude, *La protection des minorités au Canada: fondements théoriques, lacunes et pistes de solutions*, Observatoire national en matière de droit linguistique, Montréal, 2017 (also with regards to the right to the media in the language of the minority). On the case law, see J. Woehrling, 'La Cour suprême du Canada et la réflexion sur la nature, les fondements et les caractéristiques des droits et de la liberté linguistiques', in C. Brohy *et al.* (eds), *Conference Proceedings of the 12th International Conference of the International Academy for Linguistic Law* (1-3 November 2010, Black Mountain, Thaba Nchu, South Africa), Bloemfontein, 2012, 313.

⁴ See, for example, "Bill S-212 – Aboriginal Languages of Canada Act. An Act for the advancement of the aboriginal languages of Canada and to recognize and respect aboriginal language rights".

2. Anglophones and Francophones, between the International Covenant on Civil and Political Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms

The origin of the constitutional protection currently guaranteed to the two official languages⁵ of the Canadian Federation, namely English and French, is significantly to be found in sections 26 and 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966. These rules forbid discrimination of individual persons and minorities from discriminating on a number of grounds, including language (used by the individual and by minority group). The rules themselves constitute a specification of the general prohibition of discrimination contained in the second paragraph of section 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Canada ratified in 1976 the just-mentioned international agreement; from this it is derived the obligation to transpose into national law the prohibition of discrimination envisaged by the instrument of international law. In this sense has provided the first paragraph of section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms of 1982, which, moreover, does not explicitly mention the use of language amongst the causes of discrimination prohibited⁶. Implementation within the Canadian constitutional order of the provisions contained in section 26 and, most importantly, section 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights in the field of the protection of linguistic rights of minorities is therefore mainly entrusted in sections 16 to 20 and 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The protection recognized by the Canadian Charter of Rights and Freedoms to the official languages of Canada, namely English and French, is comparatively more advanced or 'generous' than that contemplated by section 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights; on the other hand, for linguistic minorities other than the English-speaking and French-speaking minorities, the situation is certainly different, in the sense that for these last linguistic communities the protection afforded by the Canadian Charter of Rights and Freedoms is not only lower than that for Anglophones and Francophones, but it also falls below the standards outlined in the International Covenant on Civil and Political Rights. If, in fact, sections 16 to 20 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms fully equate English and French as languages which can be used in the relations with the public administration and with the judicial authorities, the same can not be said for the other minority languages. This applies to minority languages still spoken by Aborigines belonging to the so-called First Nations⁷, who are "old" minorities settled in Canadian territory before the arrival in the New Continent of the colonizers coming from Europe, and those who belong to the

⁵ So-called linguistic duality, or official language minority communities (OLMCs).

⁶ See D. Newman, 'Recent Interactions Between Aboriginal Rights and Section 15 of the Charter', *Saskatchewan Legal Education Society Inc. (SKLESI), Civil Law Charter Update*, March 2007, 1-7.

⁷ The Canadian First Nations are over 600 (634 officially recognized), and speak more than 60 distinct languages, grouped into ten language families; cf. J. Preston, 'Canada', in K. Broch Hansen, K. Jepsen, P. Leiva Jacquelin (eds), *The Indigenous World 2017*, Copenhagen, 2017, 94. For a general overview, see O.P. Dickason, *A Concise History of Canada's First Nations*, 2nd edn, Toronto, 2010.

“new” minorities⁸, as for example the native speakers of German, Ukrainian or Russian⁹, or even more recently, the Arabophones who have moved from their countries of origin to Canada (*i.e.*, the so-called non-English-speaking and non-French-speaking immigrants¹⁰). The only disposition, at the federal constitutional level, expressly applicable to problems related to the use of mother tongue is section 14 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, which provides for the assistance of an interpreter in favor of the parties to a judicial proceeding, or a witness, who is unable to understand and speak the language (English or French) in which the process takes place. It is clear, however, that in the last case there is an individual right¹¹, while in the cases covered by sections 16 to 20 of the Charter of Rights and Freedoms, this is a collective right¹².

This is confirmed by section 16.1. of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, which was incorporated through the 1993 constitutional amendment and provides, for the inhabitants of New Brunswick, equality of status and

⁸ The distinction between “new” linguistic minorities (*i.e.* immigrant linguistic minorities) and historical linguistic minorities, from the point of view of linguistic rights, is also present in the Italian legal system; see, recently, L. Panzeri, *La tutela dei diritti linguistici nella Repubblica delle autonomie*, Milano, 2016 (where also references to the peculiar condition of the Roma and Sinti minorities, which are linguistic minorities as well as historical minorities but not fully territorialized). In the comparative perspective, see D.E. Tosi, *Diritto alla lingua in Europa*, Torino, 2017 (*Le Frontiere del diritto*, no. 23). On the “new” alloglot communities, see M. Chini, ‘New linguistic minorities: repertoires, language maintenance and shift?’, *International Journal of the Sociology of Language*, No. 210, 2011, 47-69. As regards the historical linguistic communities, see G. Iannàccaro, V. Dell’Aquila, ‘Historical linguistic minorities: suggestions for classification and typology’, *International Journal of the Sociology of Language*, No. 210, 2011, 29-45.

⁹ Not excluding the Italian native speakers; see D. Taddeo, R. Taras, *Le débat linguistique au Québec. La communauté italienne et la langue d’enseignement*, Montréal, 1987. In general, on the sociological universe of immigrants in Canada, see M. Tshibangu, *L’intégration des immigrants au Canada. Conflits de valeurs et problématiques d’adaptation*, Foreword by T. Banjikila Bakajika, Paris, 2015, and, for comparative legal aspects, C. Di Maio, ‘Profili di integrazione politica dello straniero. Una riflessione comparata tra Europa e Canada’, *Federalismi.it*, October 10, 2017 (www.federalismi.it); F. Palermo, K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford and Portland (OR), 2017, 403 ff. (*sub Immigration and Migrant Integration*). New immigrants refer to the problem of so-called third-type linguistic rights, according to the classification proposed by Giovanni Poggeschi (see *supra*, note 2).

¹⁰ They are also definable as allophones, *i.e.* “those with neither English nor French as a mother tongue”; cf. J. Friesen, ‘Allophones on the cusp of outnumbering francophones in Canada’, available on the website www.theglobeandmail.com, October 23, 2012, where interesting demo-linguistic considerations.

¹¹ Which refers not only to those belonging to linguistic minorities other than English and French, but also, for example, to deaf people.

¹² Cf. J. Woehrling, ‘Minority Cultural and Linguistic Rights and Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms’, *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, Vol. 31, No. 1, 1985, 50-92. On the theoretical level, see D. Newman, *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights Held by Groups*, Oxford-Portland (OR), 2011; D. Newman, ‘Theorizing Collective Indigenous Rights’, *American Indian Law Review*, Vol. 31, 2007, 273-289; D. Newman, ‘Collective Interests and Collective Rights’, Vol. 49, 2004 [published in 2005 despite date] *American Journal of Jurisprudence*, 127-163. Whit reference to the collective land rights (or the community commons) of the Arctic Indigenous peoples, see widely M. Mazza, *Aurora Borealis. Studies on Polar Law and Legal Comparison*, Oisterwijk (The Netherlands), 2017, 81-226.

(collective) rights in favor of the two privileged linguistic communities of Canada, that is to say, English-speakers and French-speakers.

3. The linguistic rights recognized to the English and French minorities in the field of education

The privileged constitutional status of English-speaking and French-speaking minorities also emerges from the provisions contained in section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, concerning the education sector¹³. Public funding for first and second grade schools is, in fact, limited, with regard to minority language education, only to English and French. Again, in this respect, in the same way to what has been seen in the previous paragraph for the provisions contained in sections 16 to 20 of the Charter of Rights and Freedoms, it goes beyond the provisions of section 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights as regards the protection of linguistic minorities. However, the above-mentioned consideration¹⁴ of the level of protection for linguistic minorities other than English-speaking and French-speaking minorities lower than that provided for in section 27 of the International Covenant also applies to Canada's constitutional provisions on minority language education. In particular, the constitutional text does not expressly provide even the right of linguistic communities, formed by "old" or "new" minorities¹⁵, other than English and French, to create private school institutions¹⁶ for teaching in minority languages that are not the official ones (*i.e.*, at the federal level, English and French). This also derives from the fact that – as will be seen immediately – the protection provided by the International Covenant is subsequent to that of legislative source introduced in Canada.

From the point of view of their genesis, the provisions of section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms are historically linked to section 93 of the British North America Act¹⁷ of 1867, which governs the creation of confessional schools for both the Anglo-Protestant minority in Quebec and for French-Catholic minorities in the rest of the Provinces. In the constitutional history of Canada, therefore, there is a close connection between linguistic dualism and religious dualism, as regards of the protection of English-speaking and French-speaking minorities. In fact, section 23 of the Charter of Rights and Freedoms exclusively concerns the juridical status of the Anglophone minority in Quebec and Francophone minorities established in the Canadian Federation outside the Quebec provincial territory. In particular, the first paragraph of section

¹³ See the thorough analysis of M. Hayday, *Bilingual Today, United Tomorrow. Official Languages in Education and Canadian Federalism*, Kingston-Montreal, 2005. For the case law of the Supreme Court, cf. G. Gaggero, 'Il diritto all'educazione nelle lingue dei "padri fondatori": verso un'uguaglianza realmente sostanziale?', in G. Rolla (ed.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, 393.

¹⁴ See the previous paragraph.

¹⁵ See the meaning specified in paragraph 2.

¹⁶ Funded entirely with private funds (without, therefore, public contributions).

¹⁷ Subsequently abbreviated BNA.

23 of the Charter of Rights and Freedoms provides the so-called universal clause and Canada clause. The first clause relates to the fact that Canadian citizens can give their children primary and secondary education in the English or French mother tongue provided that the same parents – who can also be immigrants, provided that they have acquired Canadian citizenship – belong to the English-speaking or French-speaking minority of the Province or Territory of residence¹⁸. The second clause, however, concerns Canadian citizens who have received primary teaching in English or French in a Province or Territory of Canada and now reside in a Province or Territory where the language of their primary education is minority¹⁹. The second paragraph of section 23 then establishes with respect to the so-called familial linguistic uniformity. This rule provides that the parents, who are Canadian citizens, who has chosen for one of his children primary or secondary education in English or French, has the right to give primary and secondary education in the same language to other children as well. However, a significant limit is set out in the third paragraph of section 23 of the Charter of Rights and Freedoms. It provides that, for the purpose of the actual exercise of the rights contemplated by the first two paragraphs of section 23 of the Charter, it is nevertheless necessary that there is a sufficient number of applications for enrollment in primary or secondary education by parents who intend to choose teaching for their children in English (Quebec) or French (in the rest of Canada) minority languages. The other limit, of an implicit nature, to teaching in English or French minority languages with funding from the public budget comes from the fact that section 23 of the Charter of Rights and Freedoms expressly refers to only primary or secondary education, with the exclusion of post-secondary education in general and university in particular.

The Canadian Supreme Court has had the opportunity to deal with the constitutional provision on primary and secondary education in the minority language, English or French, by using public funds. In particular, in the case *Mahe v. Alberta* of 1990²⁰, the Supreme Court, in interpreting section 23 of the Charter of Rights and Freedoms, has elaborate the principle of the so-called variable criterion or “sliding scale”. Based on this criterion, the Supreme Canadian judges identify three levels of constitutional protection of primary and secondary education provided in the English or French minority language. The first level, the so-called minimum level, envisages the programming of lessons in English or French. The second level, which we can call the highest level, contemplates the creation of primary and secondary education institutions in the language of the English-speaking or French-speaking minority. But there is also, according to the Supreme Court, a third level, which is referred to as an intermediate level. In addition to the activation of teaching in English or French minority languages²¹, but in the absence of school facilities exclusively devoted to the teaching provided in the English or French minority languages²², there is the participation of

¹⁸ See section 23, paragraph 1, letter (a) of the Charter of Rights and Freedoms.

¹⁹ See section 23, paragraph 1, letter (b) of the Charter of Rights and Freedoms.

²⁰ *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

²¹ Minimum level.

²² Maximum level.

representatives of the English-speaking or French-speaking minority language communities to the schools of the language majority (depending on the case, Anglophone or Francophone), in relation to the control and administration of the educational institution and its activities. Also other decisions of the Supreme Court of Canada have interested the linguistic rights, as *Ford v. Quebec* of 1988²³ on distinctive signs and trade names that can not be foreseen exclusively in French, or the so-called PEI case of 2000²⁴, in which the supreme federal judges established that the Province of Prince Edward Island (PEI) was constitutionally obliged to create a school for French-speaking children, or even when the Supreme Court, in *Solski v. Quebec* of 2005²⁵, decided that the children of the English-speaking minority receive “most” (“major part”) of their education in English in the sense of “significant part”, or again in the Yukon case of 2015²⁶, when it was decided that the criteria for admission to French schools outside the Quebec are established by the Provinces or Territories, but they can delegate the councils of the schools²⁷.

Concerning the concrete implementation of the provisions contained in section 23 of the Canadian Charter on Rights and Freedoms, it should be noted that these are linguistic rights that need positive support measures. They are therefore not absolute rights, but their implementation depends on providing adequate financial resources. In that light, section 93 of the BNAA states that the exclusive legislative competence in education is at the provincial (or territorial) level. It follows that the Provinces (and the Territories) have to allocate the financial resources needed to fully implement section 23 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms. In this respect, however, a lot of difficulties have arisen. They complain²⁸ about frequent and widespread delays by provincial (and territorial) authorities in implementing the normative provisions on the linguistic rights of Anglophone and Francophone minorities, often due to the lack of adequate public funding. In addition, many difficulties stem from the fact that the discretion of the Federal Ministry of Education is wide in the subject matter, and concerns in particular the minimum numbers for the implementation of educational programs for the English-speaking and French-speaking minority communities, in accordance with the provisions of section 23, paragraph 3, letters (a) and (b)²⁹.

Ultimately, the current situation of linguistic rights of the English-speaking and French-speaking minorities in the field of education recalls in some respects the general framework already outlined in section 133 of the BNAA, that is, the full formal equivalence of the two official federal languages (English and French),

²³ *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

²⁴ *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3.

²⁵ *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201.

²⁶ *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 282.

²⁷ For updated judicial references, see now G. Régimbald, D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd edn, Toronto, 2017.

²⁸ Cf. V. Piergigli, ‘I diritti linguistici nell’educazione: il contributo della Corte Suprema canadese alla tutela della francofonia minoritaria’, in S. Gambino (ed.), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, Milano, 2004, 141.

²⁹ See what has been said above in this paragraph.

but the fact that the condition of the Anglophone minority in Quebec is more favorable than that of the French-speaking communities in the rest of Canada³⁰, so that the latter communities are still exposed to a high risk of assimilation by the Anglophone majority.

4. Indigenous minorities and language problems: Peculiarities of the Canadian approach in the context of the common law countries

The Canadian Federation, on the other hand, is an interesting observatory for the comparative analysis of the rights of Indigenous and tribal peoples³¹. These are represented by Indians, Inuit and Métis (or mixed-blood). The Métis include both Indian mid-blood and Métis-Inuit³². The definition of the Métis as a distinct legal category represents a significant difference with US constitutional/public law, which has dealt with similar issues³³. The same can be said with reference to Australian and New Zealand experiences in the field of the protection of Indigenous peoples, in the sense that the latter are based on the US and not the Canadian criteria as regards the Métis³⁴.

The Constitution Act of 1982 explicitly recognizes, in the part devoted to the rights of the Aboriginal peoples of Canada, that the latter include the Indians, the Inuit, and the Métis³⁵. The constitutionalization of the rights of Indigenous peoples has, however, been accomplished by passing through distinct phases, though in part superimposed. With the adoption of the Indian Act of 1876, the

³⁰ See J. Woehrling 'La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais de 1867 a nos jours', *Revue française de droit constitutionnelle*, No. 10, 1992, 195-250; J. Woehrling, 'La Constitution du Canada, la législation linguistique du Québec et les droits de la minorités anglo-québécoise', in N. Levrat (coord.), *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, 1998, p. 564.

³¹ See M. Mazza, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, Padova, 2004, 64-131; M. Mazza, 'La condizione giuridica dei popoli indigeni nell'ordinamento canadese', *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 1199-1238.

³² In particular, on the condition of the Métis in the Canadian legal system, cf. R. Motta, 'Aborigeni, diritto e Stato in alcune Rich Countries del Quarto Mondo: il caso canadese', in A. Giasanti, G. Maggioni (eds), *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Milano, 1995, 221; D. Purich, *The Métis*, Toronto, 1988; C. Bell, *Who Are the Métis in Section 35(2)?*, in *Alberta Law Review*, Vol. 29, No. 2, 1991, 351-381; L. Chartrand, 'Métis Constitutional Law Issues', in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (eds), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, 2017, 367. For a historical profile, see G.J. Ens, J. Sawchuk, *From New Peoples to New Nations. Aspects of Métis History and Identity from the Eighteenth to the Twenty-First Centuries*, Toronto, 2016. On the case law, see M. Mazza, 'Canada. La proprietà foncière dei Métis manitobani davanti alla Corte suprema', *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2013, No 3, 1-13.

³³ Cf. Mazza, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, quoted *supra*, note 31, 133-214.

³⁴ Id., pp. 215-295. More recently, on the models or topology of constitutional recognition, see B.F. Gussen, 'A Comparative Analysis of Constitutional Recognition of Aboriginal Peoples', *Melbourne University Law Review*, Vol. 40, 2017, 867-904.

³⁵ See section 35, paragraph 2, of the Constitution Act of 1982. In the legal doctrine, see D. Newman, 'Aboriginal 'Rights' as Powers: Section 35 and Federalism Theory', *Supreme Court Law Review*, Vol. 37, 2007, 163-176, reprinted in G. Mitchell et al. (eds), *A Living Tree: The Legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, Toronto, 2007, 527.

“regulation season” was opened by means of administrative acts concerning Indian affairs and issues related to the Inuit populations of northern Canada. This phase saw the development of the Indians’ registration system, and had had the definitive setup with the reform of the Indian Act of 1985³⁶, designed to adjust the Indian federal legislation to Canadian constitutional provisions of 1982. During the period that goes from 1680 to 1921, furthermore, legal relations between the Aboriginal populations and the British Government were governed by treaties³⁷.

As already mentioned, the evolution of Canadian public law institutions is characterized by the overlapping, rather than the mutually exclusivism, of normative disciplines for Indigenous peoples. It should be noted in that regard that the guarantees accorded by section 35 of the Constitution Act of 1982³⁸ to the Canadian Aboriginal rights did not in any way determine the abrogation of the provisions of the Indian Act of 1876 (in revised versions), but rather required a reinterpretation to be conducted in the light of the subsequent constitutional provisions. In particular, the distinction between Indians and so-called non-status-Indians, based on the inclusion or not in the register maintained by the Canadian Ministry of Indian Affairs, still remains³⁹.

Furthermore, the autonomous Dominion of Canada, which was born with the Statute of Westminster of December 11, 1931, and subsequently (following

³⁶ The text of the Indian Act in force until 1876 is usually referred to as the “old Indian Act”; while the text in force since 1985 is called “new Indian Act”. The Indian Act consolidated pre-existing norms on the status of Indigenous people. See W. Dougherty, D. Madill, *Indian Government under Indian Act Legislation, 1868-1951*, Ottawa, 1980; S. Clatworthy, A.H. Smith, *Population Implications of the 1985 Amendments to the Indian Act*, Ottawa, 1992; K. Coates, *The Indian Act and the Future of Aboriginal Governance in Canada*, Ottawa, 2008. The jurisdiction over Indians and lands reserved for the Indians was assigned to the Federal Parliament when the Canadian Provinces became a Federation in 1867. On the prospects of the reform of the Indian Act, with particular reference to the problem of land ownership (so-called Indian property rights, *i.e.* customary land rights, First Nations land management, First Nations property-rights systems, etc), see T. Flanagan, C. Alcantara, A. Le Dressay, *Beyond the Indian Act. Restoring Aboriginal Property Rights*, Foreword by M. Jules, Kingston-Montreal, 2010. Adde, on the peculiar meaning of the “*territorialité autochtone*”, B. Thom, ‘Confusion sur les territoires autochtones au Canada’, in I. Billier (dir.), *Terres, territoires, ressources. Politiques, pratiques et droits des peuples autochtones*, Paris, 2014, 89, especially at 94-96.

³⁷ The two dates quoted in the text refer to the years of conclusion of the first and last treaty concluded by the British Government with the North American Canadian tribes. Cf. M. Le Puloch *Le piège colonial. Histoire des traités de colonisation au Canada*, Foreword by É. Marienstras, Paris, 2007.

³⁸ Which operated the so-called constitutionalization of Indigenous identity; see J. Lechair, ‘Institutions autochtones et traditions juridiques nationales. Articulations et contradictions: le cas canadien’, in I. Bellier (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, Foreword by R. Stavenhagen, Paris, 2013, 247, at 254-261. On the notion of ethnicity, or ethnic group, as a “community of language and culture”, see for instance S. El Mechat, ‘Introduction. Les minorités: quelques repères pour une approche conceptuelle’, in A.-C. De Gayffier-Bonneville, S. El Mechat, É. Gojoso (dir.), *Les minorités ethniques, linguistiques et/ou culturelles en situation coloniale et post-coloniale (XIIIe-XXIe siècles)*, Poitiers-Paris, 2015, 7.

³⁹ See S. Grammond, *Identity Captured by Law. Membership in Canada’s Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montreal-Kingston, 2009; S. Grammond, ‘Treaties as Constitutional Agreements’, in Oliver, Macklem, Des Rosiers (eds), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, quoted *supra*, note 32, 305.

the well-known “Patriation” of the Constitution⁴⁰), the Canadian independent State have not even stated that the treaties are no longer in force, and indeed they are committed to recognizing and respecting the Aboriginal treaty rights⁴¹.

With the approval of the Constitution Act of 1982, the rights of the Canadian Indigenous peoples are no longer merely those accorded by the treaties, but also those that derive from the Indian legal custom and which have acquired constitutional relevance in 1982, subject to their continued observance by Indians (as well as Inuit and Métis) from time immemorial. The first paragraph of section 35 of the Constitution Act of 1982 states that existing rights, whether they are “ancestral” or resulting from treaties, of Indigenous peoples of Canada, are recognized and confirmed. In other words, the Canadian system of constitutional law contemplates the protection of Aboriginal rights, including non-treaty rights, existing at the date of entry into force of the Constitution Act of 1982.

The limitations of the legislative power of both the Canadian Federation and the Provinces, deriving from the existing and treaty rights of Indigenous peoples, have recently been reaffirmed by the Supreme Court of Canada, in the cases *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia* of 2014⁴² and *Grassy Narrows Nation v. Ontario*, of the same year⁴³.

⁴⁰ This led to the definitive renunciation of the Westminster Parliament to exercise its normative power in Canada, whose constitutional system is free from legal constraints (and formal ties of “colonial” nature) with Britain. We can better talk of “patriation”, or bringing home the Constitution, rather than “repatriation”, since the BNAA was originally a British law, which could therefore only be “carried” (but not “reported”) in Canada. Similarly to what is happening in other countries of the British Commonwealth, the Queen/King of England is still formally the Canadian State Chief. See F. Lanchester, ‘La «Patriation» della Costituzione canadese: verso un nuovo federalismo?’, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 337-360; E. Ceccherini (ed.), *A trent’anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, 2013; E. McWhinney, *Canada and the Constitution 1979-1982: Patriation and the Charter of Rights*, Toronto, 1982; E. McWhinney, “Patriation”; of the Canadian Constitution and the Charter of Rights and Freedoms’, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 42, No. 2, 1982, 223-260; L. Harder, S. Patten (eds), *Patriation and Its Consequences. Constitution Making in Canada*, Vancouver, 2015. Lastly, a Patriation Conference was held at the Faculty of Law of the University of Ottawa from 8 to 10 March 2017.

⁴¹ Cf. S. Grammond, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Blais-Montréal-Bruxelles, 2003.

⁴² *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 256.

⁴³ *Grassy Narrows Nation v. Ontario*, [2014] 2 S.C.R. 447.

On the last two judgments cited, see E. Ceccherini, ‘La giurisprudenza della Corte suprema del Canada nel biennio 2014-2015’, *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 1989-2020, at 2006-2015; R. Junger *et al.*, ‘Supreme Court declares Aboriginal title in *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*’, *Aboriginal Law Bulletin*, June 2014, 1-8, where the authors observe that “More than 41 years ago, a six-member panel of the Supreme Court of Canada held in *Calder v. BC*² that the concept of Aboriginal title exists under Canadian law. Now, for the first time in history, the Court has formally declared Aboriginal title to exist in a specified area of British Columbia historically occupied by the *Tsilhqot’in* people”; S. McKelvey, ‘The SCC on treaty rights in *Grassy Narrows First Nation v Ontario (Natural Resources)*’, available on the website www.lexology.com, who writes “Call it the Supreme Court’s summer of Aboriginal law: Just a little over two weeks after releasing a landmark decision on Aboriginal title in *Tsilhqot’in Nation v British Columbia*, the Supreme Court of Canada has returned with a landmark decision on treaty rights in *Grassy Narrows First Nation v Ontario (Natural Resources)*”; M.. Nickason, ‘The *Tsilhqot’in* Decision: Lock, Stock and Barrel, Plus Self-Government’, *University of British Columbia Law Review*, Vol. 49, No. 3, 2016, 1061-1102.

The “special” protection of the rights of the Indigenous peoples by the Canadian constitutional order becomes even more evident when we reflect on the fact that section 25 of the Charter of Rights and Freedoms states that the guarantees contained in the Charter cannot be interpreted in such a way as to erode, by means of repeal or derogation, the rights and freedoms the exercise of which is recognized to the Aborigines under the Constitution. The peculiar element of Canadian constitutional experience in the field of Aboriginal and treaty rights seems therefore to consist in the coexistence in the constitutional system of higher degree provisions with others that are subordinate. It is evident, in fact, that in the case of conflict between the rights granted to the Indigenous peoples by the treaties and the so-called Charter rights, the latter are in any case destined to succumb⁴⁴. This, however, must be confronted with the fact that case law has been very reluctant to give content to section 25.

As we see, this is a great constitutional protection of Indigenous peoples, which, however, does not contain explicit provisions on linguistic rights. The situation, from this point of view, would probably be better if Canada had approved, especially since the beginning, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) of 2007⁴⁵. Anyway, some innovations in this regard have been introduced, as will be discussed in the next two paragraphs, in the context of provincial and territorial legislation.

5. (Follows) The case of Nunavut

An interesting constitutional evolution has concerned the regions of northern Canada. This is the creation, based on the provisions contained in the 1993⁴⁶ Nunavut Act, of a new autonomous Territory in northern Canada, called Nunavut, which means “our land” (in Inuktitut, the language of the Inuit)⁴⁷.

⁴⁴ See G. Otis, ‘Le libertà’, in J. Frémont *et al.*, *L’ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997, 203, at 226.

⁴⁵ This has been correctly highlighted by prof. Dwight G. Newman during the Italian-Canadian Conference: “The Canadian Constitution in Global Context: An Italian-Canadian Dialogue”, held at the Faculty of Law of the University of Toronto (Canada) from 16 to 17 September 2017. Canada has subsequently undertaken to implement the UNDRIP. The theme has been recently analyzed by prof. Hayden King and prof. John Borrows at the event titled “From Principle to Implementation: Indigenous Rights, the Constitution and UNDRIP in Canada”, held at the Faculty of Law of the McGill University of Montreal on 21 September 2017. See also S. Axmann, B. Gray, S. Lee-Andersen, ‘United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) in Canada – Implementation Status Update’, available at www.canadianerperspectives.com (doc. dated August 8, 2017). In particular, in view of the implementation of UNDRIP, the Canadian Federal Government adopted in July 2017 a document entitled “Principles Respecting the Government of Canada’s Relationship with Indigenous Peoples”, in which the Government of Canada recognize that the implementation of UNDRIP “requires transformative change in the Government’s relationship with Indigenous peoples” (cf. the introduction to the “10 Principles”, available at www.justice.gc.ca).

⁴⁶ The Law on Nunavut received the Royal Assent on June 10, 1993.

⁴⁷ For the Nunavut Territory legal profiles, see C. Pitto, ‘Nunavut: come cambia la carta geopolitica del Canada’, in Gambino, Amirante (eds), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, quoted *supra*, note 1, 327 ss.

The Nunavut Territory is added, from the point of view of the history of constitutional and administrative law of northern Canada, to the two (pre-)existing northern Territories represented by the Northwest Territories and Yukon. Nunavut is a political-administrative entity that includes the eastern and central sectors of the Arctic region already part of the Northwest Territories, covering an area of approximately 20% of the entire territory of the Canadian Federation. The remaining (and today existing) Northwest Territories keep this name provisionally, although a debate is underway to rename the ancient Northwest Territories with the expression *Denendeh*, a word that for the Indians of Northwest Canada (the so-called *dénés* for the Francophones, or *dene* for the Anglophones) has the same meaning as the term Nunavut in the language of the Inuit. Further developments of the constitutional scenario in Northern Canada are represented by: 1) the adoption of a new territorial constitution by the Northwest Territories, which will have to be transposed in a federal law and thus take the place of the present Northwest Territories Act of 2014⁴⁸; 2) the request from the Nunavut Territory, the Northwest Territories and Yukon to acquire the political-constitutional statute of the Canadian Federation Province.

From the point of view here specifically examined, it should be noted that the official languages of Nunavut are Inuktitut, English and French⁴⁹. There is also a minority language of the Inuit, known as Inuinnaqtun, which equally is official language of Nunavut⁵⁰. The provisions on the use of Inuit languages are contained in the (Nunavut's) Official Languages Act (OLA) of 1999, as amended by the Inuit Language Protection Act (ILPA) of 2008. The latter⁵¹ provides, in

⁴⁸ In force since 1 April 2014, and which replaced the former Northwest Territories Act of 1985.

⁴⁹ On the institutional status of Inuit language in Nunavut, see M. Stefanini, 'Le lingue native d'America. Recupero e riconoscimento', *Federalismo & Libertà*, Vol. 9, 2002, 143-184, at 161-164; Petrillo, 'Diritti linguistici e multiculturalismo in Canada', quoted *supra*, note 1, 997-998. From 1988, Aboriginal languages are also recognized in the Northwest Territories (NWT) and Yukon. In particular, the official languages of Northwest Territories are eleven: English, French and nine Aboriginal languages, *i.e.* Chipewyan, Cree, Gwich'in, Inuinnaqtun, Inuktitut, Inuvialuktun, North Slavey, South Slavey and Tâchô. Cf. section 4 of the NWT Official Languages Act. In turn, the official languages of Yukon are ten: English, French, Gwich'in, Han, Kaska, Northern Tutchone, Southern Tutchone, Tagish, Tlingit and Upper Tanana. See B.A. Meek, 'Language Ideology and Aboriginal Language Revitalization in the Yukon, Canada', in P.V. Kroskrity, M.C. Field (eds), *Native American Language Ideologies. Beliefs, Practices, and Struggles in Indian Country*, Tucson, 2010, 151. The approval of the Yukon's territorial law on official Aboriginal languages has been strongly supported by the Yukon Native Language Centre (YNLC). In implementation of the above mentioned (in this note) Yukon law of 1988, the Canada-Yukon Cooperation and Funding Agreement on the Preservation, Development and Enhancement of Aboriginal Languages was signed on 24 February 1989.

⁵⁰ As regards the fundamental role of educational institutions at all levels of Inuit schooling, for an effective intercultural, bilingual education, cf. S. Tulloch *et al.*, 'Inuit principals and the changing context of bilingual education in Nunavut', *Études Inuit Studies*, Vol. 40, No. 1, 2016, 189-209.

⁵¹ Which entered into force five years after its adoption, on 1 April 2013 (14th anniversary of the creation of Nunavut). See 'Aboriginal Language Gets Official Status in Nunavut, Canada', *Indian Country*, April 4, 2013. According to the Government of Nunavut's Department of

sections 16 to 34, an independent body called Languages Commissioner, who oversees compliance with the norms on official languages in Nunavut⁵². The Language Commissioner may also appeal, in most serious cases, to the Nunavut Court of Justice. It is an Ombudsman for the protection of linguistic rights⁵³; the office was last assigned, on June 15, 2017⁵⁴, by the Commissioner of Nunavut⁵⁵ and on the recommendation of the Legislative Assembly of the Nunavut, to Helen Klengenberg, an expert in Aboriginal languages and dialects, who stated⁵⁶ that “it’s important that we do everything in our abilities in Nunavut to keep the use of our languages alive”⁵⁷. *Inter alia*, Klengenberg was a member of the Task Force on Aboriginal Languages and Cultures⁵⁸, which presented in July 2005 a Report on language revitalization – entitled “Towards a New Beginning: A Foundational Report for a Strategy to Revitalize First Nations, Inuit and Métis Languages and Cultures”⁵⁹ – to the Federal Government.

On the other hand, the condition of the Inuit of Nunavut is quite special. This is because Nunavutian Inuit constitute the majority (85%) of Nunavut residents, and are thus able to control their government structures. Political-constitutional institutions of the Nunavut territory do not therefore need to be constructed as a system of government recognizing ethnic autonomy in order to realize the Inuit Indigenous self-government, since the attribution of electoral rights (active and passive) to non-Inuit voters in the elections which take place in the Nunavutian Nordic territory of Canada must in any case be confronted with the Aboriginal majority condition.

All this has some reflections on the linguistic rights as evidenced, *inter alia*, by the recent proposal to recognize to English the status of minority language of Nunavut⁶⁰.

Culture and Heritage, “This level of statutory protection for an Aboriginal language is unprecedented in Canada” (statement of 2 April 2013).

⁵² See the website at the address <http://langcom.nu.ca>.

⁵³ *I.e.*, a so-called watchdog for language rights.

⁵⁴ For a five-year term.

⁵⁵ Representative of the Canadian Federal Government in the Territory of the Nunavut (in short, the Commissioner’s role is much like that of a Lieutenant Governor of a Province).

⁵⁶ In office – as Acting Languages Commissioner – from June 29, pending the oath on September 12, 2017, during the next sitting of the Nunavut Legislative Assembly. The position has been vacant since June 3, 2016, when Sandra Inutiq resigned, citing health reasons; Sandra is a legal counsel, and in 2006 she became the first Inuk woman in Nunavut to pass the bar exam.

⁵⁷ B. Brown, ‘Nunavut’s new languages boss vows to keep “languages alive”. Helen Klengenberg to advocate for Inuit language rights’, at www.nunatsiaqonline.ca, June 16, 2017. Unfortunately, the office suffers some difficulties, on which see S. Ducharme, ‘Big workload, job vacancies, hinder Nunavut languages commissioner’, at www.nunatsiaqonline.ca, November 25, 2015.

⁵⁸ The Task Force was appointed in December 2003.

⁵⁹ See the full text of the Report on the website of the Assembly of First Nations (www.afn.ca).

⁶⁰ S. Rogers, ‘Ottawa should recognize Anglophones as linguistic minority in Nunavut: language expert’, available at <http://www.nunatsiaqonline.ca>, March 17, 2017, with reference to the proposal formulated by prof. Ian Martin of York University (Department of English) of Toronto.

6. (Follows) The case of the Nisga'a Nation

A significant legal document of constitutional relevance concerns the Aboriginal rights of the so-called Nisga'a Nation, an Indigenous people, composed of four tribes⁶¹, living in the Territory of the British Columbia Province. This is the Nisga'a Final Agreement, or Nisga'a Treaty, approved on 6 and 7 November 1998 through a popular referendum by the members of the Nisga'a Nation, which is of particular relevance, while taking into account that it is just one example of a treaty and that some others also have language provisions in them.

The Legislative Assembly of British Columbia voted unanimously on 22 April 1999 in favor of the adoption of the Nisga'a Final Agreement. The Federal Act on the Nisga'a Treaty was approved by the House of Commons on 13 December 1998 (two hundred and seventeen votes in favor and forty-eight against) and by the Senate on 13 April 2000 (fifty-two votes in favor, fifteen against and thirteen abstained), and then received the sovereign sanction (Royal Assent).

The Nisga'a Final Agreement was undersigned by representatives of the Province of British Columbia, the Tribal Council of the Nisga'a Nation and the Canadian Federal Government on August 4, 1998. It was prepared by the Nisga'a Agreement-in-Principle (AIP), concluded between the same parties on 15 February 1996.

The Nisga'a Treaty, though destined mainly to solve the land claims of Nisga'a Indigenous people, deals with many other aspects. In fact, the territorial/cultural rights of the Nisga'a are exhaustively set out in the Final Agreement, which constitutes a land claims agreement pursuant to section 25 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms and 35 of the Constitution Act. In other words, the Agreement represents for the Aboriginal-ancestral rights of the Nisga'a ethnic group a full and final settlement.

At the level of the self-government bodies of the Nisga'a communities, a "central" government (or the government of the Nisga'a Nation) is set up, named Nisga'a Lisims Government (NLG)⁶². Each of the four villages inhabited by the Indigenous Nisga'a also has a local self-government structure. Independent Indigenous self-government authorities are the Nisga'a Village Governments (NVGs). The organs of self-government of the people of Nisga'a have powers that are not exclusive, but they coexist (and cooperate) with those of both the Canadian Federation and the British Columbia.

Indigenous local self-government powers refer to the regulatory discipline of matters concerning: *a*) culture and traditions; *b*) language; *c*) public works; *d*) traffic and transport regulation; *e*) land use; *f*) celebration of marriages (according to traditional customary law, *i.e.* *Ayuukhl Nisga'a*⁶³). Furthermore, as regards the

⁶¹ The four Nisga'a tribes, located in the Nass River area in northwestern British Columbia (BC), are the following: *a*) Laxsgiik (or "eagle tribe"); *b*) Gisk'aast (or "whale hunters' tribe"); *c*) Ganada (or "crow tribe"); *d*) Laxgibuu (or "wolf tribe").

⁶² See the website www.nisgaanation.ca.

⁶³ Nisga'a law, or code of laws, covers ten areas: the first is respect; cf. B. McKay, 'Rule of Law – Nisga'a Nations', on the website of the National Centre for First Nations Governance-NCFNG, at www.fngovernance.com.

impact, assessment and environmental protection, local self-government authorities have functions and powers, concurring with those of federal and provincial levels. In the field of environmental law, however, if there is a conflict between Indigenous and Federal or Provincial law, the latter prevail.

The profile specifically related to this paper is that concerning the letter *b*) above, namely the linguistic policies pursued by the Government of the Nisga'a Nation, since the Nisga'a language, which belongs to the Tsimshianic language family, is the official language of the territorial community (formed by four villages/tribes⁶⁴) of the people of Nisga'a.

7. Conclusion

Link with one's own culture leads to specific claims, which, given the very close connection between language and culture, are frequently directed towards the recognition of minority language rights. This has happened, as we have seen above, even in Canada, paradigmatically. The outcome of these claims, however, was very different. While the linguistic rights of the English-speaking minority in Quebec are effectively and strongly protected, lawfully and in fact, those of the French-speaking minorities of the rest of Canada are still nowadays guaranteed more from the formal point of view than from that of the application practices. Worst in comparison of both levels of protection just mentioned is then the condition of Indigenous or Aboriginal peoples, who only occasionally, as an effect of agreements with the provincial and territorial authorities, as well as federal ones, have obtained a limited measure of recognition of their linguistic rights⁶⁵.

There still is a long way to go to ensure the effectiveness of the so-called differentiated rights⁶⁶ in favor of national linguistic minorities and ethnic groups, including Indigenous people, with particular regard to linguistic rights. On the other hand, as the Canadian Supreme Court stated in the first decision on equality rights recognized by the Canadian Charter of Rights and Freedoms⁶⁷, acceptance of differences is the essence of true equality. The latter is a methodological indication of great importance, which applies to any national context where linguistic, ethnic and cultural minorities are present; it follows that – as stated at the beginning of this paper⁶⁸ – the study of Canada's constitutional and public law is indispensable for comparatists dealing with multicultural societies.

⁶⁴ See above, note 61.

⁶⁵ On the tension between integration policies and recognition policies, see E. Ceccherini, 'Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni indigene', in G. Rolla (ed.), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006, 58; E. Ceccherini, 'Il riconoscimento della *Indigenous difference* nell'ordinamento costituzionale canadese', in *Identità dei Popoli Indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici* (proceedings of the International Conference of Siena, 4 and 5 June 2007), Foreword by P. Bruni, Roma, 2008, 79.

⁶⁶ On which see W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995. In Italy, see F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, 2nd edn, Padova, 2011.

⁶⁷ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. On this landmark decision, see R. Moon, 'A Discrete and Insular Right to Equality: Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia*', *Ottawa Law Review*, Vol. 21, No. 3, 563-583.

⁶⁸ Cf. *supra*, paragraph 1.

Judicial review of discriminatory laws in Canada

di Nausica Palazzo

Abstract: Giudizio di costituzionalità di leggi discriminatorie in Canada – The essay explores a relatively underdeveloped issue in comparative law, which is that of the invisibility of groups unable to fit grounds for discrimination in Canada. After having expounded the system of judicial review of discriminatory laws in Canada, it sketches out two potential solutions to disentangle the inequalities that impact upon non-normative groups, namely the expansion of the notion of “analogous ground” and the wholesale replacement of the current ground-based doctrine of anti-discrimination with a new approach that does not account for grounds.

Keywords: Anti-discrimination, equality, Canada, Judicial review, non-normative groups.

791

1. Introduction

Canada is a unique comparison under many respects. The legal system and in turn the Canadian society are particularly sensitive to diversity issues. I will not engage in inquiries over causation to understand whether society brought about change and the legal system followed along or vice-versa. Suffice it to note that both the complexity and multicultural nature of the Canadian society are a fertile ground on which innovative solutions in the field of anti-discrimination law could thrive.

The demographics themselves give us a snapshot of how diverse the Canadian society is. Only to mention one trend, family pluralism is on the rise to the point that *de facto* couples in Quebec outnumber married couples, multigenerational households are the “fastest-growing household type since 2001 (+38%)”¹. Also, while Statistics Canada did not comprehensively address the issue of polyamorous relationships, a major research institute showed that a stunning number of persons self-identify as “polyamorous”. Out of 527 respondents, almost two thirds were in a self-proclaimed polyamorous relationship, and the remaining third still recognized that it was involved in some way in a polyamorous relationship over the last five years². Likewise, there is a growing religious,

¹ The Vanier Institute of the Family, *A Snapshot of Family Diversity in Canada (February 2018)*, Ottawa, 2018, <http://vanierinstitute.ca/snapshot-family-diversity-canada-february-2018/> (last visited Mar 20, 2019).

² The Vanier Institute of the Family, *Polyamory in Canada: Research on an Emerging Family Structure*, Ottawa, 2017, 3, <http://vanierinstitute.ca/polyamory-in-canada-research-on-an-emerging-family-structure/> (last visited Aug 20, 2018). See also Drake Baer, *Maybe Monogamy Isn't the Only Way to Love*, in *The Cut*, March 6, 2017,

cultural and linguistic diversity that reverberates on a growing policy interest in each of these areas³.

The Canadian anti-discrimination system is multi-layered and elaborate. Its linchpin is the Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms of 1982⁴. However, many layers can be added to the constitutional one. These include the provincial Charters⁵, the Canadian Bill of Rights⁶, the national and provincial human rights codes, and the rights and freedoms recognized under common law.

In 2017 Canada celebrated the sesquicentennial of the Confederation and of its Constitution Act of 1867. In 1982, the country patriated the Constitution through the landmark introduction of Canadian Charter of Rights and Freedoms. The celebration thus had not so much to do with the Confederation itself, since Canada is now a Federation, but on the pride of having a relatively young but highly powerful constitutional document of their own.

There has been a vivid debate as to whether the Charter brought about the major changes in society or such changes were already underway⁷. For instance, Professor Robert Leckey, discussing the extent to which the Canadian Charter of Rights and Freedoms played a role in shaping substantive family law, opposed enthusiastic proponents of the public law thesis on several grounds. Particularly, he noted how family law underwent change well before the enactment of the Charter, and that such a thesis overstates differences across Canadian provinces⁸. Other scholars pointed to the impulse that the human rights commissions gave to

<https://www.thecut.com/2017/03/science-of-polyamory-open-relationships-and-nonmonogamy.html> (last visited Aug 20, 2018).

³ J. Kunz, *Religious Diversity in a Multicultural Canada: Quo Vadis?*, in 10 *Horizons* (2009), 4-7, http://publications.gc.ca/collections/collection_2009/policyresearch/CP12-1-10-2E.pdf (last visited May 20, 2018).

⁴ Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982 (Schedule B to the Canada Act, 1982 [U.K.]), c. 11, repr. RSC 1985.

⁵ A major example of a provincial charter is the Charte des droits et libertés de la personne in Québec. Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1975, c. C-12. These documents protecting fundamental rights are always labeled as charters, so as to distinguish them from the *Constitution*, which, as far as the vehicle is concerned (*i.e.*, the constitutional document), is only enshrined in the Charter of Fundamental Rights and Freedoms for what concerns fundamental rights and freedoms.

⁶ Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44. Assented on 1960-08-10. The fundamental limits of the instrument were its statutory nature, that turns it into a mere interpretative guide in construing laws, and the non-applicability to provincial governments, which did not participate in its enactment. Yet, in the 1980s, the Supreme Court recognized these instruments as having a constitutional nature, and thus as conferring the power to invalidate conflicting statutes. Respectively: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 SCR 177, 1985 CanLII 65 (Supr. Ct. Can.), and *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 SCR 150, 1985 CanLII 48 (Supr. Ct. Can.).

⁷ H. Arthurs and B. Arnold, *Does the Charter Matter?*, in 11 *Review of Constitutional Studies* 37 (2005) (providing an account of the Charter failure to address inequality and positively impact Canadian political economy).

⁸ R. Leckey, *Family Law as Fundamental Private Law*, in 86 *La Revue du Barreau Canadien* 69, 74-75 (2007). In Canada, the dispute over the private versus public nature of family law is not merely theoretical, having it profound implications in terms of vertical separation of powers and division of competences. If family law is understood as being part of private law, it would then fall under the jurisdiction of the provinces (as a matter of “property and civil rights”).

the development of anti-discrimination policies and the relative centrality of these *fora*, compared to judicial courts⁹.

What seems to be undeniable is that the equality clause enshrined in section 15 of the Charter has finally provided the country with a rigid parameter allowing courts to strike down all laws inconsistent with the “evolutive” interpretation of the equality clause. Framers were fully aware of the over-reaching potential of section 15 and delayed its entry into force to 1985 (three years after the enactment of the Charter).

Celebrations clearly give us the opportunity to look back and to account for successes and failures, (possibly) with a view of tacking stock and see where one should go from here. This is a short contribution to this attempt of tacking stock of the unique Canadian experience in the field of anti-discrimination rights. I will thus first outline the main features of the system of protection at the constitutional level, and then assess the potential routes to disentangling inequalities that are not currently addressed by such a system.

2. The system of constitutional review against discriminatory laws

2.1. The standard of review in a comparative perspective

The major distinction between systems of protection vis-à-vis equality runs between those states adopting an equality approach and those adopting an anti-discrimination approach. A large number of European states have equality provisions under which citizens (and sometimes non-citizens) shall be treated as equals before the law¹⁰ or under the law¹¹. In short, this is a conception of equality as rationality meaning that, save when an adequate justification is provided, like cases must be treated alike and different cases must be treated differently. Pursuant to this conception, equality acts as a “self-standing principle of general application.”¹² The concept is intrinsically relational in the sense that for it to apply, one needs to preliminary specify “who” should receive equal treatment and “with respect to what” equality is warranted¹³. Thus, this type of review calls an inquiry into the rationality of the distinction or of the same treatment, where different treatment is warranted.

Furthermore, one must be alert that the principle is so deeply-rooted in European continental systems that often, even when the constitution includes an anti-discrimination provision whereby discrimination is prohibited only with respect to enumerated grounds for discrimination (*e.g.*, race, sex, etc.), the

⁹ As to the specifics of the functioning of human rights tribunals, applying the human rights codes, see *Fundamentals of Human Rights Law in Canada*, Toronto, 2017, 1.

¹⁰ C. McCrudden and S. Prechal, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, Report for the European Commission, Directorate-General Emp., Soc. Aff. & Equal Opportunities, 2009, 3 (mentioning amongst these Bulgaria, Estonia, Cyprus, Finland and Germany). I shall add Italy to this group.

¹¹ *Ibid.*, 3 (mentioning amongst these Belgium).

¹² *Ibid.*

¹³ M. Barberis, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2013, 193.

prevailing conception is one pivoting on equality as a principle of general application¹⁴.

In addition to this, many European states, with a visible prevalence of states in Western Europe, as opposed to former socialist states in Central and Eastern Europe¹⁵, adopt substantive (or *de facto*) equality provisions. These are provisions placing upon the state an obligation to actively promote equality, either for all individuals¹⁶ or for specific groups¹⁷. This conception aims at correcting the imbalances in the previous and present distribution of social goods and resources, by reaching an equality of opportunity for all social groups¹⁸ (while it that cannot be construed to include an equality of outcomes for all)¹⁹.

794

By contrast the approach adopted in Canada and the U.S. is an antidiscrimination one. This is particularly evident in Canada, where a right not to be discriminated against is protected under section 15 of the Charter of Rights and Freedoms. For a claimant to successfully bring a section 15 claim, she necessarily has to link her factual claim to a listed or analogous ground. This is to say that the duty of the state is mainly to shield individuals from invidious discriminations related to certain characteristics.

Unlike the United States, Canada does not feature differentiated standards of review depending on the type of minority. For instance, in the U.S., a very

¹⁴ This is the case of Italy, where the constitutional court after a handful of initial decisions embracing an anti-discrimination approach based on a closed list of grounds for discrimination,¹⁴ soon moved to adopt a broader equality approach. *See e.g.*, Corte cost., sentenza n. 28/1957. This is also the case of Germany. There, the Federal Constitutional Tribunal clarified that the list of prohibited grounds (sex, parentage, race, language, national origins, faith, political and religious opinion) had the “sole” purpose of specifying under which circumstances a differentiation will surely *not* pass muster (except for a *verfassungsimmanente Gründe*, *i.e.*, under the circumstances specified in the constitution itself.) Barberis, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, cit., 193-94. Spain is an exception to this. The Constitutional Tribunal has interpreted Article 14 as encompassing in the first paragraph the principle that all Spaniards are equal before the law (equality-as-rationality) and in the second paragraph a clause protecting individuals against discrimination based on specified grounds, which historically proved particularly invidious.

¹⁵ McCrudden & Prechal, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe*, cit., 42 (linking the prevalence of Western European states to the disillusionment that former socialist countries experienced with the substantive notion of equality in force in Soviet Union).

¹⁶ *E.g.*, Article 3.2 of the Italian Constitution of June 2, 1946; and Article 9.2 of the Spanish Constitution of December 6, 1978.

¹⁷ *E.g.*, Article 3.2.2 of the German Constitution of November 26, 1949 (requiring the state to take steps to eliminate current disadvantages suffered due to one’s sex).

¹⁸ Antonella Occhino, *L’aspettativa del diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004 (arguing that Article 3.2 of the Italian Constitution, laying out the principle of substantive equality, enshrines an “ideale di giustizia,” or an idea of justice); Sylviane Agacinski, *La politica dei sessi*, Milano, 1998, 173.

¹⁹ For instance, this is the conception of equality informing the preamble to the Protocol 12 to the ECHR and the Protocol as a whole. The mentioned preamble to Protocol 12 allows member states to adopt affirmative actions as long as reasonably justifiable. It reads: “Reaffirming that the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures.” Convention for the Protection of Human Rights (Protocol No. 12) Preamble, 4.XI.2000, Europ. T.S. 177.

stringent standard of review (called strict scrutiny) applies to a sensitive ground such as race or national origins; intermediate scrutiny usually applies to discriminations based on sex and triggers a less demanding standard compared to strict scrutiny²⁰. Finally, where no ground is invoked a mere rationality test applies, which is highly deferential toward the policy discretion of the Legislature²¹.

Second, one can distinguish between open and closed systems of review²². Open models prohibit discrimination unless a reasonable justification exists, without mandating a specific standard of review. In any such case, it will be up to courts to design the applicable standard to evaluate the justifiability of the unequal treatment. Furthermore, this model relies on an open list of prohibited grounds thereby deferring to courts the decision as to which statuses to include in the list. By contrast, closed models define the catalogue of prohibited grounds, and mandate a specific equality test by spelling out the justifications for a discriminatory action that are “reasonable”²³. Canada, as much as other systems such as the European Convention of Human Rights framework, belongs to the first group and presents an open list of grounds along with a judicially mandated test for discrimination.

Finally, as to a third distinction running between direct and indirect discrimination, Canada features a system that protects individuals from both facially discriminatory rules and the impact on minorities of facially neutral laws (so-called indirect discrimination)²⁴.

2.2. The specifics of the applicable standard of review in Canada

The standard under s. 15, *i.e.*, the equality clause, is overly convoluted and non-linear. It changed many times over the span of 35 years and still is a difficult-to-grasp object of analysis for anti-discrimination lawyers²⁵. The approach is essentially two-pronged:

(1) Infringement prong or s. 15 prong.: the claimant first has to show a denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law, compared with some other group, and that the denial amounts to discrimination linked to a prohibited ground.

(2) Justification prong or s. 1 prong: once a violation is found, the onus shifts to the defendant to justify the discrimination²⁶.

²⁰ Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

²¹ Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc., 473 U.S. 443-46 (1985).

²² A.W. Heringa, *Standards of Review for Discrimination: The Scope of Review by the Courts*, in T. Loenen and P.R. Rodrigues, *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Leiden, 1999, 27.

²³ An example of closed system is that in force in the European Union. Reference is especially made to the CJEU’s review in the context of the implementation of directives concerning anti-discrimination rights.

²⁴ Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 SCR 143.

²⁵ B. Ryder, *The Strange Double Life of Canadian Equality Rights*, in 62 *Supr. Ct. L. Rev.* 261, 268 (2013).

²⁶ Miron v. Trudel, [1995] 2 SCR 418, 1995 CanLII 97 (Supr. Ct. Can.), at 418.

To establish that a discriminatory action occurred (infringement prong), under the current approach, courts are required to inquire over whether:

- (a) the law or government action creates a distinction based on enumerated or analogous grounds; and
- (b) the distinction reinforces, perpetuates, or exacerbates disadvantage.

For purposes of our analysis it should be stressed that grounds for discrimination play a crucial role in the Canadian equality jurisprudence²⁷. Grounds soon became the stage where the courts define the categories of persons that deserve being shielded from discrimination²⁸. In *Andrews* the top court inaugurated the “enumerated and analogous grounds approach,” and conferred upon grounds the function of “screening out”²⁹ trivial claims. Ever since, the Supreme Court did not allow claims merely attacking “irrational” or “arbitrary” laws to move forward, as it would be possible in the United States under the rational basis standard³⁰. This approach has been criticized as it seems too formalistic³¹. Yet, at present the centrality of grounds in Canada cannot be overstated.

As to the type of grounds protected in addition to the listed grounds, so-called “analogous grounds,” courts have outlined alternative approaches:

- (1) The target group suffers from historical disadvantage³²;
- (2) The target group constitutes a discrete and insular minority lacking political power and unable to participate in the political process³³;
- (3) The distinction is grounded on a personal characteristic which is immutable or constructively immutable, in the sense that it can only be changed at unacceptable personal expense³⁴.

²⁷ *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 SCR 396, 2011 SCC 12 (CanLII), at par. 33 (stating that grounds are “constant markers of suspect decision making or potential discrimination.”).

²⁸ Sébastien Grammond, *Identity Captured by Law: Membership in Canada’s Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montreal, 2009, 54.

²⁹ *Andrews*, 1 SCR 143, at 189.

³⁰ Questions of reasonableness are addressed in the s. 1 or justification prong, where an inquiry over the reasonableness of the legislative distinction is carried out.

³¹ M. Jackman, *Constitutional Castaways: Poverty and the McLachlin Court*, in 50 *Supr. Ct. L. Rev.* 297 (2010); J. Eisen, *On Shaky Grounds: Poverty and Analogous Grounds under the Charter*, in 2 *Can. J. Poverty L.* 8 (2013).

³² *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 SCR 203, 1999 CanLII 687 (SCC).

³³ *Andrews*, 1 SCR 143. The second factor is epitomized by the *Andrews* decision. In that case, the state was denying admission to the practice of law to non-citizens, who were in all other respects qualified. The distinction was deemed invidious as non-citizens, as a class of persons, were singled out on the ground of their personal characteristics (non-citizen status.) Both the majority opinion, delivered by Justice McIntyre, and Justice Wilson’s dissenting opinion construed the notion of grounds after the footnote 4 of the *Carolene Products* decision of the United States Supreme Court (*United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938)). Justice Wilson elaborated on the political process prong of the footnote, and placed emphasis of a lack of voting rights, which renders some groups of people more vulnerable than others. While this approach could be germane to remedying discrimination, for instance, in the case of prisoners being deprived of the right to vote, it would however be of little help in the case of non-normative families.

³⁴ *Miron*, 2 SCR 418.

The current approach is that under (3). It was outlined in the *Corbiere*³⁵ case. Thereafter, grounds became “characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law”³⁶.

3. Risks and the need to sketch out solutions

Of course, there are many risks associated with a rigid ground-based understanding of equality and anti-discrimination. A thus-framed approach risks overlooking discriminations suffered by groups unable to dovetail with protected grounds, and to protect only a “minority of minorities”. This is the crucial risk I intend to address. Furthermore, a second risk consists in reifying groups and “discourage[e] outcomes subtler than total exclusion or assimilation”³⁷. I fully share these concerns. The analysis thus moves to outlining the potential routes for a change that would lead courts to be more sympathetic to claims brought by non-normative groups, such as poor people and non-traditional families.

For instance, the Court has declined to find that occupational status of farm workers is an analogous ground³⁸. Yet, in *Fraser*³⁹, a case concerning the protection of farm workers governed by a separate (and worst) labor relations regime, it dismissed the s. 15 claim on the ground that there was an insufficient evidentiary record concerning the alleged adverse impact on farm workers⁴⁰. The concurring opinion of Justice Rothstein rejected the claim reasoning that employment status was not an analogous ground, since the plaintiff failed to demonstrate that the regime “utilizes unfair stereotypes or perpetuates existing prejudice and disadvantage”⁴¹.

At present two major routes to overcoming the risks outlined above could be explored. One is the expansion of the doctrine of analogous grounds, the second the abandonment of the such a notion in favor of a more nuanced and inclusive notion of disadvantage, that does without grounds altogether.

The first one is an approach penchant to introducing new grounds were appropriate. For instance, new families are often unable to plead the marital status ground in disentangling discrimination in the distribution of benefits since they are not married (think about two cohabiting relatives outside the prohibited degrees of consanguinity) nor sometimes eligible to marry (polyamorous relationships, siblings, etc.). These families should get across the idea that a new status, namely family status, should be introduced. They could do so on several grounds.

³⁵ *Corbiere*, 2 SCR 203.

³⁶ *Ibid.*, at par. 13.

³⁷ Leckey, *Family Law as Fundamental Private Law*, cit., 71.

³⁸ Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.), [1989] 1 SCR 922, 1989 CanLII 86 (Supr. Ct. Can.); Baier v. Alberta, [2007] 2 SCR 673, 2007 SCC 31 (CanLII); Dunmore v. Ontario (Attorney General), [2001] 3 SCR 1016, 2001 SCC 94 (CanLII).

³⁹ Ontario (Attorney General) v. Fraser, [2011] 2 SCR 3, 2011 SCC 20 (CanLII).

⁴⁰ C. Sheppard, *Bread and Roses: Economic Justice and Constitutional Rights*, in 5 *Oñati Socio-Legal Series* 225 (2015).

⁴¹ *Fraser*, 2 SCR 3.

First, they could pivot on the concept of constructive immutability and argue that the state places an unfair burden on them by forcing them to dissolve their relationship if benefits are to be obtained. Yet, the dissolution of the family bond can only be done “at unacceptable cost to personal identity”⁴².

Second, they should stress the need to harmonize the statutory claims founded on human rights codes with constitutional claims pursuant to the reasoning in *Andrews*, treating the statutory jurisprudence as a guide and inspiration in interpreting the Charter⁴³. Since the family status ground is present in all provincial human rights codes, this established need for harmonization suggests that the ground be added to the Charter list of prohibited grounds for discrimination.

A second route consists in doing away with grounds altogether. This route is enshrined in the reasoning by Justice L’Heureux-Dubé in the *Egan* decision⁴⁴. Disadvantage is much more likely to arise from the way in which individuals are treated, rather than from some characteristics that individuals possess⁴⁵. L’Heureux-Dubé’s approach rather than focusing on grounds and related characteristics expressly focuses on economic prejudice and denial of benefits: “If all other things are equal, the more severe and localized the economic consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the Charter”⁴⁶. This approach too could be more conducive to equality than a rigid ground-based approach to discrimination.

4. Concluding remarks

Far from offering a full-fledged analysis of the potential solutions to the shortcomings associated with a ground-based anti-discrimination approach to equality, the present analysis constitutes a stepping-stone to addressing the problem in the future. It first sets out to describe the present situation as one where the exclusion of non-normative groups constitutes a problem. The emergence of a problem clearly is the first and essential step toward the framing of solutions. By contrast, the section related to the potential solutions to the problems requires further research. Meanwhile, it could be advisable for anti-discrimination lawyers interested in the Canadian system to expound the two potential routes outlined above: one that seeks to expand the notion of analogous ground, the other that attempts to “get rid” of grounds and imagine a brand-new approach where courts focus on the more nuanced notion of disadvantage, following the suggestions of Justice L’Heureux-Dubé in the *Egan* decision.

However, while it was the aim of this short piece to outline the potential solutions to a perceived problem, the piece is largely silent on the many merits of

⁴² *R. v. Kapp*, [2008] 2 SCR 483, 2008 SCC 41 (CanLII), at par. 335, quoting *Corbiere*, 2 SCR 203, par. 13.

⁴³ Ryder, *The Strange Double Life of Canadian Equality Rights*, cit., 264-65.

⁴⁴ *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR 513, 1995 CanLII 98 (Supr. Ct. Can.).

⁴⁵ *Ibid.*, at 552.

⁴⁶ *Ibid.*

the Canadian contribution to a global dialogue on anti-discrimination rights. Such a contribution has been valuable, as the number of references to the Canadian top courts in foreign decisions show⁴⁷. At present, this centrality is so undeniable that scholars frequently argue that the U.S. Supreme Court has been largely overshadowed by its Canadian counterpart in the thread of this world-wide debate. However, while the merits of the Canadian contribution to a global dialogue have been thoroughly expounded⁴⁸, a relatively unexplored field of research in comparative law is that concerning the insufficiently inclusive nature of the Canadian approach with respect to non-normative groups. It is precisely this lacuna that this piece has intended to fill, with a view to laying the ground to future, more in-depth research.

⁴⁷ T. Groppi, *A User-Friendly Court: The Influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies*, in Ian Peach *et al.*, eds., *A Living Tree: The Legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, Toronto, 2007.

⁴⁸ It is worth mentioning, amongst the others, a recent Symposium on the Constitution of Canada held at the Scuola Superiore Santa'Anna in Pisa, Italy in May 2017, organized by Richard Albert, Giuseppe Martinico, Antonia Baraggia, and Cristina Fasone.

Note e commenti

La nozione di diritto d'accesso all'istruzione alla luce delle considerazioni della Corte di Giustizia

di Alessandro Caprotti

Title: The concept of right of access to education in line with the observations of the Court of Justice

Keywords: Education; Ethnic discrimination; Foundation.

1. – Parallelamente ai numerosi e recenti interventi sul principio di non discriminazione in materia religiosa, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si trova negli ultimi anni a muoversi nel difficile campo delle condotte che, direttamente o indirettamente, possano essere fonte di discriminazioni etniche.

Risulta evidente come, in funzione dell'allargamento dell'Unione Europea e conseguentemente al fenomeno migratorio di cui abbiamo esperienza negli ultimi anni, il multiculturalismo all'interno della società europea sia diventato un elemento di rilievo con cui frequentemente la giurisprudenza deve confrontarsi e rapportarsi con particolare riferimento al divieto di discriminazione in base all'origine etnica.

Il caso in questione presenta tuttavia caratteristiche del tutto peculiari, poiché permette alla Corte di Giustizia di definire in maniera più approfondita il concetto di "istruzione" espresso dall'articolo 3 della direttiva europea 43/2000 e di chiarire in maniera, forse, definitiva l'ambito di applicazione soggettivo del divieto di discriminazione per ragioni di origini etniche da parte di soggetti privati (questione che era già stata precedentemente trattata nel caso CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14, EU:C:2015:480).

2. – La vicenda oggetto della sentenza in commento riguarda la richiesta del Sig. Heiko Jonny Maniero, cittadino italiano risiedente in Germania, di ottenere la concessione di una borsa di studio da parte della Fondazione *Studienstiftung des deutschen Volkes eV*.

La questione prende corpo attraverso uno scambio di posta elettronica tra il richiedente e la Fondazione riguardo la possibilità o meno di ottenere predetta borsa di studio nonostante il Sig. Maniero avesse ottenuto presso l'Università Haybusak d'Erevan (Armenia) il titolo accademico di *Bachelor of Laws*.

In una delle citate mail la Fondazione indicava come presupposto fondamentale, ai fini della concessione della borsa, il superamento del primo esame di stato in diritto tedesco (*Erste Juristische Staatsprüfung*). Il ricorrente aveva replicato indicando come il titolo accademico quinquennale da lui ottenuto fosse analogo al secondo esame di Stato in diritto (*Zweite Juristische Staatsprüfung*), poiché consentiva, in detto Paese terzo, l'accesso alla magistratura e alla professione forense. In aggiunta a quanto sopra

esposto, il Sig. Maniero aveva puntualizzato che la condizione richiesta ai fini dell'ottenimento della borsa di studio, a Suo dire, poteva presentare gli estremi di condotta attuata in violazione del principio generale di parità di trattamento, con particolare riferimento al divieto di discriminazione fondata sull'origine sociale ed etnica.

In conseguenza allo scambio di mail intercorso, il ricorrente aveva deciso di non presentare, entro il termine a tal uopo previsto, la sua candidatura per una borsa di studio nell'ambito del suddetto programma. Peraltro, nella successiva corrispondenza con la Fondazione, il sig. Maniero ha affermato di essere stato dissuaso dal presentare la sua candidatura stante la posizione ostile assunta dall'associazione.

Alla luce dei fatti sopra esposti, il Sig. Maniero ha deciso di proporre contro la Fondazione un ricorso volto a ottenere l'eliminazione e la cessazione della discriminazione fondata sull'età o sull'origine.

Nei primi due gradi di giudizio il ricorso viene respinto: in considerazione di ciò, il ricorrente ha avanzato un ricorso per *Revision* dinanzi al *Bundesgerichtshof* (Corte federale di Giustizia, Germania).

I giudici della Corte federale evidenziano, in primo luogo, come la decisione della vertenza dipenda dal risolvere il dubbio se l'assegnazione, da parte di un'associazione registrata, di borse di studio destinate ad incoraggiare progetti di ricerca o di studio all'estero rientri nella nozione di «istruzione» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera g), della direttiva 2000/43. Al fine di verificare quanto sopra la Corte rileva che la proposta originaria della Commissione europea della predetta direttiva faceva esplicito riferimento anche alle borse di studio oltre che al termine "istruzione"; tuttavia nella stesura definitiva dell'articolo 3 il termine "borse di studio" è stato cancellato a favore dell'unica nozione di istruzione. Il giudice, pertanto, si domanda quali siano i motivi che hanno portato alla modifica e se, tra gli intenti del legislatore europeo, ci fosse la volontà di escludere proprio le borse di studio dall'ambito di applicazione della direttiva.

In secondo luogo, in caso di risposta affermativa alla precedente, la Corte federale ritiene che la soluzione della controversia dipenda anche dalla questione di sapere se, nell'ambito dell'assegnazione delle borse, la condizione relativa al superamento del primo esame di Stato in diritto, imposta dalla fondazione, costituisca una discriminazione indiretta, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/43, nei confronti di un cittadino dell'Unione che abbia ottenuto un laurea analoga al di fuori dell'Unione.

In particolare, nel caso di specie, il giudice si domanda se la condizione potesse assumere caratteristiche discriminatorie, considerato anche il fatto che la scelta da parte del ricorrente di frequentare un corso di studi in Armenia, fosse totalmente svincolata dall'origine etnica del sig. Maniero, il quale, essendo residente in Germania e avendo una padronanza completa della lingua tedesca, avrebbe potuto frequentare il corso universitario in giurisprudenza in Germania e quindi sostenere il primo esame di Stato in diritto senza particolari difficoltà.

Secondo la Corte, parrebbe verosimile, così come dedotto dal Sig. Maniero, che siffatta condizione abbia portata decisamente svantaggiosa nei confronti delle persone di origini etniche diverse, in possesso di una laurea equivalente conseguita all'estero; a maggior ragione per gli individui che non avrebbero potuto studiare in Germania ad esempio per ragioni linguistiche.

Sembrerebbe altrettanto vero, a parere del giudice, che il ricorrente non appartenga ad alcun gruppo etnico che ipoteticamente potrebbe risultare svantaggiato dalla condizione apposta dalla fondazione. Il fatto di aver voluto completare il suo percorso accademico in Armenia e di non aver affrontato il primo esame di Stato in diritto in Germania, infatti, era stata una libera scelta del ricorrente.

Dall'altro lato, però, la Corte rileva come, secondo il punto 60 della sentenza del

16 luglio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480): “la nozione di «discriminazione fondata sull’origine etnica» di cui all’articolo 1 e all’articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2000/43 si applica, indifferentemente, a seconda che la misura di cui trattasi interessi le persone che hanno una determinata origine etnica o quelle che, senza possedere detta origine, subiscono, insieme alle prime, il trattamento meno favorevole o il particolare svantaggio risultante da tale misura”.

In ultimo luogo, se fosse accertato l’effettivo svantaggio ai danni del Sig. Maniero causato dalla condizione imposta, il giudice dovrebbe valutare se l’obiettivo di politica dell’istruzione perseguito dal programma Bucerius Jura, compresi i requisiti richiesti, costituisca un’oggettiva giustificazione ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/43.

Secondo il bando presentato dalla fondazione, il programma Bucerius Jura sarebbe istituito con il compito di “aiutare i laureati in giurisprudenza particolarmente qualificati che hanno seguito il corso universitario in Germania ad acquisire, mediante il finanziamento di progetti di ricerca o di studio all’estero, una conoscenza di ordinamenti giuridici stranieri, un’esperienza internazionale e l’apprendimento di altre lingue.” Appare pertanto evidente come le finalità alla base del programma non costituiscano di per sé discriminazione diretta nei confronti di alcun gruppo di individui, di più difficile identificazione, invece, l’eventuale sussistenza di elementi indirettamente discriminatori.

In considerazione di quanto sopra indicato, il Bundesgerichtshof ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

“1) Se la concessione di borse di studio, destinate a finanziare progetti di ricerca o di studio all’estero, da parte di un’associazione registrata rientri nella nozione di “istruzione” ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 1, lettera g), della direttiva [2000/43].

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione:

se, nella concessione delle borse di studio menzionate nella prima questione pregiudiziale, la condizione richiesta per la partecipazione consistente nel superamento in Germania dell’Erste Juristisches [Staatsprüfung] (primo esame di Stato in diritto) rappresenti una discriminazione indiretta di un candidato ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva [2000/43], nel caso in cui il candidato, cittadino dell’Unione, sebbene abbia conseguito un titolo analogo in uno Stato non facente parte dell’Unione europea, in assenza di nesso tra la scelta del luogo di conseguimento di detto titolo e l’origine etnica del candidato, avesse tuttavia la possibilità, in ragione della sua residenza nel territorio nazionale e della completa padronanza della lingua tedesca, al pari di un cittadino tedesco, di sostenere l’Erste Juristisches [Staatsprüfung] alla conclusione di un corso universitario in giurisprudenza nel territorio nazionale.

Se sia a tal proposito rilevante il fatto che con il programma di borse di studio venga perseguito l’obiettivo, non correlato a caratteristiche discriminatorie, di consentire ai laureati in giurisprudenza in Germania, attraverso il sostegno finanziario ad un progetto di ricerca o di studio all’estero, la conoscenza di ordinamenti giuridici stranieri, un’esperienza internazionale e l’apprendimento di altre lingue”.

3. – Ad introduzione della sua analisi, la Corte di Giustizia esamina la prima questione posta dal giudice del rinvio: se l’assegnazione di borse di studio, da parte di una fondazione privata, rientri nella definizione di “istruzione” così come indicato dall’articolo 3 della direttiva 43/2000.

La Corte evidenzia come il programma promosso dalla fondazione abbia

essenzialmente il compito di promuovere l'accesso allo studio e a progetti di ricerca all'estero, per studenti particolarmente qualificati, attraverso l'erogazione di prestazioni finanziarie variabili (1.500 euro mensili per gli studi compiuti in Gran Bretagna e Stati Uniti e 1.000 euro mensili per studi compiuti in altri paesi) al fine di contribuire al mantenimento economico nella sede di frequentazione degli studi, permettendo anche agli studenti economicamente meno abbienti di poter accedere alla formazione.

Partendo da detto presupposto il giudice europeo si domanda se la nozione di "istruzione" prevista dall'articolo 3, comprenda anche il concetto di "accesso all'istruzione", concetto che sembrerebbe essere alla base dell'assegnazione delle borse di studio.

Il discorso, pertanto, si sposta sulla definizione stessa di "istruzione"; la Corte tuttavia segnala come il testo della direttiva 43/2000 non definisce tale termine, in considerazione di ciò la portata della nozione deve essere identificata attraverso una consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia che indica come al termine "istruzione" si attribuisca "il significato abituale assegnato nel linguaggio corrente tenendo conto al contempo del contesto in cui esso è utilizzato e degli obbiettivi perseguiti dalla normativa in cui è inserito (v., per analogia, sentenza del 3 settembre 2014, *Deckmyn e Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, punto 19 nonché giurisprudenza ivi citata)".

Quale sia il significato dell'enunciato appena indicato è la stessa Corte a spiegarlo.

In prima battuta, come rilevato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni, il termine "istruzione" è inteso, nel significato abituale nel linguaggio corrente, come ogni elemento che ha ad oggetto gli atti o i processi con cui sono trasmessi o acquisiti, informazioni, conoscenze, nozioni, atteggiamenti, valori, capacità, competenze o comportamenti alle generazioni successive.

Appare, pertanto, del tutto evidente come alla concezione di "istruzione" siano facilmente riconducibili le ricerche e gli studi giuridici oggetto del programma *Bucerus Jura*; tuttavia risulta palese come non si possa dire altrettanto degli strumenti, quali le borse di studio, che hanno la finalità di facilitare l'accesso all'istruzione attraverso la concessione di prestazioni economiche agli studenti.

Per quanto concerne il contesto di riferimento, la nozione di "istruzione" viene esplicitamente utilizzata all'interno del dettato dell'articolo 3 della direttiva 43/2000; tale disposizione racchiude un elenco che indica l'ambito di applicazione materiale della direttiva, la quale ha come obiettivo primario, conformemente a quanto previsto dall'articolo 1 della direttiva, quello di individuare un corpo di regole applicabili alla lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, al fine di rendere effettivo, negli Stati membri, il principio di parità di trattamento.

Infine, relativamente agli obbiettivi perseguiti dalla normativa, la Corte fa riferimento al considerando 16 della direttiva, il quale indica, quale compito fondamentale assegnato alla disposizione in oggetto, la protezione di tutte le persone fisiche contro la discriminazione fondata sulla razza o sull'origine etnica.

Tuttavia, oltre alla specificazione sul termine "istruzione" espresso dall'articolo 3 della direttiva 43/2000, alla Corte di Giustizia preme illustrare quale sia l'ambito di applicazione della normativa in oggetto e tale indicazione viene rinvenuta nel considerando 20 dal quale risulta che: "per assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica, le azioni specifiche nel campo della lotta contro le discriminazioni basate sulla razza o l'origine etnica dovrebbero andare al di là dell'accesso alle attività di lavoro dipendente e autonomo e coprire ambiti quali quelli citati all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva in parola" (come peraltro già segnalato nelle sentenze del 12 maggio 2011, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291, punto 41, e del 16 luglio 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, EU:C:2015:480, punto 40).

Vi è, inoltre, da considerare che la disposizione contenuta nella direttiva, altro non è che l'espressione pratica del principio di uguaglianza sostanziale, elemento costituente uno dei principi generali e fondamentali del diritto dell'Unione, sancito in maniera perentoria dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In considerazione di ciò, l'ambito di applicazione della normativa non può essere definito in maniera restrittiva, ma deve garantire la tutela del più ampio spettro di situazioni possibili (sentenze del 12 maggio 2011, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291, punto 43, e del 16 luglio 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, EU:C:2015:480, punto 42).

Il punto di cui sopra svolge una funzione fondamentale nell'analisi non solo della presente sentenza, ma anche della maggior parte delle decisioni in cui sia applicabile la direttiva 43/2000. I principi contenuti in essa, devono essere efficaci quanto più possibile ed hanno valore talmente fondamentale da essere considerati direttamente vincolante nei confronti dei legislatori nazionali (vedasi infatti il richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, norma avente stesso valore dei trattati istitutivi).

In virtù dell'appena individuato ambito di applicazione esteso delle disposizioni della direttiva, un'interpretazione teleologica della nozione di "istruzione", così come ammesso dall'avvocato generale ai paragrafi 32 e 34 delle sue conclusioni, suggerirebbe che l'accesso all'istruzione debba essere considerato uno degli aspetti essenziali di tale nozione, dal momento che non può esistere l'istruzione senza possibilità di accedervi e che, pertanto, l'obiettivo della direttiva, non potrebbe essere conseguito, se la discriminazione fosse consentita al momento dell'accesso.

Inoltre, i costi relativi alla partecipazione a un progetto di ricerca o a un programma di istruzione non possono essere ignorati al momento della valutazione da parte del giudice di merito, pertanto, secondo la Corte, anche tutti gli strumenti, quali le borse di studio assegnate dalla fondazione, sarebbero inclusi all'interno della nozione di istruzione, come "mezzi" aventi il fine di garantire l'accesso anche a candidati meritevoli con limitate disponibilità finanziarie.

Da quanto espresso poc'anzi ne consegue come sia necessario che il giudice di nazionale verifichi caso per caso l'esistenza di un nesso causale sufficientemente stretto fra le prestazioni finanziarie erogate e la partecipazione a un progetto di ricerca oppure ad un programma d'istruzione specifico; tali emolumenti, affinché possano essere considerati mezzi di accesso all'istruzione, devono avere il compito di eliminare, o quantomeno ridurre, gli ostacoli di ordine economico al fine della corretta frequentazione dei corsi o dei progetti finanziati.

In considerazione di quanto sopra, il giudice, afferma che, contrariamente a quanto sostenuto dalla fondazione e dal governo tedesco, i dubbi relativi all'applicabilità o meno alle borse di studio della disposizione della direttiva non sono rimesse in discussione né dalle considerazioni tratte dalla genesi legislativa dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera g), della direttiva 2000/43, né dalla lettera attuale di tale disposizione.

Facendo sempre riferimento alle considerazioni effettuate dall'avvocato generale nelle sue conclusioni infatti, la genesi di predetto articolo con la soppressione dei riferimenti alle borse di studio relativamente alla nozione di "istruzione", non confermerebbe inequivocabilmente che l'intento del legislatore dell'Unione fosse quello di restringere il campo di applicazione di predetto articolo; anzi, un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione della disposizione contenuta nella direttiva sarebbe totalmente in contrasto con gli obiettivi stessi della normativa (ulteriormente ribaditi dai considerando 34 e 36 della stessa). A maggior ragione, se si pensa a quanto già illustrato in precedenza, un'interpretazione quanto mai limitata della normativa in oggetto sarebbe contraria all'efficacia in concreto del principio di uguaglianza ribadito dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Alla luce di quanto sopra, la Corte ha risposto alla prima questione affermando che l'articolo 3 paragrafo 1, lettera g) della direttiva 2000/43 debba essere interpretato nel senso che "l'assegnazione, da parte di una fondazione privata, di borse di studio destinate a sostenere progetti di ricerca o di studio all'estero rientra nella nozione di «istruzione», ai sensi di tale disposizione, qualora sussista un nesso sufficientemente stretto fra le prestazioni finanziarie concesse e la partecipazione a tali progetti di ricerca o di studio, a loro volta rientranti nella medesima nozione di «istruzione». Ciò si verifica, in particolare, laddove prestazioni finanziarie legate alla partecipazione dei potenziali candidati a un siffatto progetto di ricerca o di studio, abbiano l'obiettivo di eliminare in tutto o in parte i potenziali ostacoli finanziari a tale partecipazione e siano idonee a conseguire tale obiettivo".

Successivamente il giudice europeo si sofferma sul secondo quesito posto dal giudice del rinvio: se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/43 debba essere interpretato nel senso che costituisce una discriminazione indiretta fondata sulla razza o sull'origine etnica, il fatto che una fondazione privata riservi l'assegnazione di borse di studio, destinate a sostenere progetti di ricerca o di studi giuridici all'estero, ai candidati che abbiano superato, nello Stato membro di appartenenza della fondazione, un esame in diritto come quello indicato nel procedimento principale.

Chiarita l'inesistenza, nell'applicazione dei criteri posti dalla fondazione, di una discriminazione diretta nei confronti di individui per la loro origine etnica, il problema risulta essere valutare l'eventuale sussistenza di elementi che possano configurare una discriminazione indiretta nei confronti di predetti soggetti.

La Corte esordisce sul punto ricordando come lo stesso articolo 2 della direttiva definisca la discriminazione indiretta come una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri, che tuttavia possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altri individui. Lo stesso articolo, inoltre, precisa che la legittimità di dette condotte è fatta salva nei casi in cui tali prassi siano oggettivamente giustificate da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari.

Il giudice europeo, inoltre, illustra inoltre come la nozione di "particolare svantaggio" significhi che la conseguenza ultima della condotta discriminatoria sia precisamente quella di svantaggiare una determinata razza o origine etnica (v., in tal senso, sentenze del 16 luglio 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, EU:C:2015:480, punto 100, e del 6 aprile 2017, *Jyske Finans*, C-668/15, EU:C:2017:278, punto 27).

Peraltro la sussistenza di un trattamento sfavorevole non deve essere accertata in maniera generale ed astratta, bensì attraverso un'analisi specifica e concreta dei fatti i quali devono attestare l'esistenza effettiva di una condizione di svantaggio per determinati gruppi etnici e, al contrario, la conseguente posizione favorevole in cui si trovano individui di differente origine etnica (sentenza del 6 aprile 2017, *Jyske Finans*, C-668/15, EU:C:2017:278, punti 31 e 32).

Nel caso di specie, infatti, è palese come il gruppo favorito dai requisiti indicati dalla fondazione, sia quello comprendente le persone che abbiano superato il primo esame di diritto (in Germania) mentre il gruppo svantaggiato è costituito da tutti coloro che non l'hanno superato.

In tale circostanza, la Corte, al pari di quanto già emerso in occasione del caso oggetto della sentenza del 6 aprile 2017, *Jyske Finans* (C-668/15, EU:C:2017:278), non ha nessun elemento con cui poter affermare che l'applicazione del vincolo posto dalla fondazione arrechi uno svantaggio concreto e specifico ad individui appartenenti ad una specifica etnia; il superamento dell'esame di stato in diritto, benchè limiti l'assegnazione delle borse di studio a una ristretta platea di studiosi, non discrimina nessuna etnia in particolare e nemmeno ne favorisce concretamente un'altra.

In considerazione di quanto sopra, i giudici europei constatano l'assenza di una

discriminazione indiretta a motivo di una condizione quale quella posta in essere dalla fondazione.

Conseguentemente, la Corte risponde al secondo quesito posto dal giudice del rinvio dichiarando che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/43 deve essere interpretato nel senso che, il fatto che una fondazione privata stabilita in uno Stato membro riservi l'assegnazione di borse di studio ai candidati che abbiano superato, in detto Stato membro, un esame in diritto, non costituisce una discriminazione indiretta fondata sulla razza o sull'origine etnica, ai sensi di tale disposizione.

Per i motivi sopra indicati la Corte di Giustizia in sede di decisione ha definitivamente dichiarato che:

“1) L'articolo 3, paragrafo 1, lettera g), della direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, deve essere interpretato nel senso che l'assegnazione, da parte di una fondazione privata, di borse di studio destinate a sostenere progetti di ricerca o di studio all'estero, rientra nella nozione di «istruzione», ai sensi di tale disposizione, qualora sussista un nesso sufficientemente stretto fra le prestazioni finanziarie concesse e la partecipazione a tali progetti di ricerca o di studio, a loro volta rientranti nella medesima nozione di «istruzione». Ciò si verifica, in particolare, laddove tali prestazioni finanziarie siano legate alla partecipazione dei potenziali candidati ad un siffatto progetto di ricerca o di studio, abbiano l'obiettivo di eliminare in tutto o in parte i potenziali ostacoli finanziari a tale partecipazione e siano idonee a conseguire tale obiettivo.

2) L'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/43 deve essere interpretato nel senso che il fatto che una fondazione privata stabilita in uno Stato membro riservi l'assegnazione di borse di studio destinate a sostenere progetti di ricerca o di studi giuridici all'estero ai candidati che abbiano superato, in detto Stato membro, un esame in diritto, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, non costituisce una discriminazione indiretta fondata sulla razza o sull'origine etnica, ai sensi di tale disposizione”.

4. – Soffermandomi brevemente su quanto appena illustrato, la sentenza della Corte di Giustizia si può, a mio avviso, suddividere in due filoni tematici differenti: la riflessione sulla nozione di “istruzione” e sulla portata della stessa e l'effettiva presenza di elementi discriminatori nella condotta posta in essere dalla fondazione privata.

Certamente la sezione relativa alla nozione di “istruzione” è quella più ricca di spunti per ragionamenti sistematici e di coerenza del diritto. Da un lato abbiamo il testo della normativa così come definitivamente entrato in vigore, ossia con l'assenza di riferimento alle borse di studio e ad altri elementi di simile natura (presenti tuttavia nel primo *draft* proposto in Commissione) che apparentemente confermano la volontà di escludere detti elementi dalla nozione espressa dalla normativa; dall'altro abbiamo invece l'interpretazione teleologica della direttiva stessa, gli obbiettivi cui è preposta, tra cui vi è certamente anche la garanzia di un libero e uguale accesso all'istruzione per tutti gli individui, accesso che non può prescindere dall'utilizzo di strumenti per facilitarlo e che, pertanto, dovrebbero essere compresi all'interno della definizione di “istruzione” come elementi sussidiari.

Nella situazione sopra descritta, la Corte, similmente a quanto proposto dall'Avvocato generale, decide di appoggiare la seconda interpretazione della nozione di “istruzione”, confermando l'applicabilità della direttiva anche agli strumenti di accesso all'istruzione stessa, non espressamente indicati dalle disposizioni della norma; a maggior ragione la scelta di detta interpretazione viene confermata anche dal riferimento a un altro testo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che

vieta (quando possibile) di procedere a interpretazioni restrittive in materia di tutela dei diritti fondamentali (quale l'istruzione).

L'assenza di elementi discriminatori nella condotta della fondazione, così come chiarito dal giudice europeo, è poi elemento di sicura rilevanza. Si sottolinea, infatti, come una discriminazione indiretta in base all'origine etnica si configuri esclusivamente in presenza di un elemento che sfavorisca una determinata etnia e ne privilegi una seconda. Nel caso di specie, è evidente come né il fine né tantomeno gli effetti della condotta posta in essere dalla fondazione abbiano la conseguenza di favorire un'etnia a danno di un'altra; tutt'al più, il requisito indicato potrà sfavorire gli individui che non sono in possesso del titolo ottenuto in Germania elemento che, tuttavia, non configura un esempio di discriminazione etnica. A maggior ragione non è ravvisabile alcuna condotta illegittima nel caso del signor Maniero considerato che il ricorrente non appartiene ad alcuna etnia particolare e aveva tutte le possibilità di ottenere il titolo richiesto dal requisito apposto dalla fondazione. Rimane tuttavia irrisolta la domanda se, considerate anche le finalità delle borse di studio, la Corte potesse ravvisare elementi discriminatori in base ad altri motivi, oltre l'origine razziale (ad esempio la lingua), elementi che, tuttavia, non sono stati presi in considerazione dai giudici europei.

La violazione dei diritti fondamentali nel «quadro costituzionale» europeo

di Angela Correr

Title: The violation of fundamental rights in the European “constitutional framework”

Keywords: Principles of equivalence and effectiveness; Remedy allowing criminal proceedings to be reheard; Fundamental rights.

1. – Il diritto penale sostanziale e processuale, da anni, rappresenta un valido banco di prova del dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali con riguardo alla tenuta delle posizioni da esse, di volta in volta, sostenute, nonché, più in generale, dei rapporti tra ordinamenti interni ed europeo. Nell'ambito della vicenda processuale che fa da sfondo alla sentenza in esame, in particolare, è stato chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sul principio del “ne bis in idem”, verificando nello specifico la sussistenza di un obbligo di ripetizione del procedimento penale, definito con decisione passata in giudicato, a fronte di una successiva doglianza dovuta ad asserite violazioni dei diritti fondamentali sanciti dal diritto dell'Unione europea.

Invero, la decisione costituisce l'occasione per la Corte per ripercorrere, evidenziandone le differenze con quello convenzionale, il «quadro costituzionale» che conferisce un carattere di specificità al diritto dell'Unione (*v., in particolare*, parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 166): «come rilevato più volte dalla Corte, il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri (...) nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi (...)». *V., inoltre*, sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 33)) e che, al tempo stesso, obbliga gli Stati membri a garantire l'effettività del diritto dell'Unione *ancor prima* che le decisioni nazionali acquisiscano autorità di cosa giudicata.

2. – Il caso, originato da un'indagine condotta da una procura svizzera, riguardava fatti di evasione fiscale per cospicui rimborsi di IVA conseguenti a dichiarazioni mendaci rese all'amministrazione tributaria svizzera e altri reati. In relazione a questi ultimi, la procura del Canton San Gallo aveva adito l'autorità giudiziaria austriaca con una domanda di assistenza giudiziaria in materia penale, affinché procedesse all'audizione dei soggetti interessati. Nondimeno, gli indagati proponevano ricorso all'autorità giudiziaria austriaca, adducendo di essere già stati sottoposti a giudizio per i medesimi fatti e lamentando, con riguardo ai nuovi procedimenti pendenti in Svizzera, la violazione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen (CAAS).

Respinto il ricorso e divenuta definitiva l'ordinanza, gli interessati adivano l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema austriaca), al fine di chiedere ed ottenere una ripetizione del procedimento penale, in forza dell'articolo 363a del codice di procedura penale austriaco, sulla base dell'assunto che l'accoglimento delle domande di assistenza giudiziaria controverse violava taluni dei loro diritti sanciti, non solo dalla CEDU (artt. 6 e 4 del protocollo n. 7), ma altresì dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 50) e della Convenzione di Schengen (art. 54).

Il giudice del rinvio, rilevato che la ripetizione del procedimento penale è possibile solo in caso di violazione dei diritti garantiti dalla CEDU, accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, oppure, prima ancora di una decisione di quest'ultima, dall'Oberster Gerichtshof, ha chiesto alla Corte se il principio di leale cooperazione e i principi di equivalenza e di effettività postulino che la ripetizione del procedimento penale debba essere parimenti disposta anche nell'ipotesi di lesione del diritto dell'Unione Europea, sebbene una fattispecie del genere non sia espressamente prevista dalla disciplina di quel mezzo di impugnazione e sebbene una simile facoltà non sia contemplata dai Trattati.

3. – Sulla questione pregiudiziale, i giudici europei, nel solco di una giurisprudenza consolidata (V., in particolare, sent. del 16 marzo 2006, *Kapferer*, C-234/04, punti 21 e 22; del 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, punto 24; del 3 settembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, punto 24; del 6 ottobre 2015, *Târșia*, C-69/14, punto 27, nonché del 18 febbraio 2016, *Finanmadrid EFC*, C-49/14, punto 40), hanno risposto negativamente, affermando che, in assenza di una normativa esplicita dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio di intangibilità della *res iudicata* e del rispetto del principio del *ne bis in idem* rientrano nell'ordinamento giuridico degli Stati membri nel rispetto dell'autonomia procedurale di questi ultimi (per una ricostruzione del dialogo tra le Corti sull'ultimo principio, v. tra gli altri P. De Pasquale, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto di ne bis in idem non è ancora finita*, in *Osservatorio europeo*, ottobre 2017; F. Viganó, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 settembre 2015).

In particolare, ad avviso della Corte di giustizia, “il diritto dell'Unione non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale incompatibile con detto diritto” (in senso conforme, v. sent. del 10 luglio 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, punto 59). Il che, come è stato opportunamente rilevato potrebbe condurre ad un ripensamento della dottrina della *restitutio in integrum*, anche laddove quest'ultima dovesse rendersi possibile (v. A. Ruggeri, *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta*, dopo la 269 del 2017 (*a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria*) in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2018).

Con un articolato ragionamento, pronunciandosi sulle garanzie della persona che lamenti di aver subito le conseguenze pregiudizievoli di un processo svoltosi in spregio dei canoni sanciti per il suo svolgimento dalla CEDU e dal diritto UE, la Corte perviene, quindi, ad una soluzione di apertura nei confronti delle autorità nazionali, nella sostanza rimettendo ad esse il compito di individuare le modalità attraverso le quali ripristinare la “legalità eurolunitaria” offesa. In tale ottica, secondo la Corte non è necessario operare una rivisitazione del procedimento penale già conclusosi con una decisione passata in giudicato, potendosi percorrere strade diverse da quella che condurrebbe al sacrificio di quest'ultimo, purché, in ossequio al principio di cooperazione leale, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli, in forza del diritto dell'Unione, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi

analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., in questo senso, sentenze del 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz* e *Rewe-Zentral*, C-33/76, punto 5; del 14 dicembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, punto 12; del 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, punto 46, nonché del 27 giugno 2013, *Agrokonsulting-04*, C-93/12, punto 36). Proprio a testimonianza dell'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione, sia negli ordinamenti nazionali, il principio di intangibilità del giudicato che assolve ad una essenziale funzione di salvaguardia della certezza del diritto e, dunque, garantisce “tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia” (in tal senso, v. sent. *Kapferer*, già cit.; del 29 giugno 2010, *Commissione/Lussemburgo*, C-526/08, punto 26; del 29 marzo 2011, *Thyssen KruppNirosta/Commissione*, C-352/09, punto 123).

Un principio della cui tenuta, invero, nella giurisprudenza europea non si è mai dubitato: persino nella ormai nota vicenda *Lucchini* si ricorderà come la Corte era giunta a circoscrivere la cedevolezza del giudicato rispetto al diritto dell'Unione europea, sancendo un principio che *prima facie* sembrava entrare in conflitto con i suoi precedenti, ma che, a ben vedere, si poneva rispetto ad essi in rapporto di specificazione. Infatti, la stessa Corte non ha mancato successivamente di precisare che quanto affermato nella richiamata pronuncia atteneva ad «una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato», dove la verifica della compatibilità dell'aiuto di Stato con le norme dell'Unione è di competenza esclusiva della Commissione, essendo rimesso ai giudici nazionali unicamente il compito di valutarne la legalità. Pertanto, soltanto in considerazione delle descritte peculiarità del caso di specie la Corte aveva affermato in quella circostanza la *primauté* del diritto dell'Unione sui giudicati nazionali statuendo – si ricorda – «che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva» (cfr. sent. del 18 luglio 2008, *Lucchini*, C-119/2005; v. anche C. Schepisi, *Corte di Cassazione, aiuti di Stato e res iudicata: brevi riflessioni a margine della sentenza n. 16983/2018*, in *Osservatorio europeo*, Novembre 2018).

E, per evitare qualsiasi fraintendimento, i giudici di Lussemburgo sottolineano con fermezza, nella sentenza in esame, la *ratio* sottesa alla diversità di regime per la medesima materia penale e processuale, rispettivamente, per le violazioni della CEDU e del diritto eurounitario.

Così, la Corte dell'Unione ribadisce in modo chiaro e preciso che la possibilità di utilizzare un mezzo di impugnazione straordinario come la revisione, per dare esecuzione alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, discenderebbe dalle caratteristiche proprie della CEDU e, nello specifico, dalla circostanza per cui è possibile adire i giudici di Strasburgo solo previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Ciò implica la sussistenza di una decisione definitiva del giudice nazionale di ultima istanza che spieghi autorità di giudicato tra le parti. Il diritto dell'Unione Europea, al contrario, si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma quali sono i Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati, nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri e agli Stati stessi.

Ma, soprattutto, aggiungono i giudici dell'Unione, le sue peculiarità sono preservate da un sistema giurisdizionale volto ad assicurare la coerenza interpretativa per il tramite dell'istituto del rinvio pregiudiziale che, come noto, consente

l'instaurazione di un dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali, quando, nello svolgersi di una controversia pendente innanzi alle prime, sorgano questioni che necessitano di una "interpretazione autentica" del diritto dell'Unione. In seguito alla pronuncia della CGUE, infatti, il giudice interno sarà tenuto ad adeguarsi all'indirizzo interpretativo espresso disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in questo senso, sentenze del 9 marzo 1978, *Simmenthal*, 106/77, punti 21 e 24, nonché del 6 marzo 2018, *SEGRO e Horváth*, C-52/16 e C-113/16, punto 46 e giurisprudenza ivi citata).

Il diritto dell'Unione, tuttavia, non impone che per adeguarsi al *decisum* della Corte di giustizia, in seguito alla chiusura definitiva di un procedimento penale, il giudice nazionale possa scalfire la forza del giudicato, né consente alle parti di ricorrere ad un mezzo di impugnazione straordinario, quale è la revisione, che al contrario, in caso di violazione della CEDU o di uno dei suoi protocolli, permette la ripetizione del processo concluso.

D'altra parte, come sostenuto dall'avvocato generale nelle sue conclusioni, la tutela del principio di cosa giudicata non impedisce alle parti di far valere una eventuale responsabilità dello Stato al fine di tutelare i propri diritti (V. sent. *Kobler*, C-224/01, *Tarsia*, C-69/14).

4. – La sentenza in esame si pone nel segno della continuità rispetto alla giurisprudenza anteriore della Corte di giustizia, ma non manca di introdurre alcuni spunti innovativi, in specie con riferimento al dialogo tra Corti cui si è fatto riferimento sin dall'inizio. Due sono gli aspetti sui quali occorre prestare particolare attenzione, *id est* la risoluta presa di posizione in ordine alla presentazione di domande in via pregiudiziale, ammessa in ogni tempo, e la conferma dell'obbligo di disapplicazione di norme nazionali contrarie a norme dell'Unione *self executing*, da qualunque fonte siano prodotte e quale che sia il procedimento idoneo a portare alla loro rimozione.

Per quanto concerne il primo profilo, la giurisprudenza sovranazionale conferma l'orientamento secondo cui le questioni d'interpretazione del diritto eurounitario "godono di una presunzione di rilevanza", risultando inammissibili solo laddove sia manifesta la mancanza di attinenza con l'oggetto di causa, ovvero qualora la questione posta sia di tipo ipotetico o ancora la Corte non "disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte". In tale prospettiva, assume rilievo l'affermazione che riconosce la facoltà dei giudici nazionali di avvalersi dello strumento del rinvio "in qualsiasi momento da essi ritenuto opportuno". Come è stato acutamente osservato (cfr. A. Ruggeri, *op. cit.*), i giudici dell'Unione sembrerebbero in tal modo aver fornito una risposta inequivocabile a quanti, all'indomani della sentenza della Consulta n. 269 del 2017, hanno sostenuto – alla luce del famoso *obiter dictum* in essa contenuto – che, nel caso in cui sussista la violazione congiunta di una norma della Costituzione e di una norma della Carta di Nizza con la prima sostanzialmente coincidente, deve accordarsi la precedenza alla pregiudizialità costituzionale rispetto a quella eurounitaria (in tal senso v. G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018, e, dello stesso, Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2948 ss.; R. Romboli, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 2226 ss).

In aperta dissonanza con tale indirizzo, nella sentenza esaminata, la Corte di giustizia sembrerebbe, invece, rimettere al giudice la scelta del momento opportuno per

adire la CGUE, anche accordando precedenza rispetto alla promozione di una questione di legittimità costituzionale.

Più precisamente, la CGUE sembra dissentire dalla sentenza della Consulta 269/17– sebbene non faccia alcun richiamo esplicito ad essa - laddove afferma che “i giudici nazionali incaricati di applicare, nell’ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell’Unione hanno l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”.

Non si esclude, ma è, anzi, altamente prevedibile che il giudice delle leggi farà conoscere, alla prima occasione utile, il proprio pensiero sui punti toccati dalla decisione *de qua*. Qualora questa previsione dovesse trovare un positivo riscontro, si auspica che la Corte Costituzionale adotti un approccio elastico e disponibile al reciproco ascolto, come quello per il quale il giudice dell’Unione, anche di recente, ha optato, all’occorrenza rivisitando un proprio punto di vista fatto oggetto di aspra contestazione da parte della Consulta medesima (come nella nota vicenda *Taricco*).

L'azione esterna dell'Unione nel contesto del Trattato sull'Antartide: individuazione delle competenze e compatibilità con il diritto internazionale

di Francescalberto De Bari

Title: The EU external action with regard to the Antarctic Treaty: issues of competence and compliance with international law

Keywords: EU external action; Antarctic Treaty System; EU environmental policy.

1. – La sentenza che ci si accinge ad annotare, pronunciata dalla Corte (Grande Sezione) il 20 novembre 2018, ha respinto due ricorsi di annullamento proposti dalla Commissione (C-626/15 e C-659/16), ai sensi dell'art. 263 TFUE.

In particolare, il primo ricorso è relativo alla decisione adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il girono 11 settembre 2015 (d'ora in avanti "decisione del 2015") con la quale si approva la sottoposizione alla "Commissione della Convenzione per la conservazione delle risorse biologiche dell'Antartico" (d'ora in avanti "Commissione CAMLR") di un documento di riflessione relativo ad una futura proposta di creazione di un'area marina protetta nel Mare di Weddell.

Il secondo ricorso è invece relativo alla decisione del Consiglio del 10 ottobre 2016 (d'ora in avanti "decisione del 2016"), con cui si approva la sottoposizione alla 35^a riunione annuale della Commissione CAMLR di proposte per la creazione di aree marine protette (mari di Weddell, di Ross e dell'Antartico Orientale) e di un'area speciale destinata allo studio scientifico dello spazio marittimo, del cambiamento climatico e del ritiro dei ghiacciai.

Entrambi gli atti sottoposti al vaglio della Corte di giustizia sono volti a formulare proposte alla Commissione CAMLR "a nome dell'unione e dei suoi Stati membri"; su questo elemento delle decisioni del 2015 e del 2016 vertono le richieste d'annullamento della Commissione.

Le argomentazioni della Corte risultano d'interesse per diversi profili che gravitano attorno alla questione centrale delle competenze dell'Unione e dei criteri per l'esatta individuazione delle relative basi giuridiche; in particolare: i) la definizione della politica comune della pesca (d'ora in avanti PCP), nel cui quadro si pone la competenza esclusiva nel settore della "conservazione delle risorse biologiche del mare"; ii) il significato della tutela dell'ambiente come settore oggetto d'una specifica politica dell'Unione e come obiettivo di sviluppo sostenibile le cui esigenze devono essere integrate orizzontalmente nelle politiche e nelle azioni dell'Unione; iii) la portata sostanziale del riferimento alla "conclusione di accordi internazionali" da parte

dell'Unione; iv) la coerenza tra “azione comune” e “competenza esterna”, nell'esercizio della quale l'Unione deve comunque rispettare appieno il diritto internazionale.

2. – È utile ricostruire innanzitutto il contesto di diritto internazionale nel quale si collocano le decisioni del Consiglio del 2015 e del 2016. Infatti, i profili di compatibilità con il diritto pubblico internazionale sono l'aspetto più rilevante delle conclusioni della Corte nella sentenza in commento.

La convenzione sulla conservazione delle risorse biologiche dell'Antartico, nota come Convenzione di Canberra, firmata nel 1980 ed entrata in vigore nel 1982, ha come finalità precipua la salvaguardia dell'ambiente e la tutela dell'integrità dell'ecosistema dei mari antartici. Risulta evidente che il fine cui la Convenzione tende, attraverso la conservazione delle risorse biologiche del mare, è di tipo “latamente” ambientale ed ecologico; infatti, già l'art. I della Convenzione chiarisce che il proprio oggetto è costituito dalle risorse biologiche marine quale “parte dell'ecosistema marino antartico” (in tal senso si veda D. Freestone, *Sustainable Development and International Environmental Law*, Elgar Publishing, 2018). Di conseguenza non è in alcun modo possibile far coincidere la conservazione perseguita dalla Convenzione di Canberra con la mera conservazione delle risorse alieutiche. Vero è che la Convenzione di Canberra norma anche le attività di sfruttamento dei mari antartici, ma l'ambito resta quello della “tutela dell'ambiente”, non quello della “politica della pesca”.

La Convenzione di Canberra si pone a sua volta nell'ambito Trattato sull'Antartide, firmato nel 1949 ed entrato in vigore nel 1963. In questa prospettiva emerge ancor più chiaramente che il contesto internazionale di riferimento per le due decisioni del Consiglio riguarda un insieme interrelato di misure, molto eterogenee, che vanno dalla ricerca scientifica, alla conservazione dell'habitat, alle aree marine protette, alle attività di sfruttamento, pesca compresa. Di conseguenza non è possibile considerare la pesca quale settore prevalente di riferimento del Trattato dell'Antartide. Vale la pena richiamare l'art. IX del Trattato sull'Antartide, par. I, lett. f), dove si parla di “... protezione e [...] conservazione della flora e della fauna dell'Antartide”: la Convenzione di Canberra si fonda esplicitamente su questa base giuridica.

3. – La Corte evidenzia preliminarmente che, in riferimento alla causa C-626/15, la decisione del 2015, seppur assunta dal Comitato dei rappresentanti permanenti (Coreper) e non dal Consiglio, costituisce atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE. In proposito, costante giurisprudenza afferma che è impugnabile qualsiasi decisione adottata da un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che sia diretta a produrre effetti giuridici (v. sentenza 28 aprile 2015, Commissione/Consiglio, C-28/12, EU:C:2015:282, punto n. 14). Non è dunque possibile escludere che un organismo come il Coreper, per quanto formalmente sprovvisto di potere decisionale, possa porre in essere attività che nella sostanza risultino idonee a produrre effetti giuridici. Per la Corte la decisione assunta dal Coreper nel 2015 è idonea a produrre effetti giuridici rilevanti sul piano internazionale, come emerge dall'analisi svolta sulla base di criteri obiettivi relativi a contesto, contenuto e intenzione, ancora una volta in linea con la costante giurisprudenza (v. ad esempio sentenza 17 luglio 2018, Athnaiki/Commissione, C-521/06 P, EU:C:2008:422, punto n. 42).

4. – Risolta in tal modo la questione di ricevibilità del ricorso, la principale doglianza della Commissione si appunta sul fatto che il Consiglio avrebbe dovuto presentare le proposte alla Commissione CAMLR per la sola Unione Europea, non anche per i suoi

Stati membri. Sulla base di questo assunto le questioni proposte dalla Commissione sono due.

La prima questione riguarda l'asserita incoerenza tra le decisioni del 2015 e del 2016 e l'assetto delle competenze dell'Unione (in generale sul tema si veda L. Azoulai (a cura di), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014; v. altresì L. Azzena, G. Colombini, F. Nugnes (a cura di), *Istituzioni, diritti, economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Pisa, 2004, 81-107).

L'argomentazione della Corte poggia su vasta giurisprudenza per la quale il punto di partenza è la determinazione dalla natura dell'atto sulla base di criteri oggettivi: l'analisi di contesto, dei contenuti e degli obiettivi consente infatti di precisare la base giuridica e, di conseguenza, di identificare la competenza come esclusiva (art. 3, TFUE) o concorrente (art. 4, TFUE). È evidente che le decisioni del 2015 e del 2016 perseguono una molteplicità di fini ed hanno molteplici componenti. Risulta, pertanto, necessario identificare quale finalità o componente abbia carattere "principale" o "preponderante", ponendo le altre finalità e componenti su un piano subordinato ed accessorio. Questo modo di procedere è sancito dalla giurisprudenza europea che è costante nel richiedere che ogni atto debba essere ricondotto ad una precisa base giuridica (v. ad esempio sentenza 4 settembre 2018, Commissione/Consiglio, C-244/17, EU:C:2018:662, punto n. 37); il caso in cui un atto debba essere fondato su più basi giuridiche ha carattere di eccezionalità (sentenza 11 settembre 2003, Germania/Consiglio, C 211/01, EU:C:2003:452, punto n. 40).

Secondo la Commissione, le finalità e le componenti prevalenti delle decisioni del 2015 e 2016 sono connesse alla "conservazione delle risorse biologiche marine nel quadro della politica comune della pesca". La base giuridica di riferimento andrebbe dunque individuata nell'art. 3, par. 1, lett. d), TFUE, con la conseguente competenza esclusiva dell'Unione. In proposito è necessario chiarire che la conservazione delle risorse biologiche marine è di competenza esclusiva dell'Unione esclusivamente se è "nel quadro" della politica comune della pesca. La lettura sistematica del TFUE chiarisce bene che il citato art. 3, par. 1, lett. d) attrae nella competenza esclusiva solo uno degli aspetti del settore della pesca, che trova invece la sua collocazione nell'art. 4, par. 2, lett. d), TFUE ed è pertanto oggetto di competenza concorrente. Anche la genesi del riferimento alla conservazione delle risorse biologiche marine nell'ambito dell'art. 3 del TFUE conferma questa conclusione (G. Cordini, S. Marchisio, P. Foi, *Diritto ambientale: Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2017, pp. 67-73).

In linea con questa impostazione la Corte procede con l'analisi degli atti, alla ricerca delle finalità e componenti principali o prevalenti.

In primo luogo il contesto delle decisioni del 2015 e 2016 è chiaramente la Convenzione di Canberra, la cui finalità prevalente è, come detto sopra, la salvaguardia dell'ambiente e l'integrità dell'ecosistema dei mari dell'Antartico. Basti in proposito notare che la Convenzione, in linea con il Trattato sull'Antartide che mira alla conservazione della flora e della fauna antartica, fissa norme a tutela anche specie che non sono suscettibili di pesca, come alcuni mammiferi marini, i pinguini e altri uccelli. In particolare viene poi in rilievo la misura varata nel 2011 dalla Commissione CAMLR con il "Quadro generale per la creazione di aree marine protette", che ha come fine quello di preservare la biodiversità marina, di mantenere la struttura e la funzione dell'ecosistema, anche in settori esterni alle aree, di mantenere la capacità di adattamento al cambiamento climatico e di ridurre la potenziale introduzione di specie esogene dovuta ad attività umane. Tra gli obiettivi elencati al punto n. 2 del Quadro generale vi è ancora esplicito riferimento alla protezione di ecosistemi, della biodiversità, degli habitat marini, in una logica di sostenibilità e integrità a lungo termine. Anche da questo punto di vista il contesto di riferimento delle decisioni vede la preponderanza sostanziale di finalità e componenti ambientali, rispetto alle quali i riferimenti alla pesca, pur presenti, hanno carattere accessorio e puramente

strumentale. Quindi, il contesto di riferimento, risultante dal complesso delle norme del Trattato sull'Antartide, dalla Convenzione di Canberra e dalle misure della Commissione CAMLR, ha come fine e componente principale la protezione dell'ambiente, non la mera sostenibilità dell'attività peschiera.

In secondo luogo, il contenuto dell'atto impugnato va verificato analizzandone l'oggetto specifico dal punto di vista sostanziale. La proposta formulata da Unione e Stati membri nell'ambito della 35^a riunione annuale CAMRL attiene innanzitutto alla creazione di nuove aree marine protette; in particolare la decisione del 2015 per il mare di Weddell e la decisione del 2016 per i mari di Weddell, di Ross e dell'Antartico Orientale. Si noti che entrambe le decisioni impugnate propongono limitazioni molto forti delle attività di pesca, prefigurando una regolamentazione che non sarebbe giustificata per assicurare la mera sostenibilità dell'attività di pesca: in altri termini se il fine fosse la riproducibilità delle risorse ittiche, le misure proposte sarebbero palesemente non proporzionali ed irragionevoli. In realtà queste norme incidono sull'attività peschiera in modo così pesante perché sono formulate in vista della tutela degli ecosistemi, finalità peraltro espressamente formulata. Ancor più evidente risulta poi il fine ambientale dell'ultima misura proposta dalla decisione del 2016, relativa alla creazione di "aree speciali per lo studio scientifico dell'area marittima interessata del cambiamento climatico e del ritiro dei ghiacciai". D'altra parte, tutte le misure proposte contengono numerosi riferimenti ad attività antropiche che nulla hanno a che fare con la pesca, come ad esempio lo smaltimento di rifiuti. In conclusione i contenuti delle decisioni impugnate dalla Commissione sono relativi ad un insieme di interventi e azioni che, nel loro complesso e singolarmente, non possono essere riferiti alla "conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della PCP" di cui all'art. 3 lett. d); anche dal punto di vista dei contenuti, la componente principale è dunque quella ambientale.

848

In terzo luogo vengono in rilievo le intenzioni degli atti impugnati, dai quali risulta con chiarezza ed in modo oggettivo che essi mirano alla protezione dell'ambiente. In proposito è possibile collegare direttamente gli obiettivi degli atti impugnati con quelli perseguiti dalla politica dell'Unione in materia ambientale, a norma dell'art. 191, par. 1, TFUE: "salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente"; "utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali"; "promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici" (v. R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, A. Crosetti, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018, cap. IV).

In conclusione le decisioni del 2015 e del 2016, avendo come finalità e componente principali la tutela dell'ambiente, vanno ascritte alla base giuridica offerta dagli articoli da 191 a 193 del TFUE, con competenza di tipo concorrente, in linea con l'art. 4, par. 2, lett. e), TFUE. Nella prima parte della sentenza la Corte chiarisce, dunque, che le misure di conservazione delle risorse biologiche marine che non abbiano come finalità preponderante la pesca devono essere ricondotte alla materia della tutela dell'ambiente.

Questa conclusione non è in alcun modo in contrasto con l'art. 11 del TFUE, a norma del quale "le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". L'art. 11 del TFUE consente di qualificare la tutela dell'ambiente come "obiettivo orizzontale" dell'Unione, fermo restando che esiste una politica europea settoriale dell'ambiente, con propri obiettivi e strumenti, come delineati dal titolo XX della parte terza del TFUE. La stessa collocazione dell'art. 11 tra le "Disposizioni di applicazione generale" (parte prima, titolo II, TFUE) è significativa (v. S. Amadeo, *Commento all'art. 11 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 2a ed., p. 408 ss.).

Nel ricorso la Commissione afferma che, se anche gli atti impugnati integrano massicciamente esigenze connesse alla tutela ambientale, ciò avviene in virtù del carattere orizzontale della finalità ambientale, non perché si versi nell'ambito della politica ambientale; con ciò le decisioni impuginate andrebbero ascritte alla "conservazione delle risorse biologiche marine nel quadro della politica comune della pesca", ed in quanto tali sarebbero oggetto di competenza esclusiva dell'Unione, con la conseguenza che avrebbero dovuto essere presentate a nome della sola Unione, non anche degli Stati membri.

Rispetto a queste osservazioni della Commissione, la Corte correttamente evidenzia che, come detto, l'ambiente è uno specifico settore e che, in quanto tale, va posto a confronto le altre politiche rilevanti nel contesto di riferimento, per verificare puntualmente quale sia principale/prevalente in termini di finalità e componenti (v., di recente, F. Fracchia, *Il diritto ambientale comparato*, in *federalismi.it*, 7/2017, 1-68).

5. – La seconda questione, posta in subordine, dalla Commissione verte su una violazione dell'art 3, par. 2, TFUE; la Commissione infatti afferma che, anche ammettendo che la presentazione delle decisioni del 2015 e del 2016 nell'ambito della 35ª riunione annuale CAMLR non rientri nelle competenze esclusive, l'Unione avrebbe comunque dovuto presentare la posizione unicamente a suo nome, poiché "l'Unione ha competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata".

In proposito si noti innanzitutto che la Corte afferma che il riferimento alla "conclusione di accordi internazionali" contenuto nell'art. 3, par. 2, TFUE non va appiattito sul mero atto della sottoscrizione di trattati, ma si estende a tutte le attività preordinate e successive: di conseguenza, se l'Unione ha competenza esclusiva per la conclusione dei trattati, la stessa competenza esclusiva riguarda anche i negoziati che si pongono a monte e l'attuazione che si pone a valle. Alla base di questo articolo v'è infatti, come evidenziato dalla sentenza in commento, la necessità d'un correttivo al rischio che impegni internazionali assunti da Stati membri arrechino pregiudizio alle norme comuni o ne modifichino la portata: è tale rischio che giustifica l'emergere di una competenza esterna esclusiva dell'Unione. Secondo la Corte è necessario dare un'interpretazione estensiva dell'art. 3, par. 2, TFUE, proprio "al fine di preservare il suo effetto utile", poiché l'intervento degli Stati membri, anche se limitato alle sole fasi a monte o a valle della conclusione d'un trattato, potrebbe compromettere e pregiudicare l'impianto normativo europeo. Di conseguenza non è possibile escludere le decisioni del 2015 e del 2016 dall'ambito dell'art. 3, par. 2, TFUE per il semplice fatto che attengono a "proposte" che in quanto tali non configurano in senso stretto la "conclusione di accordi internazionali".

Ora, sulla base delle argomentazioni svolte dalla Corte, abbiamo verificato che le decisioni del 2015 e del 2016, essendo riconducibili alla politica ambientale, sono oggetto di competenza concorrente; con ciò viene in rilievo l'art. 191, par. 4, TFUE: "Nell'ambito delle rispettive competenze, l'Unione e gli Stati membri collaborano con i paesi terzi e con le competenti organizzazioni internazionali. Le modalità di cooperazione dell'Unione possono formare oggetto di accordi tra questa ed i terzi interessati. Il comma precedente non pregiudica la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali". D'altra parte l'art. 3, par. 2, TFUE, invocato dalla Commissione, inciderebbe sull'assetto di competenze relativo all'ambiente, operando nella firma di accordi internazionali la trasformazione di una competenza concorrente in una competenza esclusiva.

Per comprendere se sia legittimo (meglio necessario) o meno per l'Unione procedere alla sottoscrizione di un accordo internazionale esclusivamente in nome proprio, è necessario verificare la presenza del "rischio", in linea con la ratio dell'art. 3, par. 2, TFUE. In proposito la giurisprudenza ha affermato che per accertare la presenza del rischio è sufficiente che gli impegni internazionali "possano incidere" su significato, portata ed efficacia delle norme comuni, anche senza essere necessariamente in contrasto con quest'ultime (sentenza 4 settembre 2014, Commissione/Consiglio, C-114/12, EU:C:2014:2151, punto n. 102).

La giurisprudenza appena richiamata afferma che affinché il rischio sia idoneo a giustificare la competenza esterna esclusiva dell'Unione è necessario che in concreto i (nuovi) impegni internazionali assunti dagli Stati ricadano nell'ambito di applicazione di norme comuni. Si noti poi che non è necessario che vi sia una completa identità dell'ambito oggetto di norme comuni europee e di (nuovi) impegni internazionali; è invece sufficiente che questi ricadano in settori "in gran parte" già disciplinati dalle norme dell'Unione (Parere 1/13, Adesione di Stati terzi alla Convenzione dell'Aia, del 14 ottobre 2014, EU:C:2014:2303, punti nn. 71-73).

Si tratta dunque di individuare e analizzare le competenze interne e le norme comuni che sarebbero pregiudicate (i.e. impedito, limitate, contraddette o modificate) in "significato, portata, efficacia" delle decisioni del 2015 e del 2016.

In primo luogo la norma comune da analizzare è la "Posizione pluriennale 2014-2019". Premesso che la Commissione non ha proposto nel ricorso elementi tali da consentire l'individuazione del rischio d'incidenza, limitandosi ad indicarla, va detto che l'art. 1 della Convenzione si limita a prevedere che l'Unione non ha l'obbligo di agire con gli Stati membri qualora la riunione annuale CAMLR sia chiamata a deliberare "su questioni inerenti la politica comune della pesca (PCP)". Ciò è sufficiente a chiarire che le decisioni del 2015 e del 2016 non pregiudicano la posizione pluriennale 2014-2019, dal momento che non di PCP si tratta, ma di politica ambientale.

In secondo luogo vengono in rilievo i Regolamenti n. 600/2004 e n. 601/2004, indicati dalla Commissione ricorrente come norme comuni che potrebbero essere pregiudicate degli atti impugnati. In proposito la Corte ribadisce che, per verificare la presenza del "rischio" di pregiudizio a norme comuni, non è sufficiente l'individuazione del loro ambito d'applicazione e delle eventuali sovrapposizioni tra questo e l'oggetto dell'accordo internazionale; è invece dirimente la dimostrazione che, in concreto, la nuova posizione in seno alla CALMR potrebbe incidere su significato, portata e efficacia dei Regolamenti n. 600/2004 e 601/2004. Tale analisi è del tutto assente nel ricorso della Commissione e la Corte si limita pertanto a dichiarare le decisioni del 2015 e del 2016 non sono state adottate in violazione dell'art. 3, par. 2, TFUE.

6. – In ultimo, è necessario approfondire, in termini di diritto pubblico internazionale, quale sia la posizione relativa degli Stati membri e dell'Unione Europea rispetto al "sistema del Trattato sull'Antartide" (si veda in proposito N. Vanstappen, J. Wouters, "The EU and the Anctartic: strange bedfellows?", in *Working papers* n. 169-2016, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2016).

Mentre in apertura abbiamo evidenziato i profili di contenuto, si tratta ora di approfondire gli aspetti organizzativi, cui si associano poteri, ruoli e funzioni che in definitiva promanano dal Trattato sull'Antartide. Questi aspetti sono rilevanti per verificare se l'eventuale esercizio della competenza esterna da parte della sola Unione sarebbe stato compatibile con il diritto internazionale.

Innanzitutto, nella Convenzione di Canberra, Unione europea e Stati membri si trovano in una posizione asimmetrica. In particolare, nel 1982 l'Unione ha potuto aderire e divenire membro della Commissione CAMLR solo perché alcuni Stati membri ne facevano già parte; al contrario gli Stati membri di un'organizzazione regionale (*i.e.*

Unione europea) possono far parte della stessa Commissione CAMLR in assenza dell'organizzazione regionale cui pure abbiano trasferito, in parte o in tutto, le relative competenze, a norma della Convenzione di Canberra, art. VII, par. 2, lett. c e art. XXIX, par. 2). Nelle parole della Corte l'Unione "non ha uno status di completa autonomia nell'ambito della Commissione CAMLR".

Inoltre va evidenziato che la Convenzione di Canberra si innesta saldamente nel quadro del Trattato sull'Antartide. Ciò è evidente in particolare laddove si afferma che le parti contraenti della Convenzione di Canberra che non siano tra gli aderenti al Trattato sull'Antartide "riconoscono gli obblighi e le responsabilità particolari delle parti consultive del Trattato sull'Antartide in materia di protezione e di conservazione dell'ambiente nella zona soggetta al Trattato" e "si impegnano ad osservare [...] le disposizioni concordate per la conservazione della flora e della fauna antartica, nonché i provvedimenti raccomandati in materia delle parti consultive del Trattato sull'Antartide nell'adempimento dei propri obblighi di protezione dell'ambiente antartico da tutte le forme di intervento umano nocivo" (v. Convenzione di Canberra, art. V). Siamo dunque davanti ad un insieme di norme di diritto pubblico internazionale tali da strutturare attorno al Trattato sull'Antartide un vero e proprio "sistema organizzato e coerente" di convenzioni settoriali. Il cuore di questa architettura sono le parti consultive (ratificanti o aderenti) del Trattato sull'Antartide, cui spetta il ruolo propulsivo e di coordinamento, al punto tale che persino i soggetti contraenti della Convenzione di Canberra, anche se non aderenti al Trattato, accettano di conformarsi all'evoluzione che le parti consultive decidano di imprimere al "sistema dell'Antartide", anche nelle relazioni con altri "sistemi" di diritto pubblico internazionale (v. L. Jingchang, *New Relationship of the Antarctic Treaty System and the UNCLOS System: Coordination and Cooperation*, in *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, vol. 181, 2018).

Ora, l'Unione si trova esattamente nella posizione trattata dall'art. V della Convenzione di Canberra, in quanto parte contraente di quest'ultima, ma non aderente al Trattato sull'Antartide.

Dal punto di vista del diritto europeo, va ricordato il precedente importante dell'Accordo di libero scambio con Singapore del 2017; in tal caso infatti la Corte ha dichiarato che, a fronte dell'impossibilità di trovare in Consiglio la maggioranza richiesta, l'Unione non può concludere un accordo internazionale in una materia di competenza concorrente (i.e. gli investimenti esteri che non siano diretti). Di conseguenza possiamo dire che la giurisprudenza – per quanto con una formulazione in negativo – ha affermato che l'Unione può, laddove vi sia la maggioranza richiesta in Consiglio, esercitare da sola la competenza esterna in una materia di competenza concorrente

È tuttavia indubbio che nell'esercitare le sue competenze – esclusive o meno, da sola o con gli Stati membri – l'Unione debba sempre conformarsi al diritto internazionale (J. Odermatt, R.A. Wessel, *Multilateralism under Strain: The Challenges of the European Union's Engagement With International Institutions*, in *CLS Research Paper*, No. 2018/01, 2018). Nel caso delle decisioni del 2015 e del 2016 si tratta allora di capire se l'Unione avrebbe potuto presentare da sola – non anche in nome degli Stati membri – le proposte destinate alla Commissione CAMLR senza entrare in contraddizione con il "sistema internazionale dell'Antartico" (noto come "Antarctic Treaty System" – ATS)

La Corte si esprime nettamente affermando al punto n. 133 della sentenza che la presentazione della proposta alla 35ª riunione della Commissione CAMLR da parte della sola Unione avrebbe, fatte salve tutte le altre considerazioni di merito e di diritto interno, "indebolito la coerenza del sistema di convenzioni relative all'Antartico e, in definitiva, sarebbe in contrasto con le disposizioni dell'art V, par. 1 e 2 della Convenzione di Canberra".

7. – In conclusione la sentenza della Corte tratta del quadro complessivo dei poteri esterni dell'Unione, segnati da tendenze contrastanti.

Da un lato l'Unione si è affermata come attore di livello globale, facendo leva non solo sulle competenze esclusive fissate dai Trattati, ma anche sulle competenze condivise con gli Stati membri, in particolare in materia di politica sociale e trasporti, rispettivamente con la partecipazione attiva alla *International Labour Organization* – ILO – ed alla *International Maritime Organization* – IMO (v. L. Nengye, F. Maes, *Legal constraints to European Union's accession to the International Maritime Organisation*, in *Journal of Maritime Law and Commerce*, n. 43/2012, pp. 279-291). La volontà dichiarata dall'Unione di essere un "attore globale" in molti settori è rafforzata dagli strumenti offerti dal Trattato di Lisbona, non solo in termini di competenze, ma anche di assetto istituzionale, con una molteplicità di "attori permanenti", come la Commissione, l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli Affari Esteri e di Sicurezza, la struttura dell'*European External Action Service*, con le Delegazioni che rappresentano in modo stabile l'Unione presso Stati terzi e organizzazioni internazionali.

Dall'altro in molti settori, ambiti geografici e organizzazioni internazionali l'Unione non è di fatto riuscita ad affermarsi come soggetto autonomo rispetto agli Stati membri. Questo è il caso del "sistema del Trattato sull'Antartico", nel contesto del quale, come chiarito dalla Corte nella sentenza commentata, l'Unione non può agire esternamente da sola (v. P.J. Kuuijper, J. Wouters, F. Hoffmeister, G. De Baere, T. Ramoupoulos, *The law of EU external relations: cases, materials and commentary on the EU as an international legal actor*, Oxford, 2015).

In questa prospettiva la sentenza è significativa non tanto perché offre chiarimenti sulle competenze dell'Unione in tema di ambiente e di tutela delle risorse biologiche marine nel quadro della politica comune della pesca; né perché analizza in concreto il rischio che l'attivismo degli Stati membri nell'ambito antartico rechi pregiudizio a norme comuni. Il punto più rilevante della sentenza in commento è invece l'affermazione netta che l'Unione non può concludere accordi esclusivamente in nome proprio, neanche a fronte del voto in tal senso del Consiglio con la maggioranza necessaria o addirittura all'unanimità, se da ciò deriva il superamento del limite invalicabile del rispetto del diritto internazionale. Nel "sistema dell'Antartico" il limite all'azione dell'Unione discende dalla centralità del ruolo di alcuni Stati membri, come afferma la sentenza in commento al punto n. 127, sulla base del fatto che la Convenzione di Canberra è parte di un insieme di trattati e convenzioni "con a capo il trattato di più vecchia data e più generale tra essi, vale a dire il Trattato dell'Antartide".

L'inammissibile precariato "a vita" dei lavoratori delle fondazioni lirico-sinfoniche: la normativa italiana viola il diritto dell'Ue

di Nicolò Fuccaro

Title: The unacceptable lifelong precarious employment of workers in the operatic and orchestral foundations sector: the Italian legislation violates the EU law

Keywords: Abuse of successive fixed-term contracts; Principle of non-discrimination; Operatic and orchestral foundations.

1. – Con una pronuncia del 25 ottobre 2018 la Corte di giustizia dell'Unione ha definito la causa instaurata a seguito del rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte d'appello di Roma, nell'ambito di una controversia tra una dipendente della Fondazione Teatro dell'Opera della Capitale e il proprio datore di lavoro, relativa ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra le parti.

Il processo pendente davanti al giudice del rinvio è stato avviato dalla sig.ra Sciotto, impiegata come tescicorea di fila presso la sopracitata Fondazione, che con ricorso domandava la conversione del suo rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato, oltre al risarcimento dei danni subiti a cagione dell'illegittimità dei termini apposti ai contratti a tempo determinato. In detti contratti, regolanti il rapporto di lavoro tra le parti tra il giugno 2007 e l'ottobre 2011, nell'ambito della realizzazione di diverse rappresentazioni artistiche, non risultavano indicate per iscritto le esigenze di carattere tecnico, produttivo o organizzativo che – ad avviso della ricorrente – avrebbero giustificato la loro stipulazione a tempo determinato.

In primo grado il Tribunale di Roma, con sent. n. 1304 del 22 novembre 2013, aveva respinto il ricorso della lavoratrice, affermando che la disciplina generale in tema di contratti di lavoro a tempo determinato e la tutela avverso il loro abuso non è applicabile al settore delle fondazioni lirico-sinfoniche. In sede di impugnazione della pronuncia del giudice di prime cure dinanzi alla Corte d'appello del capoluogo, la dipendente lamenta la non conformità di detta disciplina derogatoria con il diritto Ue.

Prima di prendere in esame gli argomenti alla base della domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dal giudice del rinvio, occorre ricostruire la disciplina lavoristica italiana del settore delle fondazioni lirico-sinfoniche, nonché la normativa eurounitaria che rileva nel caso in esame.

2. – Il quadro normativo dei rapporti di lavoro alle dipendenze di enti e istituzioni di produzione musicale è stato interessato da più di una innovazione nel corso degli ultimi

decenni, per quanto nel complesso i principi di fondo siano rimasti pressoché immutati.

Si considerino, ai nostri fini, le disposizioni vigenti al tempo dei fatti di causa.

In attuazione della direttiva 1999/70/CE (di cui si dirà *infra*), il decreto legislativo n. 368 del 2001 (ora abrogato e “integrato” all’interno del d.lgs. n. 81 del 2015) al comma 01 dell’art. 1 sancisce che il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato. Ancor più efficacemente, a partire dalla modifica operata dalla l. n. 92 del 2012, il contratto a tempo indeterminato è definito «la forma comune di rapporto di lavoro».

Ciononostante, il comma 1 del menzionato articolo prevede la facoltà di concludere contratti a tempo determinato, purché in presenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (clausola resa meno rigorosa dalla novella introdotta dal d.l. n. 112 del 2008, convertito dalla l. n. 133 del 2008, secondo cui tali «ragioni» possono essere riferibili anche alla «ordinaria attività del datore di lavoro»), le quali – ai sensi del comma 2 – devono essere specificate per iscritto. Dette disposizioni generali trovano una deroga nella disciplina delle fondazioni lirico-sinfoniche, alle quali non si applicano i citati commi 01 e 2, in base al disposto dell’art. 3, comma 6, del d.l. n. 64 del 2010, convertito dalla l. n. 100 del 2010.

Lo stesso art. 3, sempre al comma 6, dispone che il quarto e il quinto comma dell’art. 3 della legge n. 426 del 1977 (recante «Provvedimenti straordinari a sostegno delle attività musicali») – secondo cui non sono ammessi rinnovi dei rapporti di lavoro che comporterebbero, *ex lege* o *ex contractu*, la trasformazione degli stessi in rapporti a tempo indeterminato (4° comma) e, in caso di violazione di tale divieto, dette assunzioni sono nulle di diritto, ferma la responsabilità di chi le ha disposte (5° comma) – continuano ad applicarsi alle fondazioni lirico-sinfoniche, anche a seguito della loro trasformazione in enti di diritto privato.

Il d.lgs. 386/2001 contiene ulteriori disposizioni generali volte a contrastare gli abusi derivanti da successioni di contratti a tempo determinato, che tuttavia non si applicano – ai sensi dell’art. 11, comma 4, dello stesso decreto – al personale dipendente delle fondazioni musicali. Si sta parlando, in primo luogo, dell’art. 4, in forza del quale il termine del contratto può essere prorogato con il consenso del lavoratore una sola volta, sempre che sussistano ragioni oggettive e si tratti della medesima attività, e soltanto quando la sua durata iniziale sia inferiore a tre anni, periodo di tempo massimo del rapporto lavorativo. In secondo luogo, ci si riferisce alla disposizione sanzionatoria di cui all’art. 5, secondo cui in caso di superamento dei trentasei mesi di contratto, complessivamente calcolati (anche non consecutivi), il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato.

Tutto ciò considerato, se ne deduce che nel settore delle fondazioni lirico-sinfoniche la forma comune di rapporto di lavoro è il contratto a tempo determinato, rispetto al quale non è applicabile l’apparato normativo di derivazione comunitaria, diretto a incentivare l’instaurazione di rapporti a tempo indeterminato e a prevenire e sanzionare gli abusi derivanti dalla successione di contratti a termine, fonte di instabilità economica e di insicurezza sociale.

Per quanto concerne il diritto dell’Unione che viene in rilievo nel contesto in esame, occorre soffermarsi sull’accordo quadro sui contratti a tempo determinato (d’ora in avanti semplicemente «l’accordo quadro») – concluso il 18 marzo 1999 dalle organizzazioni intercategoriale a carattere generale Unione delle confederazioni delle industrie (UNICE), Centro europeo dell’impresa a partecipazione pubblica (CEEP) e Confederazione europea dei sindacati (CES) – allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio dell’Ue, che ha prescritto agli Stati membri di dotarsi di disposizioni normative e amministrative ritenute opportune o di assicurarsi che le parti sociali adottino, mediante appositi accordi, le misure necessarie per garantire il perseguimento degli obiettivi prescritti. Tali obiettivi (di cui alla clausola 1 dell’accordo quadro) riguardano, da una parte, il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato,

a garanzia del rispetto del principio di non discriminazione e, dall'altra, – aspetto che più interessa nel caso in esame – la creazione di «un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato». A livello di principi generali, sin dal preambolo dell'accordo quadro viene chiarito – e poi ribadito nelle considerazioni generali – che la forma comune dei rapporti di lavoro è costituita dai contratti a tempo indeterminato. Purtuttavia, si riconosce altresì che in talune circostanze i contratti a tempo determinato, rappresentando una caratteristica dei rapporti di impiego in alcuni settori, occupazioni e attività, soddisfano più efficacemente le esigenze di lavoratori e datori di lavoro e il loro utilizzo, se fondato su ragioni oggettive, è un modo di prevenire gli abusi.

Più nello specifico, la domanda di pronuncia pregiudiziale posta da giudice italiano alla Corte di giustizia verte sull'interpretazione della clausola 5 dell'accordo quadro, che, al fine di prevenire potenziali abusi in danno dei lavoratori derivanti da una successione di rapporti di lavoro a termine, prescrive l'adozione di alcune misure di tutela minima «tese ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti» (punto 30 della sentenza in commento, nonché sentenze *Adeneler e a.*, C-212/04; *Mascolo e a.*, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, punto 72; *Santoro*, C-494/16, punto 25). Sempre che gli ordinamenti nazionali non prevedano già norme equivalenti per prevenire detti abusi, gli Stati membri sono chiamati a introdurre – ai sensi del punto 1 della citata clausola – misure che riguardino: le «ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo» di rapporti o contratti a termine (lett. a)); la durata massima complessiva del rapporto di lavoro derivante dalla successione di tali contratti (lett. b)); il numero massimo di rinnovi consentiti (lett. c)).

3. – La Corte d'appello di Roma, nel sollevare la questione pregiudiziale di interpretazione della norma testé citata, ha in premessa ricostruito l'evoluzione della disciplina interna concernente la natura giuridica degli enti lirico-sinfonici e i rapporti di lavoro alle loro dipendenze. Posto che tale normativa non richiede la specificazione delle ragioni obiettive che giustificano il rinnovo dei contratti a tempo determinato, non dispone un limite massimo alla durata e al numero di rinnovi di tali contratti, non prevede norme equivalenti e non limita a ragioni sostitutive la stipulazione di contratti a termine in tale settore, il giudice italiano dubita che la (assenza di) tutela dei lavoratori che hanno stipulato una sequenza di contratti a tempo determinato con le fondazioni lirico-sinfoniche per un periodo maggiore di tre anni sia adeguata a quanto richiesto dal diritto dell'Unione europea.

Il quesito posto dal giudice italiano, tuttavia, è formulato in maniera errata, come eccipisce la difesa della Fondazione instando per l'irricevibilità della domanda. La Corte d'appello di Roma, infatti, chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla conformità del diritto interno alla normativa sovranazionale, benché l'art. 267 TFUE attribuisca alla CGUE la competenza a statuire solamente sull'interpretazione del diritto Ue (per quanto tale attività abbia riflessi diretti sullo scrutinio di "conformità eurounitaria" delle norme interne, spettante al giudice nazionale). Nello specifico, i giudici romani domandano se l'art. 3, comma 6, del d.l. 64/2010, nella parte in cui dispone l'inapplicabilità dell'art. 1, commi 01 e 2, del d.lgs. 368/2001 alle fondazioni lirico-sinfoniche, contrasti con la clausola 5 dell'accordo quadro. La Corte Ue, dopo aver richiamato le regole sul riparto di funzioni tra la Corte stessa e i giudici nazionali, reinterpretava la questione sottoposta dal giudice italiano nei termini corretti, rigettando così l'eccezione di irricevibilità della domanda. In tal modo, all'esito del percorso argomentativo che si va a ripercorrere, i giudici di Lussemburgo si esprimono sull'interpretazione da attribuire alla clausola 5 dell'accordo quadro, fornendo alla Corte romana gli elementi per valutare la compatibilità delle disposizioni nazionali in

tema di impiego alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche alla cornice normativa sovranazionale.

4. – Muovendo da principi e obiettivi generali fissati dall'accordo quadro, come interpretati dalla giurisprudenza eurounitaria in argomento, la Corte di giustizia enuclea le misure elencate al punto 1 della clausola 5, volte a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, fermo l'ampio margine di discrezionalità in capo agli Stati membri nella scelta dei mezzi per conseguire le enunciate finalità. Su questa base, occorre riscontrare se l'ordinamento italiano possiede o si è dotato di tali misure o di norme equivalenti.

In primo luogo, si prendono in considerazione le misure di cui alle lettere b) e c) del punto 1, attinenti rispettivamente alle misure relative alla durata massima totale dei contratti di lavoro stipulati in successione e al numero massimo dei loro rinnovi. Nessuno dei siffatti limiti è previsto dalla normativa nazionale di settore, in quanto ai contratti che in esso rientrano non può applicarsi – come si è visto – la disciplina generale che prevede la conversione dei contratti a termine eccedenti una determinata durata in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Agilmente constatato ciò, occorre verificare se l'ordinario ricorso alla successione di contratti a tempo determinato poggi su una ragione obiettiva, di cui alla restante lettera a) del punto 1, elemento che giustificherebbe il loro utilizzo, anche in ottica di prevenzione degli abusi (cfr. punto 7 delle considerazioni generali dell'accordo quadro). Onde condurre tale indagine, è indispensabile chiarire cosa si debba intendere per «ragioni obiettive», alla luce della consolidata giurisprudenza della CGUE che affonda le radici nella pronuncia *Adeneler e a.* (cit., punti 69-70): con tale nozione ci si riferisce a «circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro» (punto 39 della pronuncia in commento, che richiama le sentt. *Mascolo*, cit., punto 87, e *Commissione/Lussemburgo*, C-238/14, punto 44; cfr. anche sentt. *Küçük*, C-586/10, punto 27). Tali requisiti – si precisa al punto seguente – non risulterebbero rispettati da una previsione che si limitasse ad autorizzare in modo generale e astratto una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, tramite una disposizione normativa che «non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, se esso sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine»: una disposizione del genere «comporta quindi un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti», risultando incompatibile con lo scopo e l'effetto utile dell'accordo quadro (cfr. sentt. *Adeneler e a.*, cit., punti 71-74).

5. – Prima di prendere in esame gli argomenti del Governo italiano a difesa della normativa interna, esposti e analiticamente confutati dalla CGUE, si considerino le osservazioni scritte presentate dalle parti intervenute, che – pur non esaustivamente riportate in sentenza – offrono un quadro più completo della causa (cfr. V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 383/2019, 73-78).

Secondo la sig.ra Sciotto, che aveva sollecitato la Corte d'appello a sollevare questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* e che ha poi integrato con osservazioni scritte e altra documentazione le informazioni contenute nell'ordinanza di rinvio, la volontà

perseguita dal legislatore con l'art. 3, comma 6, del d.l. n. 64/2010, sarebbe quella di escludere per i lavoratori dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche le garanzie preventive e sanzionatorie degli abusi derivanti dalla successione di contratti a tempo determinato. Dati dunque la rilevanza della domanda pregiudiziale e il proprio interesse a ricevere effettiva tutela giurisdizionale rispetto a una situazione che rientra nel campo applicativo della direttiva 1999/70/CE che attua l'accordo quadro, la lavoratrice insta per l'ammissibilità della questione.

La difesa della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, invece, oltre ad avere domandato che la questione fosse dichiarata irricevibile *ex art.* 100, par. 2, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, nel merito contesta la prospettazione del giudice del rinvio, affermando che «è il comma 1 (stabilente che l'assunzione può essere disposta per ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo) a costituire attuazione di una delle tre misure (la prima, quella di cui alla lettera a) indicate nella clausola 5 dell'Accordo Quadro. E tale comma 1 non è stato "toccato" dall' art. 3, comma 6, L. n. 100/2010 e trova pacificamente applicazione anche nei riguardi delle fondazioni lirico-sinfoniche» (punto 10 delle osservazioni scritte). Posto che – sostiene la Fondazione al medesimo punto – la clausola 5 dell'accordo quadro «si limita a richiedere che le assunzioni a termine siano fondate su "ragioni obiettive", ma non impone minimamente di formalizzare per iscritto le stesse», da ciò deriva che «i contratti a termine stipulati dalle Fondazioni lirico-sinfoniche ed i relativi rinnovi continuano a dover essere fondati su "ragioni obiettive", con conseguente piena corrispondenza della norma denunciata ai principi dell'ordinamento comunitario».

La Commissione europea è intervenuta sostenendo che la clausola 5 dell'accordo quadro osta a una normativa quale quella italiana che non prevede alcuna misura volta a prevenire gli abusi nell'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato. Diversamente da quanto asserito dalla resistente nel procedimento principale, infatti, la Commissione ritiene che «la legislazione che è applicabile nel giudizio principale non prevede l'individuazione delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", invece richieste, per i contratti di lavoro a tempo determinato», dall'art. 1 del d.lgs. 368/2001, in tutti gli altri settori (punto 35 delle osservazioni scritte). Tale deroga alla regola generale deriva testualmente dall'art. 3, comma 6, del d.l. 64/2010, non essendo altrimenti ricavabile, nella normativa italiana, «alcun elemento [...] che consenta di individuare delle specifiche esigenze legate alle attività presso le fondazioni lirico-sinfoniche, tali da giustificare il ricorso continuato a contratti di lavoro a tempo determinato» (punto 36). Rispetto al caso di cui al procedimento principale, la Commissione conclude ritenendo si sia in presenza di un utilizzo della contrattazione a termine abusivo, ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro, in quanto «strumentale alla necessità di far fronte a bisogni di carattere ricorrente e continuativo» (punto 38). Con riguardo alla diversità di disciplina dei rapporti di lavoro a tempo determinato nel settore delle fondazioni lirico-sinfoniche rispetto a quelli presso altri datori di lavoro, i quali devono essere giustificati da ragioni obiettive, la Commissione propone di ovviare a tale discriminazione relativa alle condizioni di impiego – vietata della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro – disapplicando le disposizioni interne derogatorie che impediscono sia la conversione di siffatti contratti in rapporti a tempo indeterminato, sia il risarcimento del danno. Detta soluzione rimediabile, peraltro, è già stata adottata, proprio con riferimento ai lavoratori delle fondazioni lirico-sinfoniche, dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, in tal modo «ripristinando il rapporto tra la regola del contratto a tempo indeterminato e l'eccezione del contratto a tempo determinato, superando (cioè disapplicando) [...] il dato normativo interno totalmente ostativo all'applicazione di qualsiasi misura preventiva e sanzionatoria contro l'utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato nel settore pubblico dello spettacolo lirico-sinfonico» (V. De Michele, *op. cit.*, 76-77).

6. – Il Governo italiano ha contestato le osservazioni presentate dalla Commissione e dalle parti del processo principale e, intervenendo in difesa della normativa interna, ha negato che quest’ultima autorizzi in maniera generale e astratta a ricorrere all’utilizzo di contratti a tempo determinato in successione.

Più in dettaglio, l’Esecutivo avanza una serie di argomenti a sostegno di siffatta tesi.

In primo luogo, evidenzia che le fondazioni lirico-sinfoniche sono assimilabili a enti di diritto pubblico, benché siano costituite in forma di persone giuridiche di diritto privato. Tuttavia, tale carattere – replica la Corte (richiamando le sentenze *Adeneler e a.*, cit., punti 54-56; *Mascolo e a.*, cit., punto 67) – non incide sulle tutele previste dalla clausola 5 dell’accordo quadro, le quali sono applicabili a tutti i lavoratori a tempo determinato (come definiti dalla clausola 3, punto 1), siano essi dipendenti di amministrazioni o enti pubblici ovvero di soggetti privati.

In secondo luogo, il Governo sostiene che nel settore di specie, tenuto conto degli obiettivi costituzionalmente rilevanti dello sviluppo della cultura italiana e della salvaguardia del patrimonio storico e artistico nostrano, i contratti sono «tradizionalmente» stipulati a tempo determinato. Com’è facilmente intuibile, l’argomento “tradizionalistico” – fondato sulla continuità normativa nel corso del tempo – non consente allo Stato di potersi sottrarre al rispetto delle disposizioni sovranazionali: nel caso di specie, all’obiettivo perseguito dall’accordo quadro della stabilità dell’impiego, quale elemento fondamentale di tutela dei lavoratori. Inoltre, non si comprende il nesso tra il perseguimento degli obiettivi costituzionalmente protetti sopracitati e l’utilizzo, a tal fine, di personale a tempo determinato presso gli enti lirico-sinfonici.

Il terzo argomento verte sulle particolarità che riguardano il settore in questione, in cui ogni rappresentazione artistica ha le proprie peculiarità che la distinguono dalle altre e ciò richiede necessariamente una maggiore “flessibilità” contrattuale rispetto ad altri campi. Se il ricorso ad assunzioni temporanee, finalizzate a soddisfare *esigenze provvisorie e specifiche* in termini di personale (si pensi a sostituzioni per malattia o maternità di un artista o un tecnico), è ritenuta dalla Corte una potenziale «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) (cfr., nel medesimo senso, benché in altri settori del pubblico impiego, sentt. *Pérez López*, C-16/15, punto 44; *Mascolo e a.*, cit., punto 91; *Küçük*, cit., punto 30), non si può invece ammettere che «contratti di lavoro a tempo determinato possano essere rinnovati per la realizzazione, in modo permanente e duraturo, di compiti nelle istituzioni culturali di cui trattasi che rientrano nella normale attività del settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche» (punto 49 della sent. in commento). A tal proposito, la normativa nazionale di tale settore prevede una deroga alla disciplina generale dei rapporti di lavoro a tempo determinato non limitata alle suddette esigenze, particolari e circoscritte, tanto che la successione di contratti stipulati dalla Fondazione con la sig.ra Sciotto non risulta (dagli atti del procedimento innanzi alla Corte) fosse motivata da ragioni provvisorie del datore di lavoro, ma dipendesse piuttosto da esigenze di programmazione dell’attività ordinaria. Così comportandosi nella gestione dei rapporti di lavoro con il proprio personale, «è l’Istituzione stessa (e con essa il legislatore) a dare il senso della disinvoltura con cui si precarizza la cultura, troppo spesso immolata in nome dell’equilibrio di bilancio» (annota criticamente A. Biamonte, *Orientamenti europolitani e legittimità dei contratti a termine nel settore lirico-sinfonico*, in *Diritto & Diritti – Rivista giuridica elettronica*, 6 novembre 2018), come – si vedrà di seguito – lo stesso Esecutivo italiano non si esimerà dal confermare.

Successivamente, il Governo italiano illustra le ragioni, anch’esse connesse al carattere pubblico delle fondazioni lirico-sinfoniche, per cui è stata prevista una disciplina speciale che vieta la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato.

La prima, concernente la necessità di contenimento della spesa pubblica relativa al finanziamento di dette fondazioni, sembra ignorare il ruolo di eventuali considerazioni di bilancio in relazione alla definizione di politiche sociali nazionali. Come afferma la Corte – sulla scia della sua precedente giurisprudenza (cfr. sentt. *Popescu*, C-614/15, punto 63; *Mascolo e a.*, cit., punto 110) – esse possono certamente costituire il *fondamento* di tali scelte, e pertanto influenzare le misure che lo Stato intende adottare per il loro perseguimento, ma non ne costituiscono un precipuo *obiettivo*, tale da giustificare la mancata previsione di qualsiasi misura o forma di tutela del lavoratore, di cui alla clausola 5, punto 1. Sul merito dell'affermazione del Governo circa l'incidenza economico-contabile di eventuali misure *de quibus*, non si può che concordare con chi ha sostenuto che «difficilmente il bilancio dell'Unione europea e quello dello Stato italiano avrebbero potuto essere messi in crisi dalla situazione che sarebbe stata determinata con la trasformazione a tempo indeterminato di poche centinaia di contratti a tempo determinato nel settore pubblico delle Fondazioni lirico-sinfoniche» (V. De Michele, *op. cit.*, 77), sospettando che i timori dell'Esecutivo riguardassero in realtà l'ampio contenzioso giurisdizionale che sarebbe potuto sorgere, finalizzato a ottenere la conversione dei contratti a termine illegittimi per mancanza di ragioni oggettive, tanto nel settore pubblico quanto in quello privato.

La seconda ragione addotta riguarda il fatto che la normativa che vieta la riqualificazione dei contratti a termine in rapporti a tempo indeterminato è finalizzata a evitare l'elusione delle disposizioni che prescrivono lo svolgimento di concorsi per l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato. Di per sé una disciplina, come quella italiana, che consente il rinnovo di contratti a termine per la sostituzione di personale in attesa dell'esito di dette procedure selettive – replica la CGUE – non sarebbe contraria all'accordo quadro. Tuttavia, dalle informazioni che emergono dagli atti, nel caso in esame non risulta ci si trovi nell'ipotesi testé descritta.

7. – Confutati gli argomenti esposti dal Governo, la Corte di giustizia dedica un articolato ragionamento al divieto di conversione dei contratti di lavoro, posto dalla normativa nazionale del settore delle fondazioni lirico-sinfoniche.

A tal riguardo, viene ricordato che l'accordo quadro non prevede un obbligo di riqualificazione dei contratti a tempo determinato in caso di utilizzo abusivo di questi. Al contrario, la clausola 5, punto 2, lascia agli Stati membri e/o alle parti sociali «stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato [...] devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato», senza precisare le circostanze in presenza delle quali può (o non può) essere fatto uso dei contratti a termine.

In assenza di una siffatta norma di tutela, tuttavia, l'ordinamento nazionale – per conformarsi all'obiettivo perseguito dalla normativa Ue – deve prevedere una qualche *misura effettiva* volta a prevenire ed eventualmente a sanzionare l'abuso di una successione di contratti a tempo determinato (come analogamente affermato in sentt. *Martínez Andrés e Castrejana López*, C-184/15 e C-197/15, punto 41, richiamando *ex multis* la sentt. *Adeneler e a.*, cit., punto 105, a proposito del divieto assoluto, nel settore pubblico, di trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato l'abusiva successione di contratti a tempo determinato).

Dalla ricostruzione del quadro normativo del settore delle fondazioni lirico-sinfoniche, appare chiaro che non sia prevista alcuna misura effettiva di tutela avverso l'abusivo utilizzo di contratti a tempo determinato. Non è, infatti, neppure riconosciuta in favore dei lavoratori che versano in tale condizione un'indennità a titolo di risarcimento del danno subito, differentemente da quanto previsto per i lavoratori del settore pubblico dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001 (cfr. sentt. *Santoro*, cit., punti 35 e 36, cui la CGUE rinvia comparativamente). L'unica misura (vagamente)

dissuasiva rispetto a tale utilizzo – evocata dal Governo italiano – è costituita dalla chiamata in causa dei dirigenti delle fondazioni stesse che concludano contratti contrari alle disposizioni di legge, ai sensi dell'art. 3, quinto comma, della l. 426/1977 (comma introdotto dall'art. 2 della l. n. 43 del 1982). Spetterà tuttavia al giudice nazionale, come precisa la Corte, valutare se tale misura sia sufficientemente effettiva e adeguata a «garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro» (punto 63 della sent. in commento).

Pertanto, posto che il diritto Ue non prevede sanzioni specifiche per il caso dell'abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato, compete alle autorità dello Stato membro adottare misure che – secondo la Corte – «devono rivestire un carattere non solo proporzionato ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo», al fine di garantire che le norme generali adottate in applicazione dell'accordo quadro (al tempo dei fatti di causa, quelle del d.lgs. 368/2001) esplicino la loro piena efficacia. In assenza di specifiche misure normative di siffatta natura, spetta all'autorità giudiziaria nazionale, anch'essa gravata dell'obbligo di raggiungere il risultato previsto dalle direttive Ue (v. sent. *Martínez Andrés e Castrejana López*, cit., punto 50), rintracciare nell'ordinamento e applicare in concreto «una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori, al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione» (punto 65, sent. in commento; cfr. anche sentt. *Mascolo e a.*, cit., punto 79; *Santoro*, cit., punto 31) e, in tal modo, garantire il rispetto della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

Una tale misura, diretta a sanzionare l'abusivo ricorso a una successione di contratti a termine, è prevista dall'ordinamento italiano per la generalità dei contratti di lavoro: si tratta – al tempo dei fatti di causa – dalla previsione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/2001, concernente la conversione automatica di un rapporto di lavoro a tempo determinato, che per effetto di una successione di contratti ha complessivamente superato i trentasei mesi, in un rapporto a tempo indeterminato.

Sarà dunque la Corte d'appello di Roma, quale giudice del procedimento principale, ad effettuare le valutazioni del caso e a decidere se applicare, nell'ambito della controversia pendente dinanzi a sé, la richiamata disposizione di diritto comune, che ad avviso del giudice sovranazionale può costituire una misura preventiva dell'abuso subito dalla lavoratrice. Tale soluzione ovvierebbe alla (“comunitariamente” inaccettabile, ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro) condizione di discriminazione in cui versano i dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche assunti a tempo determinato rispetto a tutti gli altri lavoratori con contratto di lavoro a termine, per i quali la misura garantistica della trasformazione del contratto è già normativamente prevista.

8. – La pronuncia *Sciotto*, qui annotata, segue di qualche anno la sentenza *Commissione/Lussemburgo* (pronunciata il 26 febbraio 2015, nella causa C-238/14), unica altra decisione della Corte di giustizia concernente la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo determinato nel settore dello spettacolo (nozione comprensiva di produzioni cinematografiche, audiovisive, teatrali e musicali). In quella occasione, la Commissione aveva presentato ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 258 TFUE, contro il Granducato di Lussemburgo, il quale, avendo mantenuto alcune deroghe alle misure volte a prevenire un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato stipulati con i lavoratori saltuari dello spettacolo, era venuto meno agli obblighi su di esso incombenti, ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

La normativa lussemburghese di settore era, invero, analoga a quella italiana applicabile alle fondazioni lirico-sinfoniche, prevedendo la possibilità di rinnovare detti contratti per più volte, anche per una durata totale superiore a quella massima disposta in via generale dal *code du travail*, senza che essi fossero convertiti automaticamente in

contratti a tempo indeterminato. La difesa del Governo obiettava che tale normativa era sorretta da «ragioni obiettive», di cui alla clausola 5, punto 1, connesse alla partecipazione di detti lavoratori a «progetti individuali e circoscritti nel tempo» che comportano *esigenze provvisorie* di assunzione per il datore di lavoro e al contempo offrono flessibilità e vantaggi sociali ai lavoratori stessi. Tuttavia, la medesima normativa, non richiedendo che le mansioni attribuite ai lavoratori saltuari dello spettacolo soddisfacessero i requisiti di precisione e non durabilità stabiliti dalle disposizioni generali, lasciava aperta la possibilità di concludere contatti a termine in successione anche per *esigenze permanenti e durevoli* del datore di lavoro. Tale circostanza, ponendosi in contrasto con l'obiettivo della stabilità dell'impiego – definita «elemento portante della tutela dei lavoratori» – perseguito dall'accordo quadro, portava la Corte a dichiarare l'inadempimento del Lussemburgo.

Sulla scia di tale pronuncia, il giudice sovranazionale ha avuto buon gioco a ribadire i principi espressi dalla normativa Ue, come interpretati nella sua giurisprudenza (anche quella inerente a settori diversi da quello in questione: si pensi alle più volte citate sentenze *Mascolo e a.* e *Santoro*), ponendoli in relazione con il quadro normativo nazionale relativo al procedimento principale.

In conclusione, riprendendo quanto già accennato rispetto ai mutamenti normativi, giova tenere presente che il d.lgs. n. 368 del 2001, che recepiva a livello interno la direttiva 1999/70/CE attuativa dell'accordo quadro, è stato abrogato dal d.lgs. n. 81 del 2015 (c.d. *Jobs Act*), successivamente modificato a sua volta dal d.l. n. 87 del 2018, convertito dalla l. n. 98 del 2018 (c.d. *Decreto dignità*). Ciononostante, i riflessi del contributo definitorio e interpretativo della Corte Ue sulla normativa attualmente vigente non mancheranno: i giudici nazionali non potranno che tenere conto della chiara pronuncia in parola, applicandone le statuizioni anche ai casi ricadenti sotto il nuovo regime giuridico.

Il monopolio ungherese dei servizi di pagamento mobile all'esame della Corte di Giustizia: un "doppio bilanciamento" tra SIEG e libera prestazione dei servizi

di Francesco Gallarati

Title: The Hungarian monopoly of mobile payment services before the Court of Justice: a "double balance" between SGEIs and freedom to provide services

Keywords: Services of general economic interest; Freedom of establishment; Mobile payment system.

1. – La sentenza in commento merita di essere segnalata in quanto rappresenta una tappa importante nel processo di progressivo rafforzamento della nozione europea di servizio di interesse economico generale.

In questa pronuncia, infatti, la Corte di Giustizia ha contribuito a meglio definire l'istituto giuridico dei SIEG sotto due profili. Da una parte, essa ha chiarito come la qualificazione di un'attività economica come SIEG non possa essere invocata solo in caso di mancanza di concorrenza, ma anche quando il mercato determini dei risultati insoddisfacenti in termini di uguaglianza ed accessibilità del servizio.

Inoltre, nella sentenza in esame la Corte ha utilizzato una tecnica di bilanciamento innovativa, il cui effetto è di rafforzare le esigenze sottese all'istituzione di un SIEG. La Corte, infatti, non si è limitata a verificare, come in passato, se le misure adottate fossero necessarie per l'esercizio, in condizioni economicamente accettabili, di specifici compiti d'interesse pubblico, ma ha sottoposto le misure in esame ad un duplice test di conformità, volto ad accertare se tali misure costituissero una restrizione della libera circolazione dei servizi incompatibile con le regole dei trattati e, in caso affermativo, se cionondimeno tali misure potessero essere giustificate in nome dell'adempimento di una missione di servizio pubblico.

Prima di analizzare le novità introdotte dalla sentenza in esame, conviene soffermarsi brevemente sulla fattispecie sottoposta alla Corte e sul quadro normativo di riferimento.

2. – Il caso in esame ha preso avvio da un ricorso proposto dalla Commissione europea volto ad accertare l'inadempimento da parte dell'Ungheria degli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Bolkenstein).

L'infrazione contestata dalla Commissione riguardava in particolare una legge approvata dal Parlamento ungherese nel 2011, con cui era stato istituito un sistema nazionale di pagamento mobile, ovvero una piattaforma informatica centralizzata, il cui

utilizzo era obbligatorio per il pagamento elettronico di alcuni servizi quali i parcheggi pubblici, l'accesso a strade pubbliche a fini di circolazione, il trasporto di persone ad opera di un'impresa statale ed altri servizi offerti da organismi statali. In base alla legge contestata e al decreto attuativo dell'anno successivo, la gestione del sistema era affidata in esclusiva ad un ente interamente partecipato dallo Stato ungherese.

In altri termini, con le disposizioni contestate l'Ungheria aveva creato un monopolio nazionale dei servizi di pagamento mobile, affidando ad un ente controllato dallo Stato il diritto esclusivo di concludere contratti con i gestori di parcheggi e di vendere il diritto di uso della rete stradale.

Ad avviso della Commissione, la creazione di un monopolio pubblico dei servizi di pagamento mobile costituiva un ostacolo all'ingresso di altri operatori in un mercato che in precedenza era aperto alla concorrenza.

Per questo motivo, nel 2012 la Commissione aveva avviato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Ungheria, contestando in particolare l'inadempimento degli obblighi derivanti dagli artt. 15 e 16 della direttiva 2006/123/CE.

Per contro, l'Ungheria aveva replicato che il servizio di pagamento mobile costituiva, ai sensi del diritto nazionale, un servizio di interesse economico generale, con la conseguenza che esso doveva ritenersi escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2006/123.

3. – Per comprendere le questioni giuridiche sottese al caso in esame, occorre ricordare che la Direttiva Bolkenstein detta una disciplina generale in materia di libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione, con il fine di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri.

In quest'ottica, in particolare, gli articoli 15 e 16 di tale direttiva vietano agli Stati membri di subordinare l'accesso di un'impresa ad un'attività di prestazione di servizi sul proprio territorio a «requisiti» che non rispettino i principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità.

A questo proposito, è bene precisare che per «requisiti», ai sensi della direttiva, devono intendersi tutti gli obblighi, divieti, condizioni o limiti stabiliti da disposizioni legislative o regolamentari, nonché da prassi amministrative od orientamenti giurisprudenziali, idonei a costituire un ostacolo alla libertà di stabilimento o alla libera circolazione dei servizi [v. art. 4, n. 3, direttiva 2006/123/CE].

Orbene, nel caso di specie era pacifico che l'istituzione del sistema nazionale dei pagamenti mobili costituisse un «requisito» ai sensi degli artt. 15 e 16 della direttiva 2006/123. Infatti l'istituzione di tale sistema aveva l'effetto di riservare lo svolgimento del suddetto servizio ad un'impresa pubblica, impedendo pertanto ad ogni altra impresa l'accesso alla medesima attività.

La specificità del caso in esame consisteva però nel fatto che, come affermato dall'Ungheria nel corso del procedimento, i servizi di pagamento mobile erano qualificati dal diritto ungherese come servizi di interesse economico generale.

Si poneva dunque l'esigenza di temperare la disciplina europea in materia di libera prestazione dei servizi con le finalità perseguite dallo Stato membro mediante l'istituzione del SIEG in questione.

A questo riguardo, in giudizio si fronteggiavano due posizioni estreme. Da una parte, il governo ungherese sosteneva che la direttiva 2006/123 non fosse applicabile al servizio di pagamento mobile, dal momento che questo era stato qualificato dal diritto interno come SIEG. A sostegno di tale affermazione, in particolare, l'Ungheria citava l'art. 1 della direttiva, ai sensi del quale la medesima si applica soltanto alle attività aperte alla concorrenza e non obbliga, pertanto, gli Stati membri a liberalizzare i SIEG, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti.

Dall'altra parte, la Commissione sosteneva al contrario che l'Ungheria avesse commesso un errore manifesto di valutazione nel qualificare il servizio in esame come SIEG. Inoltre, secondo la Commissione, anche supponendo che tale servizio potesse essere così qualificato, in ogni caso la direttiva 2006/123 sarebbe stata comunque applicabile, al pari degli art. 49 e 56 TFUE, in quanto il diritto europeo non prevede per i SIEG un'esenzione assoluta dalle regole dei trattati, ma ammette solamente delle deroghe laddove queste siano giustificate ai sensi dell'art. 106, paragrafo 2 TFUE. Tale assunto sarebbe stato peraltro confermato dal fatto che la direttiva Bolkenstein prevede al suo interno numerose garanzie e deroghe per i SIEG, presupponendo quindi implicitamente che essi rientrino in linea di principio nel suo ambito di applicazione.

4. – Pronunciandosi sulle questioni controverse, la Corte di Giustizia ha innanzitutto rigettato l'argomentazione dell'Ungheria secondo la quale la direttiva 2006/123 non sarebbe stata applicabile ai SIEG.

In questo senso, la Corte ha chiarito che l'esenzione prevista dall'art. 1 della direttiva riguarda unicamente i servizi di interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati o i monopoli che erano già esistenti alla data di entrata in vigore della stessa. Diversamente, ai diritti esclusivi costituiti dopo l'entrata in vigore della direttiva si applicano le disposizioni della direttiva 2006/123, salve le deroghe ivi contemplate in materia di SIEG.

In altri termini, la Corte di Giustizia ha affermato che, quando uno Stato membro istituisca un servizio di interesse economico generale e conferisca all'impresa incaricata della missione di SIEG un diritto esclusivo o un diritto speciale, siffatta misura è soggetta in via di principio agli obblighi degli artt. 15 e 16 della direttiva 2006/123, salvo che non ricorrano le condizioni di esenzione previste dalla direttiva con riferimento ai SIEG.

Ai fini del caso in esame, occorre richiamare in tal senso innanzitutto la deroga prevista dall'art. 15, paragrafo 4 della direttiva 2006/123 che, con riferimento alla libertà di stabilimento, sancisce che le disposizioni di tale articolo «si applicano ai servizi d'interesse economico generale solo in quanto la loro applicazione non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata».

In secondo luogo, l'art. 17 della direttiva, in materia di libera prestazione dei servizi, stabilisce che l'art. 16 non si applica «ai servizi di interesse economico generale forniti in un altro Stato membro».

5. – Appurata l'applicabilità della direttiva 2006/123 alle attività in oggetto, la Corte è dunque passata a verificare se l'attività di pagamento mobile potesse essere considerata un servizio di interesse economico generale, come sostenuto dall'Ungheria.

A tale proposito, è bene ricordare che, ai sensi dell'art. 14 TFUE e del protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona, la definizione di ciò che costituisce un servizio di interesse economico generale spetta agli Stati membri, conformemente al rispettivo diritto nazionale.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, nello svolgimento di detta valutazione gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità, mentre il controllo esercitato dalle istituzioni europee al riguardo è volto unicamente a verificare l'assenza di errori manifesti di valutazione [in questo senso, v. Corte di Giustizia, 20 dicembre 2017, C-66/16, *Comunidad Autónoma del País Vasco e a./Commissione*, punti 69 e 70].

Nell'ambito di tale controllo, in particolare, alle istituzioni europee compete vigilare a che lo Stato membro non eserciti il potere di istituire dei SIEG in maniera arbitraria al solo fine di sottrarre un determinato settore all'applicazione delle regole della concorrenza [Cfr. Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*, punti 165-

169]. Spetta invece allo Stato membro indicare le ragioni per le quali ritiene che il servizio di cui trattasi rivesta un interesse economico generale avente caratteri specifici rispetto a quello di altre attività della vita economica, al punto da richiedere l'applicazione di un regime giuridico derogatorio rispetto alla libera concorrenza [Cfr. Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, C-242/95, *GT-Link*; 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova SpA*].

6. – Schematizzando, in base alla giurisprudenza europea, perché una data attività sia qualificabile come SIEG, è necessario che (i) essa presenti caratteristiche specifiche che la contraddistinguono dalle altre attività economiche, e che (ii) non sia erogata in maniera soddisfacente dal mercato.

6.1. – Quanto al primo profilo, dalla giurisprudenza relativa all'art. 106, n. 2, TFUE, risulta che lo Stato membro deve indicare le ragioni per le quali ritiene che il servizio di cui trattasi meriti, per il suo carattere specifico, di essere qualificato come SIEG e distinto da altre attività economiche, ad esempio perché la sua erogazione sia necessaria per soddisfare dei bisogni essenziali della collettività [Cfr. Corte di Giustizia, 3 marzo 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*].

Nella fattispecie in esame l'Ungheria aveva motivato la propria decisione di qualificare i servizi di pagamento mobile come SIEG in ragione del fatto che questi erano collegati all'uso di servizi pubblici ai quali lo Stato deve garantire l'accesso in modo uniforme, comodo, immediato e ad un costo contenuto, indipendentemente dal luogo di utilizzo.

L'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia, nelle sue conclusioni, aveva ritenuto invece che tali argomentazioni non fossero convincenti. A suo avviso, infatti, la circostanza che i servizi di pagamento mobile erano strettamente connessi ad un servizio pubblico, come quello di parcheggio, non era sufficiente perché essi potessero essere qualificati, a loro volta, come SIEG. In altre parole, secondo l'Avvocato generale, il fatto che l'attività in esame fosse collegata all'esercizio di un servizio pubblico non era di per sé sufficiente per ritenere che anch'essa costituisse un servizio pubblico. Inoltre, l'Avvocato generale, al pari della Commissione, dubitava che il pagamento mobile fosse un servizio essenziale, in quanto non rispondeva ad un bisogno fondamentale della collettività, ma rappresentava soltanto un'alternativa al pagamento in contanti.

6.2. – Con riferimento poi al secondo profilo, bisogna considerare che l'intervento dello Stato in materia di SIEG è di norma motivato dalle carenze del mercato e che, di conseguenza, un servizio non può essere qualificato come SIEG se è prestato in modo soddisfacente da imprese operanti secondo le normali regole del mercato [Cfr. la comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, 2012, punto 48].

Nel caso di specie, era pacifico che il mercato non fosse assente, in quanto prima dell'istituzione del sistema nazionale di pagamento, vi erano diverse imprese che offrivano tale servizio sul mercato. Tuttavia, l'Ungheria riteneva che le sole forze del mercato non fossero in grado di offrire una prestazione soddisfacente in termini di continuità e accessibilità del servizio. In particolare, la prestazione del servizio in regime di concorrenza aveva avuto come effetto la creazione di diversi sistemi di pagamento non comunicanti tra loro e non garantiva la copertura dell'intero territorio nazionale.

Dati questi presupposti, l'istituzione del servizio pubblico mirava a ovviare all'incapacità del mercato di assicurare la copertura di tale servizio sull'intero territorio nazionale, in condizioni uniformi per tutti gli utenti di detto servizio, a prescindere dalla redditività collegata alla regione servita. Allo stesso tempo, esso mirava a garantire l'uniformità e l'interoperabilità del sistema.

Secondo l'Ungheria, in altre parole, l'inadeguatezza del mercato a fornire il servizio in condizioni di continuità e accessibilità era un motivo sufficiente per giustificare l'istituzione di un SIEG.

Diversamente l'Avvocato generale, pur riconoscendo che prima dell'istituzione del SIEG vi erano dei problemi dovuti ad esempio alla mancanza di una piattaforma uniforme standardizzata, riteneva tuttavia che tale circostanza non fosse sufficiente per giustificare la qualifica di SIEG. A suo avviso, infatti, al fine di dimostrare l'esistenza di una reale esigenza di servizio pubblico, lo Stato membro avrebbe dovuto dimostrare non solo che il servizio non fosse prestato in modo soddisfacente dal mercato, ma anche che non avrebbe potuto esserlo.

In altre parole, a suo avviso la qualificazione di un'attività come SIEG dovrebbe essere esclusa ogniqualvolta l'attività possa essere potenzialmente prestata in modo soddisfacente da imprese operanti secondo le normali regole del mercato.

Nella fattispecie, in particolare, egli riteneva, al pari della Commissione, che la standardizzazione e l'interoperabilità avrebbero potuto essere realizzate mediante un intervento legislativo o regolamentare delle autorità ungheresi, mantenendo comunque la struttura concorrenziale del mercato. Ad esempio, a suo avviso l'Ungheria avrebbe potuto ottenere lo stesso risultato, promuovendo l'accesso dei concorrenti ai loro rispettivi sistemi.

7. – In definitiva, l'Avvocato generale e la Commissione propugnavano un'interpretazione restrittiva della disciplina europea in materia di SIEG, in base alla quale l'istituzione di un servizio pubblico deve essere considerata come uno strumento residuale, a cui gli Stati membri possono ricorrere soltanto laddove non sia possibile perseguire i medesimi obiettivi mediante strumenti meno lesivi della concorrenza.

Tale impostazione riflette un approccio risalente nella giurisprudenza europea, che appare tuttavia ormai in via di superamento, in favore di una concezione positiva, volta a valorizzare il ruolo dei SIEG quali strumenti per realizzare gli obiettivi di coesione sociale e territoriale all'interno dell'Unione europea.

In questo senso sembrano indirizzate le considerazioni formulate dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento, in risposta alle argomentazioni della Commissione secondo cui l'Ungheria aveva commesso un errore manifesto di valutazione nel qualificare il servizio di pagamento mobile come SIEG.

La Corte ha innanzitutto ribadito che «il solo fatto che un servizio qualificato come SIEG da parte di uno Stato membro sia già fornito da taluni operatori presenti sul mercato interessato non è sufficiente a dimostrare che tale qualificazione sia viziata da un manifesto errore di valutazione».

Secondo la Corte, infatti, la qualificazione di un servizio come SIEG è giustificata quando tale servizio sia già fornito sul mercato, ma in modo insoddisfacente e a condizioni incompatibili con il pubblico interesse, come avviene quando uno Stato membro ritiene, nell'esercizio del suo potere discrezionale, che il mercato non soddisfi gli obiettivi di continuità e di accesso al servizio da esso definiti.

Applicando tali coordinate al caso di specie, la Corte ha quindi giudicato plausibili che le motivazioni addotte dall'Ungheria a giustificazione della qualificazione del servizio di pagamento mobile come SIEG. Viceversa, a suo avviso la Commissione non aveva addotto argomentazioni sufficienti per dimostrare che tale Stato membro fosse incorso in un errore manifesto di valutazione, essendosi limitata ad affermare che il

mercato funzionava in modo soddisfacente e che probabilmente sarebbe stato indotto a svilupparsi, senza tuttavia fornire elementi idonei a suffragare tali affermazioni.

8. – Dopo aver constatato che l'Ungheria, qualificando il servizio di pagamento mobile come SIEG, non aveva commesso un errore manifesto di valutazione, la sentenza in commento si è quindi soffermata sulla verifica della legittimità della misura adottata in concreto dall'Ungheria per realizzare le finalità sottese all'istituzione del SIEG.

Per comprendere il ragionamento svolto dalla Corte, occorre premettere che, in base alla giurisprudenza europea, è necessario distinguere la decisione di uno Stato membro di qualificare un dato servizio come SIEG dalla scelta degli strumenti attraverso cui consentire all'impresa incaricata della gestione del servizio medesimo di adempiere alle missioni di servizio pubblico affidatele.

In particolare, è ricorrente nella giurisprudenza della Corte l'affermazione in base alla quale le nozioni di «diritti speciali» o di «diritti esclusivi» non devono essere confuse con quella di «SIEG», in quanto la concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento che consente a tale operatore di svolgere una missione di SIEG [Tribunale UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA*, par. 179].

Questa distinzione si riflette anche sul tipo di scrutinio che le istituzioni europee sono legittimate ad effettuare. Infatti, mentre come detto la decisione di qualificare un'attività come SIEG è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri, con il solo limite dell'errore manifesto di valutazione, la scelta degli strumenti da adoperare è assoggettata ad un giudizio pieno di legittimità da parte delle istituzioni comunitarie.

Nello specifico, in base ad una giurisprudenza ormai consolidata, tale sindacato è volto ad accertare se le deroghe delle regole dei trattati previste dagli Stati membri siano necessarie per consentire ad un'impresa incaricata della gestione del SIEG di svolgere, in condizioni economicamente sostenibili, gli specifici compiti d'interesse pubblico che le sono affidati [Corte di Giustizia, 3 marzo 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*, punto 76]. Ciò al fine di garantire, ai sensi dell'art. 106, par. 2 TFUE, un equo bilanciamento tra il rispetto delle norme dei trattati – in particolare, per quanto qui interessa, degli articoli 49 e 56 TFUE – ed il perseguimento delle esigenze di interesse pubblico che il SIEG è destinato a soddisfare.

9. – Le considerazioni appena esposte trovano conferma nella sentenza in esame, la quale tuttavia si distingue dai precedenti in materia per le modalità in cui la Corte ha strutturato il proprio giudizio di legittimità.

Essa infatti non si è limitata, come di consueto, a verificare se la misura adottata dall'Ungheria fosse necessaria per consentire l'adempimento della missione di SIEG in condizioni economicamente accettabili, ma ha suddiviso il proprio ragionamento in due fasi.

In una prima fase, essa ha accertato se tale misura costituisse una restrizione giustificata delle libertà fondamentali interessate, ossia della libertà di stabilimento (di cui agli art. 49 TFUE e art. 15, direttiva 2006/123) e della libera prestazione dei servizi (di cui all'art. 56 TFUE).

A tal fine, essa si è interrogata sul carattere non discriminatorio dei requisiti in questione, sulla loro necessità, ossia sul fatto che questi rispondessero a motivi imperativi di interesse generale, e infine sulla loro proporzionalità, cioè sul fatto che detti requisiti non eccedessero quanto necessario per conseguire l'obiettivo prefissato.

Nel caso di specie, la Corte ha quindi rilevato come il requisito introdotto dalla legge ungherese non fosse tale da soddisfare la condizione relativa all'assenza di misure meno restrittive per raggiungere l'obiettivo perseguito. Nel corso del procedimento, infatti, l'Ungheria aveva riconosciuto che esistevano misure meno vincolanti e restrittive delle libertà fondamentali rispetto all'istituzione di un monopolio affidato ad

un'impresa pubblica, come ad esempio un sistema di concessioni fondato su una procedura aperta alla concorrenza, che avrebbero consentito ugualmente di conseguire gli obiettivi invocati dal governo ungherese.

Appurato ciò, quindi, in un secondo momento la Corte si è domandata se la restrizione illegittima delle libertà fondamentali appena accertata fosse nondimeno giustificata dalla necessità di adempiere ad una missione di SIEG ai sensi dell'art. 106, par. 2 TFUE.

A tal riguardo, la Corte ha constatato che il governo ungherese non aveva indicato i motivi per cui riteneva che l'adempimento degli specifici compiti affidati a tale servizio richiedesse la creazione di un monopolio mediante la concessione di diritti esclusivi ad un'impresa pubblica, sebbene l'Ungheria stessa avesse ammesso l'esistenza di misure meno restrittive rispetto all'istituzione di tale monopolio idonee a consentire l'adempimento di tali compiti. In questo modo, dunque, lo Stato ungherese aveva reso impossibile un controllo, anche solo marginale, da parte della Corte sull'ammissibilità della misura scrutinata.

Per questo motivo, quindi, in conclusione la Corte ha concluso che l'Ungheria, avendo introdotto e mantenuto in vigore il sistema nazionale di pagamento mobile fosse venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 15, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123 e dell'articolo 56 TFUE.

10. – Al di là dell'esito della controversia, che pare in gran parte riconducibile alla condotta processuale adottata dal governo ungherese, quel che preme sottolineare è la struttura bifasica del ragionamento attraverso cui la Corte è giunta alle proprie conclusioni.

Questa struttura, a ben vedere, non è nuova, ma era stata adottata dalla Corte già nella sentenza *Viasat* in materia di aiuti di Stato nel settore dei SIEG. In quell'occasione, infatti, la Corte aveva osservato come il controllo dell'osservanza delle condizioni imposte dalla giurisprudenza *Altmark* per considerare un aiuto in materia di SIEG compatibile con l'art. 107 TFUE, si collochi a monte e preceda quella volta ad accertare, ove necessario, se un aiuto incompatibile sia nondimeno necessario al compimento della missione conferita al beneficiario della misura di cui trattasi, ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE [Cfr. Corte di Giustizia, 8 marzo 2017, C-660/15, *Viasat Broadcasting UK/Commissione*, punto 34).

Un ragionamento simile pare essere stato ripreso nel caso in esame, dove la Corte sembra aver voluto affermare che il controllo dell'osservanza delle condizioni per considerare una restrizione delle libertà fondamentali compatibile con i trattati precede quello volto ad accertare se una restrizione incompatibile sia nondimeno necessaria per l'esercizio, in condizioni economicamente accettabili, degli specifici compiti d'interesse pubblico di cui trattasi.

Con questa sentenza, dunque, pare consolidarsi, anche al di fuori del settore degli aiuti di Stato, un giudizio di bilanciamento a due fasi, o se si preferisce un "doppio bilanciamento", il cui effetto è di rafforzare le esigenze sottese all'istituzione di un SIEG. A queste ultime, infatti, viene conferita una più ampia possibilità di trovare copertura giuridica all'interno dei trattati e, quindi, in ultima istanza, una maggiore capacità di resistenza alle spinte liberalizzatrici provenienti dall'ordinamento comunitario.

L'impugnabilità del bando di gara da parte dell'operatore terzo: il positivo dialogo tra la Corte di Giustizia, la Corte Costituzionale e il Consiglio di Stato

di Giacomo Mannocci

Title: The contestability of the tender by the third-party operator: the positive dialogue between the Court of Justice, the Constitutional Court and the Council of State

Keywords: CJEU; Public procurements; Third-party operator.

1. – La sentenza in commento affronta una questione di estremo interesse nell'ambito degli appalti pubblici: la diretta impugnabilità del bando da parte di un operatore economico che non abbia partecipato alla gara, ritenendo – fondatamente o meno – che sussistano delle clausole tali da rendere impossibile la stessa formulazione di un'offerta tecnica.

Nell'ordinamento italiano si tratta di un'ipotesi del tutto residuale, in quanto l'art. 100 del codice di procedura civile, stabilisce che è necessario avere un interesse giuridicamente rilevante per proporre una domanda o per resistere alla stessa: questo principio si applica anche nel processo amministrativo in virtù dell'art. 39 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 in base al quale «per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

È la partecipazione alla gara che fonda l'interesse giuridicamente qualificato per proporre un ricorso dinanzi all'Autorità giurisdizionale amministrativa: la Corte Costituzionale ha confermato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui «l'impresa che non partecipi alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ma riconducibile a un mero interesse di fatto» (Corte Costituzionale, Sentenza 22 novembre 2016, n. 245). Dunque la condizione pregiudiziale per la sussistenza dell'interesse ad agire giudizialmente è che l'impresa abbia partecipato o quanto meno abbia chiesto di partecipare alla gara, oppure che essa non ne sia stata esclusa con provvedimento legittimo e non impugnato (Consiglio di Stato, sezione VI, 8 luglio 2011, 4122). Per poter impugnare il bando di gara da parte di terzi, occorre quanto meno il dubbio di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dell'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento della procedura di gara impugnata. In due significative pronunce dell'Adunanza plenaria del 2003 e poi del 2011, Palazzo Spada ha statuito che «la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a

quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata; i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato» (Ad. Pl. 29 gennaio 2003 n. 1; Ad. Pl. 7 aprile 2011, n. 4). Le uniche deroghe tassative a questo principio e quindi le ipotesi esclusive in cui un bando di gara possa essere impugnato da un soggetto terzo che non ha partecipato alla relativa gara, consistono solamente:

1. nella contestazione in radice della gara;
2. nell'assenza della gara, avendo l'Amministrazione disposto l'affidamento diretto del contratto;
3. nella previsione di clausole specifiche che siano immediatamente escludenti.

Mentre le prime due ipotesi sono oggettivamente molto rare e quasi di scuola, è più probabile che si verifichi il caso di un'impresa che non possa partecipare al bando di gara per la previsione di clausole manifestamente irragionevoli e anticoncorrenziali. Il problema che spesso la giurisprudenza è stata chiamata a risolvere consiste nel verificare le specifiche fattispecie in cui ciò avvenga.

È in tale contesto che si inserisce la sentenza della Corte di Giustizia in esame, che è interessante da esaminare perché il Giudice del rinvio ha sollevato prima una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale e successivamente una questione di compatibilità delle normativa italiana rispetto a quella euro unitaria sull'impugnabilità dei bandi di gara.

Inoltre è doveroso mettere in evidenza che il caso concreto è stato pure citato dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018 del Consiglio di Stato.

Si tratta di un raro caso in cui sulla vicenda specifica si sono pronunciati il massimo Organo di Giustizia Amministrativa – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato –, la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il caso che ha dato luogo al contenzioso concerne una procedura di gara informale per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico in tutta la Liguria, indetta dall'Agenzia regionale a ciò preposta. Le società che fino ad allora gestivano il trasporto pubblico locale a livello provinciale o comunale, non hanno partecipato alla gara indetta, ritenendo che nessuna di esse fosse in grado di gestire tutto il servizio nell'intero ambito regionale. Queste società, sostenendo di essere state ingiustificatamente penalizzate sulla base di un criterio territoriale del tutto arbitrario, hanno presentato un ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale, rivolto in maniera specifica contro il bando inteso a selezionare gli operatori economici. In estrema sintesi, queste contestavano in radice le modalità di indizione e di svolgimento della procedura di gara perché l'Agenzia regionale, nella sua qualità di amministrazione aggiudicatrice, avrebbe affidato un appalto in un unico lotto relativo all'intero territorio regionale.

Secondo le ricorrenti, tale decisione avrebbe violato sia la normativa statale (in particolare l'articolo 3 *bis* del decreto-legge n. 138/2011, secondo cui i servizi pubblici locali devono essere gestiti a livello provinciale), sia la Costituzione italiana (in particolare l'art. 117), sia gli articoli 49 e 56 del T.F.U.E.

Il ricorso al TAR è interessante per gli aspetti di principio che esso ha sollevato e non certamente per il merito della vicenda: a quest'ultimo riguardo, occorre solo far presente che l'Azienda Regionale nel frattempo ha deciso di non dar seguito al bando impugnato, perché nel 2016 la Regione Liguria ha approvato una legge che prevede che i terreni e i servizi di trasporto terrestre e marittimo non debbano più essere aggiudicati in un lotto unico che copra l'intero territorio regionale, bensì in quattro lotti relativi a quattro ambiti territoriali omogenei (artt. 9 e 14 della Legge regionale 7 novembre 2013, n. 33 recante la Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale, così come modificata dalla legge regionale 9 agosto 2016, n. 19).

In sostanza la Regione ha accolto per via legislativa le doglianze delle aziende provinciali del trasporto pubblico e quindi di fatto è cessata la materia del contendere in sede giudiziaria. Ciò non ha però impedito che su questa specifica vicenda venissero investiti prima la Corte Costituzionale e, successivamente alla sua pronuncia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Infatti, prima che la Regione Liguria apportasse la novella legislativa a cui è stato fatto riferimento in precedenza, il Tribunale amministrativo regionale, con ordinanza n. 95 del 21 gennaio 2016, sollevò, in primo luogo, un dubbio sulla legittimità della normativa regionale che prevedeva un unico ambito ottimale per il trasporto pubblico, al posto dei preesistenti ambiti provinciali e locali. Il T.A.R., in particolare, riteneva che ciò contrastasse con gli artt. 3, 97 e 117, I e II comma, lettere e) e s) della Costituzione, in quanto la normativa statale di riferimento imponeva una riserva di amministrazione alle Regioni, visto che l'obbligo di motivazione e la previsione di una complessa istruttoria escludevano la possibilità che la definizione dell'ambito territoriale ottimale per il trasporto pubblico, così come la scelta di affidare il servizio in un unico lotto, potesse avvenire per legge. A giudizio dell'Organo remittente, era infondata l'eccezione di difetto di interesse ad agire per mancanza di presentazione della domanda di partecipazione, in quanto le ricorrenti erano tutte gestori di servizi di trasporto pubblico locale in ambito provinciale o sub-provinciale e perché non era stata adeguatamente motivata la scelta di creare un unico ambito territoriale ottimale.

Nella sentenza n. 245/2016, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile l'ordinanza di rimessione, in quanto ha ritenuto non plausibile la motivazione su cui questa si fondava (*id est* il concreto interesse ad agire delle società ricorrenti) e conseguentemente ha dichiarato le questioni di legittimità costituzionale inammissibili per difetto di rilevanza, non sussistendo la legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara.

Va osservato per altro verso che, grazie al TAR Liguria, la Corte Costituzionale ha avuto la possibilità di esprimersi sulle ipotesi in cui sia impugnabile il bando di gara da parte di un operatore economico non partecipante, pronunciandosi, nonostante nel frattempo la normativa regionale fosse stata modificata, sulla base del principio del *tempus regit actum*. La Corte, infatti, ha fatto una ricognizione della consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, facendola propria e ribadendo che sussistono solo tre deroghe tassative che consentono la facoltà di ricorrere agli Organi di Giustizia Amministrativa a soggetti terzi rispetto alla gara.

La deroga più importante riguarda le «clausole immediatamente escludenti» che – sulla base della citata sentenza della Corte Costituzionale – sono state precisate in modo univoco e dettagliato proprio recentemente, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2018:

- «a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
- b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001);
- c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);
- d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);
- e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza «non soggetti a ribasso (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)».

È in questo contesto giurisprudenziale interno – di per sé già molto chiaro – che si inserisce la Sentenza della Corte di Giustizia oggi commentata.

Il TAR Liguria, preso atto di quanto stabilito dalla Corte Costituzionale, subito dopo ha investito della questione i Giudici di Strasburgo perché «secondo l'interpretazione del requisito procedurale dell'interesse ad agire accolta in tale sentenza della Corte costituzionale, sarebbe inammissibile il ricorso proposto dall'impresa che non ha partecipato alla gara quando non fosse assolutamente certo ma soltanto altamente probabile che, per effetto della strutturazione della gara, in particolare della divisione in lotti, o per effetto della normativa di gara applicabile, l'impresa non potrebbe conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in questione [...] La possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale sarebbe così, quasi sistematicamente, condizionata alla partecipazione alla gara, partecipazione che comporta di per sé rilevanti oneri, e ciò anche nel caso in cui l'impresa intendesse contestarne la legittimità per essere la gara stessa eccessivamente restrittiva della concorrenza». (TAR Liguria, sez. II, Ordinanza 29 marzo 2017, n. 263 [e non dell'8.2.2017 come riportato nell'epigrafe della sentenza euro unitaria])

Il TAR giustifica pertanto questa sua seconda ordinanza di rimessione sulla base dell'assunto che la risposta della Corte sarebbe dirimente ai fini dell'ammissibilità dell'originario ricorso, con conseguenti ripercussioni in ordine alla statuizione sulle spese del giudizio.

Al di là delle motivazioni addotte dal Giudice del rinvio, la pronuncia della Corte di Giustizia è molto significativa nell'ambito del sistema degli appalti pubblici. Si statuisce infatti il principio in base al quale la normativa euro unitaria non impedisce agli Stati membri di prevedere una disciplina normativa o regolamentare che neghi agli operatori economici la possibilità di proporre un ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice relative a una procedura d'appalto alla quale essi hanno liberamente deciso di non partecipare. Va valutato in concreto se la normativa applicabile a tale procedura renda molto improbabile che all'operatore economico possa essere aggiudicato l'appalto in questione. In caso di risposta affermativa, è legittima l'esclusione della facoltà di ricorrere.

La Corte di Giustizia, al tempo stesso, ha precisato però che «spetta al giudice nazionale competente valutare in modo circostanziato, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia di cui è investito, se l'applicazione concreta di tale normativa non sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati.» (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Terza Sezione, Sentenza 28 novembre 2018).

È interessante osservare che vi è stato un positivo dialogo tra le Corti che, con le loro statuizioni, hanno compiutamente disciplinato una materia sulla quale il legislatore non era intervenuto espressamente. Infatti, la Corte di Strasburgo richiama espressamente la sentenza 245/2016 con cui la Corte Costituzionale italiana afferma che la posizione giuridica dell'impresa che non partecipa alla gara è quella di un mero interesse di fatto e conseguentemente non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze. Al tempo stesso il Consiglio di Stato e diversi Tribunali Amministrativi regionali attendevano questa recente interpretazione della Corte di Giustizia per risolvere diverse controversie sulle Direttive sugli appalti,

più volte invocate dalle parti come parametri di riferimento nei singoli contenziosi giudiziari (T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 20/04/2018, n. 430; Cons. Stato (Ad. Plen.), 11/05/2018, n. 6).

La necessità di garantire degli standard minimi per la tutela giurisdizionale dei soggetti partecipanti agli appalti pubblici, è sempre stata avvertita dal legislatore europeo (allora) comunitario: risale al 1989 la Direttiva 665 con cui viene imposto agli Stati membri di garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano sempre essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile. Sul tema interviene poi la Direttiva 1992/13 che ribadisce il concetto che spetta a ciascun Stato membro disciplinare le procedure in materia di ricorsi su appalti, purché sia sempre garantita l'accessibilità alle procedure di ricorso «a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione» (art. 1 paragrafo 3 Direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992).

Peraltro bisogna rilevare che la giurisprudenza euro unitaria ha però sempre ammesso che il ricorso all'Autorità giudiziaria non può essere riconosciuto a qualsiasi impresa che in astratto possa partecipare ad un procedura di appalto, ma solo a quelle che dimostrano di avere un concreto interesse. In due importanti pronunce del 2003 e del 2004, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che gli Stati membri non sono dunque tenuti a rendere accessibili le procedure di ricorso giurisdizionali a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico: è infatti riconosciuta loro la facoltà di restringere il novero dei aventi titolo, senza che per questo siano lesi i principi della libera concorrenza e della trasparenza. Di conseguenza, gli Stati dell'Unione hanno la facoltà di esigere che la società o l'impresa interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata (Corte di Giustizia, Sentenza 19 giugno 2003, Hackermüller, C-249/01; Corte di Giustizia, Sentenza 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C-230/02).

In sostanza viene accolta la tesi secondo cui la partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto è la *conditio sine qua non* per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto e rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiudicazione di detto appalto. Se non ha presentato un'offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere leso o rischiare di esserlo dall'avvenuta aggiudicazione.

Con la sentenza in commento, i Giudici di Strasburgo hanno fatto però una ulteriore, significativa specificazione relativamente alla non impugnabilità del bando da parte di un operatore economico terzo: ribadendo la legittimità della normativa nazionale che in linea di principio nega al terzo la facoltà di proporre un ricorso giurisdizionale, hanno puntualmente chiarito che – qualora l'operatore economico non partecipante decida comunque di impugnare il bando – il Giudice nazionale deve valutare in modo circostanziato tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia. Lo scopo di questa “eccezione dell'eccezione” è chiaro: garantire per ogni appalto la libera concorrenza e la massima trasparenza.

Il disciplinare IGP sull'affettatura ed il confezionamento del prodotto alimentare nella zona di produzione

di Cristina Ottonello

Title: Product specification IGP on the packaging in the area of production

Keywords: Geographical indications and designations of origin; Requirements to package in the area of production; Ham originating from the Black Forest.

1. – Con la sentenza pronunciata il 19 dicembre 2018 (causa C-367/2017, *S c. EA e a.*) la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affrontato, ancora una volta, il tema dell'indicazione geografica dei prodotti agroalimentari.

L'Unione europea, infatti, preso atto che la competitività dei predetti beni, dipende, sempre di più, dalla qualità di questi ultimi, è intervenuta disciplinando, non solo, la promozione dei prodotti ma anche la tutela e l'informazione del consumatore.

In particolare, le disposizioni europee, volte ad assicurare uguali condizioni di concorrenza nel mercato comune, si sono focalizzate sulla protezione di prodotti aventi caratteristiche qualitative derivanti sia dalla zona di produzione (denominazione di origine protetta-DOP) sia dalla tradizione produttiva tipica di una determinata località (indicazione geografica protetta-IGP), entrambe ricomprese nella categoria delle indicazioni geografiche 'I.G.G.'.

La normativa in materia è costituita da diverse fonti, quali, il Regolamento CEE n. 2081/1982, superato dal Regolamento 510/2006, di poi abrogato e sostituito, a far data dal 3.01.2013, dal Regolamento 1151/2012.

Il caso analizzato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea trova origine nella controversia sorta dall'opposizione di tre associazioni tedesche avverso la richiesta formulata dalla società 'S' di ottenere una modifica del disciplinare sull'indicazione geografica protetta con riguardo all'attività di affettatura e confezionamento dello 'Schwarzwald schinken' (prosciutto della foresta nera).

Uno dei soggetti opposenti, infatti, era un grande distributore di prodotti a base di carne che si occupava dell'affettatura e del confezionamento dello 'Schwarzwald schinken', al di fuori della regione di produzione.

In punto, la Corte dei brevetti tedesca ha annullato il provvedimento di rigetto relativo alla modifica del disciplinare, adottato dall'Ufficio brevetti e marchi, ritenendo che la domanda avanzata dalla società 'S' integrasse i requisiti richiesti dal Regolamento 510/2006, ovvero, che la stessa fosse sufficientemente motivata con riguardo alla necessità di restringere l'affettatura ed il confezionamento dello 'Schwarzwald schinken' alla sola regione di produzione.

Controparte ha impugnato tale decisione nanti la Corte federale di giustizia, la quale, dopo aver sospeso il giudizio, ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea tre questioni pregiudiziali aventi ad oggetto, rispettivamente, l'interpretazione: - del Regolamento 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari - e del Regolamento 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari.

Con la prima questione, il giudice del rinvio ha domandato se la disciplina applicabile alla domanda di modifica del disciplinare di un IGP avesse dovuto rinvenirsi nell'art. 4 paragrafo 2 lett. e) del Regolamento 510/2006, in vigore alla data di presentazione della domanda, o nel diverso art. 7 paragrafo 1 lett. e) del Regolamento 1151/2012, vigente al momento dell'adozione di tale decisione.

Con la seconda e terza questione, il giudice tedesco ha chiesto se la modifica del disciplinare da parte della società 'S' trovasse giustificazione ai sensi dell'art. 4 par. 2 lett. e) del Regolamento 510/2006 e dell'art. 7 par. 1 lett. e) del Regolamento 1151/2012 ed avesse la finalità di impedire che il trasporto, l'affettatura o il confezionamento, al di fuori della zona di produzione, potessero incidere sulla qualità del prodotto o sui controlli.

L'art. 4 par. 2 lett. e) del Regolamento 510/2006 prevedeva, infatti, che il disciplinare comprendesse gli elementi relativi al confezionamento del prodotto nella zona geografica delimitata solo nell'ipotesi in cui l'associazione avesse motivato tale misura con la necessità di salvaguardare la qualità, garantire l'origine o assicurare il controllo del bene.

L'art. 7 par. 1 lett. e) del Regolamento 1151/2012 statuisce, invece, che il disciplinare dell'IGP debba contenere informazioni relative al confezionamento solo quando il soggetto richiedente fornisca sufficienti motivazioni volte a dimostrare che ciò sia necessario per salvaguardare l'origine o assicurare il controllo del prodotto, il tutto nel rispetto della normativa europea relativa alla libera circolazione delle merci e dei servizi.

In questi casi, infatti, malgrado gli effetti restrittivi di tale misura sugli scambi, quest'ultima deve essere considerata conforme al diritto dell'Unione europea se è dimostrato che ciò costituisce un mezzo necessario e proporzionato a salvaguardare la qualità del prodotto, a garantire la sua origine o ad assicurare il controllo del disciplinare di tale IGP.

Nella fattispecie in esame, la Corte ha statuito che tale necessità poteva rinvenirsi nel caso dell'affettatura e del successivo confezionamento dello 'Schwarzwälder schinken'.

Con la presente pronuncia, pertanto, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha consolidato un orientamento già espresso nel noto caso *Ravil SARL/Bellon Import SARL, Biraghi SpA e Consorzio del Prosciutto di Parma, Salumificio S. Rita SpA/Asda Stores Ltd, Hygrade Foods Ltd* (causa C-469/00 e C-108/01), relativo a due questioni pregiudiziali, sollevate, rispettivamente, dalla *Cour de Cassation* e dalla *House of Lords*.

La vicenda pendente nanti la Corte di cassazione francese aveva ad oggetto il ricorso promosso dalla Biraghi e dalla Bellon, importatore e distributore esclusivo dei prodotti Biraghi per la Francia, avverso la società francese Ravil. Quest'ultima, infatti, importava, grattugiava, preconfezionava e distribuiva in Francia, il formaggio "Grana Padano", commercializzandolo con la denominazione "Grana Padano *râpé frais*".

La questione relativa al prosciutto di Parma aveva, invece, avuto luogo dall'opposizione promossa dal Salumificio Santa Rita avverso i supermercati Asda e la società Hygrade, la quale, dopo aver acquistato il prosciutto disossato presso un produttore italiano facente parte del Consorzio del Prosciutto di Parma, lo affettava in Inghilterra.

Al pari del caso dello 'Schwarzwaldler schinken', la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che il mantenimento della qualità e della reputazione del formaggio "Grana Padano" e del "prosciutto di Parma" giustifica a che si proceda, rispettivamente, alla grattugiatura e all'affettatura dei prodotti, nonché al loro confezionamento nella zona di produzione del bene, senza che ciò costituisca una violazione alla libera circolazione delle merci.

In conclusione, appare, ad oggi, pacifico l'orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che ritiene che il disciplinare IGP possa legittimamente prevedere che l'affettatura ed il confezionamento del prodotto avvenga nella zona di produzione, sempre che questo trovi giustificazione nell'esigenza di controllo, salvaguardia della qualità o dell'origine del bene, senza che ciò costituisca una violazione della libera circolazione di beni e servizi.

I diritti della difesa e il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva delle persone soggette a provvedimenti di congelamento

La Corte di Giustizia ritorna sui limiti alla discrezionalità del Consiglio nella cooperazione con i paesi terzi

di Jacopo Paffarini

Title: The rights of the defence and the right to an effective remedy of the persons subject to asset freeze measures. The Court of Justice once again addresses the limits to the discretion of the Council on the cooperation with third countries

Keywords: Rights of the defence; Right to an effective remedy; Asset freezing measures.

1. – Le misure restrittive adottate in funzione degli obiettivi di politica estera e di sicurezza comune tornano ad essere oggetto di una pronuncia di annullamento della Corte di Giustizia nel caso *Azarov contro Consiglio dell'Unione Europea* (C-530/17 P, del 19 dicembre 2018, EU:C:2018:1031). La questione che viene posta all'attenzione dei giudici riguarda la decisione (PESC) 2015/364 del Consiglio, del 5 marzo 2015, che modifica la decisione 2014/119/PESC (GU 2015, L 62, pag. 25), e il regolamento di esecuzione (UE) 2015/357 del Consiglio, del 5 marzo 2015, che attua il regolamento (UE) n. 208/2014, con cui è stato disposto il congelamento dei beni appartenenti ai soggetti identificati come responsabili dell'appropriazione indebita di fondi statali ucraini. I provvedimenti sottoposti all'esame dei giudici integrano dunque un'attività di cooperazione con un'autorità di uno Stato terzo ai sensi dell'art. 21 del TUE, essendo stati emessi a seguito di un'indicazione proveniente dalla Procura Generale della Repubblica Ucraina. Più precisamente, attraverso una lettera datata 10 ottobre 2014, quest'ultima aveva fatto pervenire al Consiglio dell'Unione Europea una lista di nominativi appartenenti a persone che avevano ricoperto incarichi di vertice nel precedente esecutivo e nei cui confronti erano stati avviati procedimenti penali per l'accertamento di condotte legate alla gestione di risorse a loro disposizione. Il provvedimento che dispone il congelamento e il recupero dei beni riconducibili ai sospettati delle attività di sviamento, inoltre, viene motivato con la necessità di fornire un adeguato appoggio ai nuovi rappresentanti delle istituzioni ucraine, a cui l'Unione ha deciso di affidarsi per favorire il consolidamento della democrazia e dello stato di diritto nel paese (si veda il secondo e il terzo considerando della decisione 2014/119 PESC).

Il caso in commento ha avuto origine dall'appello di Mykola Yanovych Azarov contro la sentenza dal Tribunale dell'Unione Europea (T-215/15, del 7 luglio 2017, EU:T:2017:479) che aveva respinto la richiesta di annullamento delle misure restrittive nei suoi confronti. I motivi dell'impugnazione hanno posto l'attenzione sulle

problematiche del sistema giudiziario ucraino e sull'assenza di garanzie nell'ambito delle attività di indagine che, ad opinione del ricorrente, minerebbe il fondamento dei provvedimenti adottati dal Consiglio. La Corte di Giustizia è dunque tornata ad esprimersi in merito al problema dei controlli sul rispetto dei livelli minimi di protezione dei diritti della difesa e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva a cui sono vincolate le istituzioni europee quando adottano provvedimenti restrittivi basati su indicazioni delle autorità di Stati terzi.

2. – È opportuno ricordare che la decisione 2014/119 PESC e il regolamento di esecuzione n. 208/2014 erano già stati oggetto di due sentenze di rigetto nei confronti delle richieste di annullamento avanzate dell'ex Presidente della Repubblica Ucraina e da suo figlio (*Yanukovych c. Consiglio*, C-598/16 P e C-599/16 P, del 19 ottobre 2017). Le pronunce, che precedono di un anno il caso in commento, si distinguono per una rigida lettura dei requisiti per l'attivazione del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Unione, dal momento che i giudici respingono tutti i motivi presentati dai ricorrenti per la mancata specificazione delle violazioni di cui sarebbero stati vittime. La descrizione di uno stato di tensione generale, anche quando sia corredata da riferimenti alle denunce di inosservanza dei principi fondamentali dello stato di diritto, è stata giudicata di per sé insufficiente a fondare una verifica sul merito degli atti, la quale, piuttosto, può essere concessa solo qualora si lamenti una violazione che comprometta specificatamente la posizione del ricorrente (C-598/16 P, punto 54 e 64; C-599/16 P, punto 51 e 61).

Nel caso di Azarov la discussione riprende il tema della precarietà delle condizioni di esercizio dei diritti fondamentali nel sistema giudiziario ucraino, sebbene questa volta le motivazioni del ricorso riportano dei gravami specifici legati al mancato rispetto dei diritti della difesa. La vicenda ha pertanto permesso ai giudici di ritornare su quanto affermato in occasione dei casi *Yanukovych*, specificando – ed in parte correggendo – gli argomenti su cui era stato fondato il rigetto.

Un primo aspetto su cui è stata fatta chiarezza riguarda il valore che assume l'apertura delle indagini da parte dell'autorità di uno Stato terzo ai fini dell'erogazione di misure restrittive, ossia la possibilità di qualificare questa circostanza come condizione sufficiente per dare fondamento alla limitazione di libertà fondamentali alla luce del diritto europeo. Per il Tribunale l'esistenza di una decisione preliminare delle autorità ucraine costituisce, non già il criterio per l'adozione dei provvedimenti di congelamento, bensì «solo la base fattuale su cui tali misure si fondano» (punto 169). La pronuncia ribadisce quindi «l'ampio potere discrezionale» di cui gode il Consiglio in merito alla identificazione delle persone sospettate di essere «responsabili dell'appropriazione indebita di fondi statali ucraini», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della decisione 2014/119 PESC (punto 173, che cita il precedente del 21 aprile 2015, *Anbouba c. Consiglio*, C-605/13, punto 41). A tal proposito, sembra opportuno rilevare che quest'orientamento trova, successivamente, un parziale accoglimento da parte della Corte di Giustizia nei casi *Yanukovych*. Si osservi infatti che in tale occasione le informazioni ripassate della Procura ucraina vengono definite come la «base» che giustifica l'inclusione del nome del ricorrente nella lista dei destinatari del provvedimento di congelamento dei fondi, mentre il criterio di selezione è individuato nell'obiettivo «di consolidare e dare supporto allo stato di diritto» (C-598/16 P, punto 72 e 74; C-599/16 P, punto 69 e 71).

Il punto di divergenza tra i giudici europei, tuttavia, si verifica sul tema delle implicazioni connesse all'accoglimento da parte delle istituzioni europee della richiesta di collaborazione avanzata dall'autorità dello Stato terzo. Mentre per il Tribunale l'autonomia del Consiglio in materia di politica estera solleverebbe quest'ultimo dall'onere di provare che l'ordinamento giuridico straniero offra una tutela giuridica

equiparabile a quella garantita dall'Unione, i giudici della Corte di Giustizia affermano che un tale riscontro *ab origine* non è prescindibile. Alla luce di quest'ultima interpretazione, la discrezionalità sulla scelta dei criteri di applicazione delle misure restrittive non può comportare un'eccezione all'obbligo di motivare adeguatamente gli atti, il quale incombe agli organi dell'Unione in base all'art. 296 TFUE.

La natura degli obiettivi di politica estera e sicurezza comune, pertanto, non assume rilevanza in relazione ai suddetti adempimenti. In merito a questo profilo, il Tribunale aveva cercato di introdurre una distinzione tra le misure restrittive derivanti dalla «scelta eminentemente politica del Consiglio di cooperare con le nuove autorità ucraine» e quelle adottate nell'ambito della lotta contro il terrorismo (punto 173). La pronuncia sottolinea infatti una «sostanziale differenza» tra le scelte che si fondano sulla costruzione di un dialogo con i nuovi rappresentanti politici di uno Stato «a seguito del cambiamento di regime» e il contrasto ad un fenomeno transnazionale che non implica necessariamente l'avvio di relazioni bilaterali di cooperazione (punti 171 e 172). Sulla base di questo argomento era stata respinta in prima istanza l'applicabilità del precedente *LTTE/Consiglio*, del 26 luglio 2017 (C-599/14 P, ECLI:EU:C:2017:583), che aveva dichiarato l'illegittimità del congelamento dei capitali riconducibili al *Liberation Tigers of Tamil Eelam* (LTTE), entità inclusa nella lista delle organizzazioni terroristiche dalla posizione comune 2001/931 PESC (GU 2001, L 344, pag. 93), in ragione della mancata valutazione da parte del Consiglio delle garanzie del diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale effettiva nell'ambito del procedimento con cui il Ministero degli Interni indiano aveva deciso la messa al bando dell'organizzazione. La sentenza del Tribunale aveva infine rimarcato la diversità del criterio di inserimento nell'elenco di cui alla posizione comune 2001/931 PESC – rappresentato dall'esistenza di una decisione di un'autorità nazionale volta ad avviare una azione penale per attività terrorismo – e le basi dei provvedimenti adottati contro Azarov (punti 168). A rafforzare di tali conclusioni veniva segnalata la forte analogia tra il caso dell'ex primo ministro ucraino e le vicende giudicate nella sentenza *Ezz e a./Consiglio* (C-220/14 P, EU:C:2015:147). Nel precedente citato il congelamento dei beni nei confronti delle persone sospettate di aver sviato risorse pubbliche è stato eseguito su indicazione delle autorità del nuovo regime egiziano, ma, secondo l'opinione del Tribunale, non ci sarebbe stato alcun controllo preventivo sull'osservanza delle garanzie individuali nell'ambito del procedimento avviato nello stato africano (punto 170).

3. – La sentenza in commento pertanto si inserisce nel solco tracciato dai precedenti menzionati con l'effetto di uniformare la giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito ai diritti dei destinatari di misure restrittive, a prescindere che esse derivino dalle scelte in materia di politica estera o dalla lotta al terrorismo. Si esclude, pertanto, una lettura dell'art. 21, paragrafo 2, lett b), del TUE che inquadri come «*political questions*» le relazioni esterne dell'Unione e che abbia come finalità implicita la sottrazione degli atti del Consiglio dal controllo giurisdizionale. È in questo senso che le motivazioni della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Azarov* si aprono con il richiamo alle pronunce relative alla vicenda *Kadi*, con cui si è inteso sottolineare il carattere generale delle tutele accordate dalla Carta dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea (punto 20). Dall'altra parte, con questa sentenza, i giudici sembrano compiere un ulteriore passo verso la completa eliminazione delle differenze di concezione in merito all'esercizio delle funzioni da parte delle istituzioni europee, su cui ancora ha una certa importanza la vecchia suddivisione in tre pilastri delle competenze cancellata dal Trattato di Lisbona. Ciò che viene messo in discussione è l'idea che l'Unione possa continuare a funzionare “a più velocità” anche nel riconoscimento delle tutele giuridiche, come se fosse una struttura eterogenea in

cui ciascun settore rappresenti un sottoinsieme ispirato a differenti concezioni di integrazione. Al contrario, come è stato rilevato, il paradigma della separazione scolpito dai Trattati era già stato smentito dalla prassi precedente alle riforme del 2009, nella misura in cui gli atti in materia di politica estera e sicurezza comune sono spesso serviti alla realizzazione di obiettivi propri di altri settori e viceversa (cfr. M. E. Bartoloni, *Politica estera e azione esterna dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 19). Sotto un diverso punto di vista, occorre rilevare la funzione di stimolo da sempre ingaggiata dalla Corte di Giustizia nella costruzione di un'«Unione di diritto» al di là delle priorità di ciascun settore, anche nell'ottica di stabilire un'equivalenza con i livelli di protezione maturati nell'ordinamento della CEDU (su questo profilo, cfr. G. Caggiano, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, n.2, 2007, p. 364 e ss.; S. Peer, *Finally 'Fit for Purpose'? The Treaty of Lisbon and the End of the Third Pillar Legal Order*, in *YEL*, 2008, pp. 47-64). Proprio in merito a quest'ultimo profilo, rispetto al caso in commento, assume una certa influenza l'apertura compiuta della Corte Europea dei Diritti Umani sul tema della tutela giurisdizionale in relazione ai provvedimenti di congelamento dei beni. Nel caso *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera* (n. 5809/08, del 21 giugno 2016) i giudici della Grande Camera hanno sostanzialmente allineato la giurisprudenza di Strasburgo alle direttive tracciate dalla Corte di Giustizia a partire dal caso *Kadi* (M. Buscemi, *La Corte di Strasburgo opta per una soluzione soffice nel coordinare gli obblighi della Convenzione con quelli derivanti dalle Nazioni Unite: alcune riflessioni a margine della sentenza Al-Dulimi*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2016). Viene infatti dichiarato che l'impossibilità di azionare un controllo giurisdizionale in relazione all'inclusione (e al mantenimento) del proprio nome nelle liste dei destinatari dei provvedimenti restrittivi realizza un'illegittima limitazione dell'accesso alla giustizia, la quale non può trovare giustificazione nemmeno nell'obbligo di eseguire le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU.

Le considerazioni appena svolte ci permettono di riflettere su un ulteriore profilo della sentenza *Azarov* che assume una certa rilevanza se viene letto alla luce dei precedenti giurisprudenziali a cui si è appena fatto riferimento. La Corte di Giustizia infatti sottolinea fin da subito il legame funzionale esistente tra l'obbligo di motivazione degli atti, ex art. 296 TFUE, e il «diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice», stabilito dall'art. 47, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Quest'incombenza, nel caso di specie, deve essere ascritta al Consiglio, il quale, «per adempiere al suo obbligo di motivazione, deve indicare, nella decisione che impone le misure restrittive, che esso ha verificato che la decisione dello Stato terzo su cui si fondano dette misure è stata adottata nel rispetto di tali diritti» (punto 30). Su tale profilo si era già espressa la Corte di Giustizia nel caso *LTTE*, quando era stata rimarcata l'importanza dell'autonoma ricerca di informazioni aggiornate per l'irrogazione di sanzioni individuali ai sospettati di partecipare o favorire attività di terrorismo. La decisione realizza pertanto una precisazione in merito al funzionamento del «sistema a due livelli» istaurato dalla posizione comune 2001/931: in assenza di un adeguato supporto fattuale e di strumenti di indagine propri, il Consiglio non può validamente fondare il mantenimento di misure restrittive su un mero riscontro formale di una decisione dell'autorità nazionale che definisca come terroristi le persone o i gruppi interessati dai provvedimenti (punto 45). Ciò si spiega perché «l'obbligo di motivare un atto arrecante pregiudizio, il quale costituisce un corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa, ha lo scopo, da un lato, di fornire all'interessato indicazioni sufficienti per stabilire se l'atto sia fondato o sia eventualmente inficiato da un vizio che consente di contestarne la validità dinanzi al giudice dell'Unione e, dall'altro, di consentire a tale giudice di esercitare il suo controllo sulla legittimità dell'atto in questione» (punto 29). L'irrinunciabilità della tutela giurisdizionale, pertanto, non consente alcuna riduzione del contenuto della motivazione, nemmeno

nell'ipotesi in cui manchino adeguati strumenti di indagine a disposizione delle istituzioni europee, come verosimilmente può avvenire quando i fatti su cui si fondano le decisioni si sono svolti in paesi non appartenenti all'Unione.

Un'ultima riflessione deve essere compiuta in merito alle affermazioni della Corte di Giustizia sull'irrelevanza dell'adesione dello Stato terzo alla CEDU ai fini del controllo sulla legittimità degli atti da esso provenienti alla luce del diritto europeo. Viene infatti smentita la posizione espressa dal Tribunale, al punto 164 della sentenza, in base alla quale la ratifica della Convenzione di Roma e l'appartenenza dell'Ucraina al Consiglio d'Europa costituirebbe un elemento di prova da cui sarebbe possibile dedurre «la legalità e la legittimità del regime e del sistema giudiziario ucraino». Una simile circostanza, al contrario, «non può rendere superflua la verifica, da parte del Consiglio, che la decisione di uno Stato terzo sulla quale si fondano misure restrittive sia stata adottata nel rispetto dei diritti fondamentali e in particolare dei diritti di difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva» (punto 36). Si noti che il posizionamento dei giudici, su questo profilo, sembra assumere le considerazioni espresse dall'avv. Sharpston nel caso *LTTE/Consiglio*, secondo il quale un tale controllo dovrebbe essere ancor più approfondito nel caso di paesi terzi, dal momento che essi «non agiscono con gli stessi vincoli degli Stati membri in termini di tutela dei diritti fondamentali» (punto 65 delle Conclusioni, EU:C:2016:723).

4. – Alla luce delle considerazioni appena esposte si ritiene opportuno far emergere alcuni profili legati alle motivazioni della sentenza in commento su cui ancora non sussiste una sufficiente chiarezza. Si dovrebbe sostenere infatti che i giudici di Lussemburgo abbiano compiuto importanti precisazioni in merito l'estensione dei diritti rivendicati dal ricorrente, specificandone la portata generale, mentre hanno lasciato sul campo alcune criticità, già segnalate dalla dottrina, riguardanti la “profondità” di tali prerogative. A tal proposito si pongono alcuni problemi in merito alle garanzie poste in concreto a salvaguardia di questi diritti, ossia, in primo luogo, ai controlli a cui è tenuto il Consiglio quando adotta misure restrittive delle libertà personali nell'ambito delle politiche estere e di sicurezza comune dell'Unione. Nel corso del procedimento in esame, infatti, i giudici hanno espresso diversi orientamenti riguardo alle garanzie di indipendenza e imparzialità che dovrebbe presentare l'autorità procedente presso il paese terzo affinché il provvedimento di congelamento dei beni possa dirsi legittimamente adottato. Da un diverso punto di vista, un ulteriore nodo lasciato irrisolto dalla Corte di Giustizia è rappresentato dal grado del controllo che le istituzioni europee dovrebbero svolgere sul merito di tali segnalazioni, ovvero sui fatti posti a fondamento delle misure restrittive e sulla loro efficacia probatoria nei confronti delle persone interessate.

Sotto il primo profilo sembra opportuno segnalare la debolezza delle procedure di *listing* seguite dalle istituzioni dell'Unione, dal momento che non sempre si basano su indicazioni provenienti da organi giudiziari o, comunque, in una posizione di autonomia decisionale e amministrativa rispetto al potere politico o militare. Come si è potuto notare nel caso *LTTE*, la prassi del Consiglio europeo non si distingue da quella del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, la quale basa la compilazione delle liste principalmente sulle indicazioni delle autorità governative. La sentenza *Azarov*, pur esplicitando l'irrinunciabilità di un controllo preventivo sulla presenza di strumenti di difesa e la disponibilità di una tutela giurisdizionale effettiva, non sembra mettere in discussione la giurisprudenza pregressa, per la quale l'urgenza di agire non esclude che l'iniziativa di congelamento possa basarsi su iniziative delle autorità amministrative. Di conseguenza, i giudici europei continuano a ritenere che la «protezione delle persone interessate non è posta in discussione nel caso in cui la decisione assunta dall'autorità nazionale si collochi, non nel quadro di un procedimento diretto ad infliggere sanzioni

penali, bensì in quello di un procedimento avente ad oggetto misure di tipo preventivo», avviato da un'autorità diversa da quella che svolge le indagini (v. in tal senso, la sentenza del 15 novembre 2012, *Al-Aqsa/Consiglio e Paesi Bassi/Al-Aqsa*, C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711, punti 70 e 71). Alla luce di tali considerazioni, rimarcando il fatto che i regolamenti esecutivi del Consiglio dell'Unione rendono vincolante l'adozione delle misure restrittive nel territorio di tutti gli Stati membri, sarebbe opportuno riprendere l'orientamento della dottrina più garantista, per la quale «dal momento che il congelamento dei beni sarà eseguito senza previa celebrazione di un processo, diventa fondamentale assicurare che l'ordine di esecuzione sia preso sulla base di prove evidenti» (sul punto, Chiara di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 271).

Quest'ultima considerazione ci riporta all'obbligo del Consiglio di esporre in maniera adeguata il fondamento delle sue decisioni, affinché l'autorità giudiziaria possa apprezzare la presenza dei requisiti di legittimità previsti per la limitazione del diritto di proprietà e delle libertà personali. Sotto questo profilo, come già si è detto, la decisione sul caso *Azarov* intende riaffermare la validità dei principi inaugurati con la sentenza *Kadi II* (*Commissione, Consiglio, Regno Unito/Yassin Abdullah Kadi*, C-584/10 P, del 18 luglio 2013) oltre il campo delle azioni di contrasto al terrorismo. Rimane tuttavia da chiarire se è possibile estendere al caso in commento le protezioni che la sentenza *Kadi II* ha previsto ai paragrafi 111 e ss., ossia se possa essere riconosciuto il diritto a conoscere previamente i motivi di un provvedimento restrittivo e ad esprimersi sul loro merito davanti all'autorità procedente dell'Unione. Occorre infatti notare che queste conclusioni stridono con il posizionamento della Corte di Giustizia nelle pronunce *Yanukovich/Consiglio*, in cui il ricorrente aveva più volte lamentato il carattere non imparziale della Procura della Repubblica Ucraina e della conduzione del procedimento nei suoi confronti. Nell'occasione i giudici avevano infatti constatato che un'accusa non circostanziata di parzialità e di violazione dei diritti umani possa rappresentare un valido motivo per l'annullamento delle decisioni del Consiglio in materia di politica estera, senza tuttavia procedere ad una verifica delle circostanze di fatto alla base del congelamento dei beni.

Per concludere, appare opportuno fare un breve accenno alle implicazioni legate alla già citata pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Al-Dulimi*, la quale, in ragione dell'assenza di un controllo giurisdizionale in sede ONU sulla legittimità dei procedimenti di *listing*, ha stabilito che le corti nazionali devono garantire un esame effettivo delle impugnazioni delle persone interessate (v. punto 44 della decisione). Si tratta, a ben vedere, di una pratica già anticipata dalla *Supreme Court* britannica con una sentenza del 27 gennaio 2010, sebbene in tal caso la decisione sia stata fondata sul diritto nazionale. Dopo aver decretato la prevalenza nell'ordinamento inglese degli obblighi derivanti dall'art. 25 della Carta delle Nazioni Unite su quelli imposti dalla CEDU – riservando comunque ai giudici di Strasburgo la competenza ad esprimersi in senso contrario in un secondo momento – i *Lords* avevano comunque disposto l'annullamento dei provvedimenti di congelamento emanati dal governo inglese facendo valere i controlimiti imposti dalla *common law* in relazione al diritto di proprietà e all'accesso incondizionato alla giustizia (cfr. il commento alla sentenza di M. Zgonec-Rozej, *Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and Others; Her Majesty's Treasury v. Mohammed Al-Ghabra; R (on the Application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v. Her Majesty's Treasury*, in 105, *American Journal of International Law*, 114, (2011): «*The appellant G, however, succeeded with the argument that the AQO was contrary to fundamental rights under domestic law, namely the right to peaceful enjoyment of property and the right of unimpeded access to a court. As those rights are found in common law, their application was not affected by Article 103 of the UN Charter*»). Se si presta l'opportuna considerazione alle direttive tracciate dalla giurisprudenza di Strasburgo, dunque, si

dovrebbe concludere che l'Unione, come tutti le parti firmatarie della CEDU, è obbligata a fornire delle «*reasonable and credible basis for listing*», ossia in grado di rispettare gli standard imposti dall'art. 6 della Convenzione di Roma. È evidente, però, che quanto detto ci riporta al problema della "agibilità" di un eventuale controllo sulla fondatezza dell'iscrizione quando questa sia stata eseguita da autorità di paesi non appartenenti alla UE. Si può ipotizzare, in tal senso, la necessità di affidarsi ai servizi di informazione degli Stati membri, il che esporrebbe l'Unione al condizionamento derivante dalle scelte politiche e strategiche degli esecutivi nazionali.

La risoluzione del Banco Espírito Santo: aiuti di Stato nel settore bancario ed interesse ad agire degli azionisti

di Benedetta Profumo

Title: The resolution of Banco Espírito Santo: State aid in banking sector and interest in bringing proceedings of shareholders

Keywords: State aid; Bank resolution; Interest in bringing proceedings.

1. – Il Banco Espírito Santo S.A. (da ora in avanti BES) è una banca portoghese, presente in quattro continenti, che all'epoca dei fatti oggetto della sentenza costituiva il secondo più grande istituto bancario portoghese. Nel maggio 2014 il Banco de Portugal (Banca del Portogallo) aveva effettuato una verifica contabile presso il gruppo Espírito Santo International S.A. – azionista di maggioranza del BES – da cui era emerso che quest'ultimo si trovava in una difficile situazione finanziaria, la quale poteva avere un effetto negativo sulla solvibilità della Banca.

Nel 2014 i risultati per il primo semestre del BES registrarono un'elevata perdita finanziaria, da cui derivò un significativo calo dei suoi depositi.

2. – In seguito a tale calo della liquidità disponibile, nell'agosto dello stesso anno, le autorità portoghesi notificarono alla Commissione europea, ai sensi dell'art. 108 TFUE, una misura di risoluzione del BES, approvata per mezzo di un decreto adottato dal Ministero delle Finanze su proposta della Banca di Portogallo.

Tale misura di risoluzione consisteva nella creazione immediata e nella capitalizzazione di un istituto di credito temporaneo – denominato «Bridge Bank» – a cui furono trasferite le attività commerciali “sane” del BES. Al contrario le attività e passività rimanenti vennero mantenute in capo all'istituto originario, trasformato pertanto in una «Bad bank».

Unitamente a tale misura, venne approvato un progetto di aiuto di Stato di 4.899 milioni di euro, concesso tramite il Fundo de Resolução (Fondo di risoluzione portoghese), destinato a fornire un capitale iniziale alla banca-ponte, in cambio dell'attribuzione di azioni ordinarie in favore del medesimo fondo.

Contestualmente, le autorità portoghesi trasmisero alla Commissione una relazione redatta dalla Banca del Portogallo, da cui emergeva che la creazione di una banca-ponte era l'unica soluzione in grado di preservare la stabilità finanziaria del Paese. Inoltre, le autorità nazionali presentarono alla Commissione taluni impegni riguardanti sia la banca-ponte che la bad bank. Nell'ambito degli impegni assunti dalle autorità portoghesi, era previsto, in particolare, che non sarebbe stato possibile trasferire alla banca-ponte nessuna delle attività degli azionisti e dei creditori

subordinati e nessuno strumento ibrido. Era altresì precisato che la liquidazione del BES sarebbe dovuta avvenire entro il 31 dicembre 2016.

Pertanto si richiedeva alla Commissione di valutare la compatibilità di tale misura con la normativa europea, specificamente nella parte in cui la stessa prevedeva l'erogazione di un aiuto di Stato.

3. – La Commissione, al termine della fase di esame preliminare, ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, adottò la decisione oggetto di impugnazione. Con la medesima ritenne che la misura notificata, ossia il conferimento di un capitale di EUR 4.899 milioni da parte delle autorità portoghesi alla banca-ponte, costituiva un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno in forza dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE.

Infatti, seppure il Fondo di Risoluzione fosse finanziato dagli enti creditizi partecipanti e da società di investimento, il finanziamento così somministrato doveva ritenersi un aiuto di Stato, in quanto eseguito sotto il controllo delle autorità pubbliche, come già precedentemente chiarito dalla Commissione nella Comunicazione sul settore bancario emessa nel 2013.

Cionondimeno la Commissione ha deliberato la compatibilità di tale aiuto con l'art. 107 TFUE.

È bene ricordare che secondo tale disposizione costituisce un aiuto di Stato qualsiasi finanziamento concesso da uno Stato membro attraverso risorse statali, in qualsiasi forma, che falsi o minacci di falsare la concorrenza favorendo determinate imprese e danneggiando dunque il libero scambio tra gli Stati membri. In questo senso l'origine delle risorse non è rilevante a condizione che, prima di essere direttamente o indirettamente trasferite al beneficiario, entrino nel controllo pubblico e siano quindi disponibili alle autorità nazionali. Ipotesi verificatesi nel caso di specie.

Allo stesso tempo l'art. 107, paragrafo 3 TFUE prevede che la Commissione possa ritenere un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno solo se è finalizzato a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.

Con particolare riferimento al settore bancario, la Commissione ha riconosciuto come la crisi di un'impresa finanziaria possa creare gravi problemi nell'economia di uno Stato membro e che tali difficoltà possano essere superate attraverso misure a sostegno degli istituti finanziari in crisi. Inoltre la stessa Commissione ha ritenuto che agli Stati membri deve essere consentito di accompagnare fuori dal mercato gli operatori inefficienti, senza che la loro fuoriuscita impatti sulla stabilità finanziaria del Paese.

In questo senso, specialmente con riguardo agli enti creditizi, la Commissione ha rilevato che gli strumenti di liquidazione ordinaria potrebbero non essere idonei e potrebbe dunque rendersi necessaria l'applicazione di misure straordinarie.

Tali condizioni sono state rinvenute nella fattispecie in esame, ove la Commissione ha riconosciuto la possibilità, nonché la necessità di concedere l'aiuto summenzionato.

4. – Il provvedimento ha tuttavia suscitato forti contestazioni da parte degli azionisti e obbligazionisti della banca, in quanto tale decisione autorizzava di fatto il trasferimento delle azioni e delle obbligazioni subordinate alla Bad Bank, senza che gli interessati potessero vantare alcun diritto sui beni detenuti dalla Bridge Bank.

Pertanto questi soggetti decisero di ricorrere avverso tale provvedimento di fronte al Tribunale dell'Unione europea, chiedendo l'annullamento della decisione impugnata.

In tale contesto la Commissione ha sostenuto con successo l'irricevibilità del ricorso, in quanto, secondo la ricostruzione della medesima, i ricorrenti non avevano

legittimazione a presentare ricorso per l'annullamento della decisione, non essendo parti interessate ai sensi dell'art. 1, lettera h), del Regolamento (CE) 659/1999.

Tale legittimazione, secondo costante giurisprudenza europea, sussiste infatti quando l'annullamento della misura impugnata sia idoneo ad avere conseguenze legali o comunque a procurare un vantaggio alla parte che l'ha intentata.

Nel caso di specie il Tribunale ha ritenuto che la decisione della Commissione europea di ritenere compatibile l'aiuto di Stato in discussione con il mercato interno non avesse pregiudicato in alcun modo gli interessi dei ricorrenti. Infatti gli stessi non erano stati danneggiati dalla decisione della Commissione, bensì dal provvedimento adottato dalle autorità nazionali, il quale stabiliva le modalità con cui la risoluzione avrebbe dovuto essere effettuata, ovvero attraverso la scorporazione della BES in Bridge e Bad Bank.

Pertanto, secondo il Tribunale, i ricorrenti erano legittimati unicamente ad impugnare il provvedimento nazionale dinanzi al giudice interno e non anche la decisione della Commissione suddetta, mancando l'interesse ad ottenere una pronuncia in merito. Infatti, se anche la decisione della Commissione fosse stata annullata, secondo i giudici europei, ciò non avrebbe avuto l'effetto di obbligare il Portogallo a revocare la scelta di creare una Bridge Bank e di non includere nel patrimonio di quest'ultima i titoli detenuti dai ricorrenti.

Tale vicenda è giunta recentemente ad un ulteriore stadio. Infatti i ricorrenti hanno deciso di impugnare la predetta ordinanza di primo grado dinanzi alla Corte, chiedendo l'annullamento ed il rinvio della causa davanti al Tribunale al fine di ottenere l'esame del merito della questione.

In appello, in continuità con il giudizio precedente, le parti ricorrenti sostenevano di avere un interesse ad agire. Ciò in quanto l'annullamento della decisione controversa avrebbe aumentato significativamente la probabilità di accoglimento del ricorso di annullamento, che essi avevano proposto dinanzi ai giudici nazionali contro la decisione di risoluzione del BES.

Inoltre, i ricorrenti ritenevano che dall'annullamento della decisione della Commissione sarebbe potuto dipendere l'accoglimento di un eventuale ricorso per responsabilità, che essi avrebbero potuto proporre nell'ambito di un procedimento giudiziario nazionale (sul punto si veda il principio espresso da C-33/14, *Mory e a. c. Commissione*).

5. – In accoglimento dei motivi di appello adottati dai ricorrenti, la Corte ha innanzitutto precisato di essere pienamente competente a esercitare un controllo sulla valutazione dei fatti effettuata dal Tribunale. Inoltre ha stabilito che i ricorrenti avevano sufficientemente provato il loro interesse ad agire, attraverso idonee motivazioni, e dunque che il Tribunale era incorso in un errore di diritto nella parte in cui aveva dichiarato che l'annullamento della decisione controversa non avrebbe avuto alcuna incidenza sul procedimento nazionale e pertanto non avrebbe procurato alcun beneficio ai ricorrenti.

A tale riguardo la Corte ha affermato che l'eventualità di un ricorso per risarcimento è sufficiente a fondare l'interesse ad agire, sempre che esso non sia meramente ipotetico. Tale interesse può derivare da qualsiasi azione intentata davanti ai giudici nazionali, nel cui ambito – come precisato dalla sentenza *Mory* – l'eventuale annullamento dell'atto impugnato dinanzi al giudice sovranazionale possa procurare un vantaggio al ricorrente. Nel caso di specie, le ricorrenti sostenevano che l'eventuale annullamento della decisione della Commissione ad opera del giudice europeo avrebbe comportato, nell'ambito del giudizio nazionale intentato contro la decisione di risoluzione, l'annullamento del provvedimento interno, o comunque il diritto per le stesse di ottenere il risarcimento dei danni ingiustamente subiti a causa della stessa.

Al contrario, la Commissione sosteneva che l'interesse ad agire contro la decisione controversa fosse meramente ipotetico, in quanto a suo avviso le parti ricorrenti non erano state in grado di dimostrare un nesso sufficiente tra i procedimenti avviati a livello nazionale e il ricorso dinanzi al Tribunale europeo.

La Corte tuttavia ha ritenuto che i ricorrenti avessero addotto elementi sufficienti a provare che il ricorso da essi intentato contro la misura di risoluzione del BES, avrebbe tratto beneficio dall'annullamento della decisione della Commissione europea sugli aiuti di Stato. Benché infatti non vi fosse alcun automatismo tra l'accoglimento del ricorso sovranazionale e l'annullamento della decisione nazionale, era cionondimeno chiaro che il primo potesse incidere sull'esito del secondo.

In questo senso, la Corte ha quindi censurato la sentenza del giudice di primo grado nella parte in cui questa aveva affermato che un eventuale annullamento della decisione della Commissione non avrebbe influito sull'esito del giudizio nazionale. Così facendo, infatti, il Tribunale si era indebitamente sostituito ai giudici portoghesi nella valutazione della fondatezza del ricorso pendente davanti ai medesimi. Siffatta valutazione, invero, secondo la Corte non spetta al giudice dell'Unione, a cui è richiesto invece solamente di verificare se dall'eventuale accoglimento del ricorso sovranazionale possa derivare un beneficio alla parte che lo ha intentato, al solo fine di verificare la sussistenza del suo interesse ad agire.

Ebbene, secondo la Corte, in questo caso sussistevano i presupposti necessari per affermare che dalla decisione favorevole del ricorso sarebbero potuti derivare dei benefici per i ricorrenti ai fini delle azioni proposte davanti ai giudici nazionali, tali da ritenere che sussistesse in capo ai medesimi l'interesse ad agire (come inteso dalla sentenza *Mory*).

Per questi motivi, in definitiva, la Corte ha concluso che il Tribunale fosse incorso in errore di diritto e pertanto ha rinviato la causa al Tribunale affinché si pronunci sull'eccezione di irricevibilità e sul merito della questione.

6. – Da quanto appena esposto emerge come la sentenza di secondo grado, riprendendo le precedenti pronunce giurisprudenziali, abbia riaffermato, senza modificarla, la nozione di "interesse ad agire", in riferimento ad una questione controversa quale quella in analisi. È indubbio infatti come la pronuncia verta su un tema delicato, quale quello degli aiuti di Stato nel settore bancario, che vede la ricerca di un difficile equilibrio fra le regole della libera concorrenza sancite dai Trattati europei e il salvataggio degli istituti nazionali, al fine di salvaguardare la stabilità finanziaria dei Paesi membri. È tuttavia chiaro come questa decisione sia tutt'altro che l'epilogo della vicenda Banco Espírito Santo, posto che la causa è stata rinviata al Tribunale e che contestualmente le stesse vicende interne sono ancora *in itinere*.

Peraltro, in attesa di ulteriori sviluppi, è opportuno sottolineare che, a prescindere dall'esito della vicenda considerata, la sentenza in commento è destinata anche a rappresentare un precedente importante ai fini di valutare le modalità di tutela dei diritti degli azionisti e dei creditori delle banche in crisi. Ciò vale a maggior ragione in un periodo, quale quello attuale, in cui diversi istituti europei stanno attraversando situazioni di grave difficoltà finanziaria.

La Convenzione di Aarhus e la tutela indiretta dell'ambiente: il dovere di garantire una procedura di ricorso non eccessivamente onerosa

di Carolina Regali Costa Do Amaral

Title: The Aarhus Convention and the indirect environmental protection: the duty to provide a review procedure not prohibitively expensive

Keywords: Environment; Temporal application; Not direct effect.

1. – Con la sentenza del 17 ottobre 2018 la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella causa C-167/17, è tornata a pronunciarsi sulla regola della non eccessiva onerosità dei processi in materia ambientale. L'interpretazione della Corte verte sull'art. 9 della Convenzione Aarhus, il quale prevede l'obbligo per gli Stati membri di garantire al pubblico interessato “una procedura di ricorso dinanzi ad un organo giurisdizionale [...] giusta, equa, tempestiva e non eccessivamente onerosa”, recepito nell'ordinamento europeo attraverso la direttiva 2003/35/CE, che ha introdotto l'articolo 10 bis *ex novo* nella direttiva 85/337/CEE. L'ambizione della regola è quella di garantire, sia alle associazioni di protezione ambientale sia ai privati, l'accesso alla giustizia a costi non eccessivamente elevati. Di fatto, il ricorso giurisdizionale rappresenta uno dei più importanti strumenti attraverso cui si realizza la tutela dell'ambiente, quest'ultimo più volte riconosciuta dalla Corte Costituzionale italiana come “valore primario ed assoluto, non suscettibile di essere subordinato ad altri interessi” (sul tema cfr. *Corte Cost. Sent. n. 85/2013*).

Nel caso di specie è stato chiesto alla Corte di stabilire se la regola della non eccessiva onerosità sia applicabile *ratione temporis*, se sia dotata di effetto diretto o di un obbligo di interpretazione conforme e se il giudice nazionale che riesaminerà la decisione sarà tenuto ad applicare la citata regola nonostante la condanna alle spese per il ricorrente sia divenuta definitiva. In tale contesto la Corte ha attribuito alla disposizione della direttiva 2003/35 in oggetto una portata limitata ma ciononostante ha colto l'occasione per valorizzare e rafforzare l'effetto indiretto della Convenzione Aarhus negli ordinamenti nazionali. Infatti, benché i Giudici del Lussemburgo abbiano riconosciuto l'applicazione *ratione temporis* della regola (in relazione agli “effetti futuri” di una situazione giuridica sorta in precedenza), la stessa dovrà essere assoggettata al regime dell'obbligo di interpretazione conforme all'interno dei tribunali nazionali.

Le vicende che hanno coinvolto il ricorrente in causa risalgono al 24 giugno 2004, quando il sig. Volkmar Klohn ha chiesto ai giudici irlandesi l'autorizzazione ad impugnare la decisione *dell'An Bord Pleanála* (commissione di ricorso in materia di pianificazione territoriale, in prosieguo: la «commissione»), la quale ha autorizzato la

costruzione di un impianto di ispezione per animali deceduti nei pressi della sua fattoria. L'autorizzazione a presentare ricorso gli è stata concessa solo nel luglio 2007 e ad aprile 2008 il suo ricorso è stato respinto nel merito. A maggio 2008 nei confronti del sig. Volkmar Klohn, è stata emessa dal giudice un'ordinanza di condanna alle spese e a giugno 2010 il *Taxing Master* (liquidatore delle spese irlandese) ha quantificato tali spese in un importo pari a circa euro 86.000. Il sig. Klohn ha impugnato la decisione del *Taxing Master* per non aver rispettato il requisito secondo cui: la procedura di ricorso non può essere "eccessivamente onerosa", ai sensi della direttiva 2003/35/CE. Successivamente la decisione del *Taxing Master* è stata confermata anche dalla *High Court* (Alta Corte), così il sig. Klohn ha proposto impugnazione dinanzi alla *Supreme Court* (Corte suprema), nonché giudice del rinvio nella presente causa.

L'articolo 1 della Convenzione di Aarhus prevede che "al fine di contribuire a proteggere il diritto di ciascuno, nelle generazioni presenti e future, a vivere in ambiente consono ad assicurare la salute e il benessere, ogni parte garantisce il diritto di accesso alle informazioni, la partecipazione al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia di ambiente". Disposizione rafforzata dall'art. 9 co. 4 ove prevede che il pubblico interessato ha diritto ad una procedura di ricorso "giusta, equa, tempestiva e non eccessivamente onerosa". La Comunità europea, al fine di ottemperare agli obblighi derivanti dalla Convenzione, attraverso la direttiva 2003/35/CE, ha inserito l'articolo 10 bis nella direttiva 85/337/CE del Consiglio (oggi corrispondente all'art. 11 della Direttiva 2011/92/UE come modificata dalla direttiva 2014/52 UE) concernente la Valutazione dell'Impatto Ambientale (VIA) di determinati progetti pubblici e privati. Ciò nonostante, la violazione degli obblighi della non eccessiva onerosità dei processi in materia ambientale è stato affrontato in diverse sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea (v. Sentenza della Sezione II, 16 luglio 2009, causa C-427/07, riguardante un ricorso per inadempimento della Commissione nei confronti dell'Irlanda e Sentenza della Sezione II, 15 ottobre 2009, nel procedimento C-263/08, domanda pregiudiziale posta dalla Corte di Cassazione svedese). Inoltre, anche i ritardi degli Stati membri nel recepimento della direttiva 2003/35 sulla partecipazione del pubblico non sono pochi: in Austria, sebbene l'adeguamento a livello federale sia avvenuto entro il termine, l'adattamento a livello regionale è avvenuto con oltre un anno di ritardo. Nella Repubblica Ceca, c'è stata una parziale trasposizione con quasi un anno di ritardo, e vi è stato una lunga fase di studio volta a definire a livello nazionale il concetto di "pubblico interessato". In Spagna, la direttiva è stata incorporata nel diritto interno con oltre un anno di ritardo e nelle comunità autonome la trasposizione non ha avuto luogo. In Germania il termine si è prolungato per oltre 18 mesi. Nel 2007 la Commissione europea ha presentato un ricorso anche contro la Repubblica Italiana (causa C-69/07) per il mancato recepimento della direttiva 2003/35/CE. L'Italia era inadempiente proprio come Germania, Spagna, Irlanda e Finlandia, le quali non avevano adottato alcuna misura per l'attuazione della norma, nonostante il termine previsto per il recepimento fosse giugno 2005 (F. Francioni, *et al.*, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008, 411-412). Per ciò che concerne l'Italia, nel 2010, nell'ambito della procedura EU Pilot 1484/10/ENVI, la Commissione europea aveva richiesto alle autorità italiane chiarimenti in merito al recepimento della direttiva 2003/35/CE, relativa alla partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale. Più precisamente, in riferimento ai requisiti di tempestività, onerosità non eccessiva e assistenza giudiziaria (artt. 3.7, 4.4 parag. 5 direttiva 2003/35/CE) la Commissione chiedeva all'Italia come veniva garantito l'accesso alla giustizia affinché le spese non risultassero eccessivamente onerose, se la parte soccombente fosse tenuta a sostenere le spese processuali, quali fossero le norme volte a garantire un'efficace tutela giurisdizionale e i tempi medi del giudizio amministrativo. Il 16 febbraio 2011 il Governo italiano rispondeva sostenendo che le richieste della

Commissione non attenevano specificamente alle procedure inerenti l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) ma alle condizioni generali della giustizia amministrativa in Italia (cfr. Caso EU Pilot1484/10/ENVI Disposizioni in materia di partecipazione del pubblico nell'elaborazione di piani o programmi in materia ambientale; in particolare, l'articolo 12 novella l'articolo 3-sexies del decreto legislativo n. 152/2006, recante norme in materia ambientale, introdotto con l'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 4/2008, in attuazione della legge n. 241 del 1990, in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi e della Convenzione di Aarhus).

Fortunatamente in altri Paesi il recepimento è stato meno difficoltoso. In Estonia e in Polonia, ad esempio, la direttiva è stata trasposta entro il termine. In Ungheria, vi erano leggi precedenti che si allineavano con i requisiti della direttiva e non si sono resi necessari cambiamenti importanti, infatti, il recepimento è avvenuto attraverso la riconferma e la razionalizzazione delle leggi esistenti sulla partecipazione pubblica relativa alla direttiva VIA. Anche in Portogallo esistevano leggi precedenti assimilabili alla direttiva, ad esempio, la legge sull'azione popolare del 1995 riconosceva già il diritto di partecipare e di essere ascoltati nei procedimenti decisionali, senza la necessità di dimostrare un interesse qualificato in materia (*La Aplicación del convenio de Aarhus en la Ue y en Espana, En qué medida ha aplicado la Ue el convenio de Aarhus?*, Oficina Europea del Medio Ambiente, EEB, Dic. 2007, reperibile in www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf_Aarhus_booklet_ES.pdf).

2. – Nella sentenza in nota la Corte sceglie di rispondere prioritariamente alla seconda questione e in relazione alla regola della non eccessiva onerosità, mantenendo un orientamento “moderato”, fondato sul riconoscimento dell'autonomia procedurale degli Stati membri, chiarisce che in capo ai giudici nazionali vi è un “obbligo di interpretazione conforme” della norma e che pertanto la stessa non è dotata di effetto diretto. Al punto 33 la Corte sottolinea che l'art. 10 bis, co. 5, direttiva 85/337 e s.m.i., si limita a stabilire una procedura giudiziaria “giusta, equa, tempestiva e non eccessivamente onerosa”, configurabile come norma “generica”, la cui esecuzione richiede inevitabilmente l'adozione di ulteriori atti da parte degli Stati membri, e pertanto priva di efficacia diretta (cfr. sentenza Demirel, causa 12/86, punto 14). Ad avviso della Corte, gli Stati membri devono determinare quale organo giurisdizionale, o organo indipendente istituito dalla legge, è competente nei ricorsi oggetto della norma e sempre agli Stati spetta individuare quali modalità procedurali devono essere rispettate (v. sentenza Solway, causa C-182/10 e Cause riunite Antoine Boxus e altri contro Région wallonne, da C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09).

Di diverso avviso è l'avvocato generale Michal Bobek ove nelle sue conclusioni, punto 47 e 48, sostiene che la regola della non eccessiva onerosità sia dotata di effetto diretto. Secondo l'esperto, la disposizione normativa ad oggetto è “chiaramente, azionabile in giudizio” poiché la stessa prevede “garanzie minime” nei confronti di un ricorrente, il quale non può essere dissuaso dal proporre ricorso in ragione dei costi e della possibilità di un collasso economico. L'avvocato Bobek, inoltre, evidenzia che quando il recepimento in uno Stato membro è inadeguato e l'effetto diretto non è possibile, l'interpretazione conforme rischia di vanificare l'effetto benefico della norma a causa dalla valutazione soggettiva e interpretativa del giudice, nonché della flessibilità dei singoli ordinamenti giuridici nazionali. Diversamente, in caso di disposizione dotata di effetto diretto, la stessa potrebbe “incidere” in modo più preciso sull'ordinamento giuridico nazionale, poiché diverrebbe “autonoma, identificabile e prevedibile” ovvero, non subordinabile alla benevolenza o all'immaginazione interpretativa di un singolo attore (v. punti dal 69 al 75 delle conclusioni).

Nella sentenza in nota si rileva un atteggiamento della Corte prudente, in linea con quello adottato nel 2011, nella causa C-260/11 Edwards & Pallikaropoulos, relativa

alle spese processuali a cui il ricorrente poteva trovarsi esposto (onorari degli avvocati, spese accessorie e costi generati dagli eventuali gradi di giudizio precedenti). In quell'occasione la Corte aveva statuito che le direttive che traspongono la Convenzione di Aarhus non impongono una giustizia a costo zero ma una giustizia il cui costo complessivo sia ragionevole e assicuri un ruolo rilevante al pubblico nella protezione dell'ambiente. Ad avviso dei Giudici europei i diversi costi devono essere "ragionevolmente prevedibili" oltre che per il loro fondamento anche per il loro importo. Il giudice interno nel decidere sulle spese avrebbe dovuto compiere una valutazione ponderata capace di integrare il criterio soggettivo (la situazione individuale del ricorrente) con quello oggettivo (la propensione del pubblico ad accedere alla giustizia). La decisione di disporre di una eventuale limitazione delle spese, rimessa nelle mani del giudice nazionale, avrebbe dovuto tener conto della situazione economica delle parti, di tutte le circostanze del caso e dell'esigenza di agevolare l'accesso alla giustizia.

A tal riguardo si rileva che la flessibilità dei singoli ordinamenti giuridici nazionali rappresenta una reale minaccia agli effetti benefici della disposizione normativa in oggetto. Ad esempio, il sistema tariffario forense italiano produce degli effetti negativi anche sul versante economico del Paese, oltre che in riferimento alla pura tutela ambientale, soprattutto in relazione ai tempi processuali. In particolare, il meccanismo di calcolo per la determinazione degli onorari dell'avvocato, individuato dalla legge, prevede che la parcella sia il risultato della somma di moltissime singole tariffe applicate per altrettante singole prestazioni (memorie, studio della causa, udienze etc.), previsione che incentiva gli avvocati ad allungare i tempi di gestione della pratica (sul tema si veda D. Marchesi, *Litiganti, avvocati e magistrati*, Bologna, 2003). Diversamente, in Germania gli avvocati sono remunerati forfetariamente rispetto alla causa, e pertanto, incentivati a chiudere le controversie il più rapidamente possibile (v. F. Giavazzi, *Lobby d'Italia*, Milano, 2005, 5 ss., la durata media di un procedimento di recupero credito in Italia è di 3-5 anni e poco più di un anno in Germania; più in generale, la durata processuale italiana supera del 70% la media Ue). Anche nel Regno Unito e in Spagna i procedimenti giudiziari si sono rivelati ancora troppo costosi per poter essere considerate conformi alla Convenzione. In particolare, le spese fisse e le spese per i legali sono tali da disincentivare le ONG e i singoli cittadini dal ricorrere in giudizio contro gli organismi pubblici in materia ambientale (cfr. J. Maurici, *The Influence of Aarhus on Domestic and EU Law - Access to justice: A chronology*, London, 2013, 1-38; v. J. Litton, *Protective Costs Orders in UK Environmental and Public Law Cases*, London, 2015, 1-16, reperibile in www.middletemple.org.uk/download/file/fid/901). Inoltre, per ciò che concerne la spesa dei difensori legali, si osserva che in Spagna, come in Italia, esiste una sola categoria di avvocati, i quali possono intervenire in ogni tipo di processo e dinanzi a ogni tipo di tribunale. Gli avvocati spagnoli fissano i loro onorari in conformità con le norme «di orientamento», le quali forniscono solo dei criteri generali per l'elaborazione delle parcelle in base alla complessità del caso. In altri Stati, come in Irlanda, il sistema di remunerazione dei *solicitor* e dei *barrister* si distingue in base all'attività svolta (contenziosa e non contenziosa) e sono regolati dalla normativa sugli onorari dei *solicitor* e dalle pronunce giudiziali sull'adeguamento delle stesse (cfr., in particolare, l'articolo 27 del *Courts and Court Officers Act* del 1995 e le sentenze Kelly v. Breen, 1978, I.L.R.M. 63). In Portogallo, invece, gli onorari dei *consultores jurídicos* (consulenti legali) e degli *advogados* (avvocati) non sono disciplinati da una vera regolamentazione ma dalle *portarie* n.° 1386/2004 e n.° 10/2008, come modificate dalla *portaria* n.° 210/2008 (v. Studio sulla trasparenza dei costi del procedimento civile nell'Unione europea e Allegati correlati, Portale europeo della giustizia elettronica, reperibile in e-justice.europa.eu/content_legal_aid-55-it.do). Alla luce di quanto appena esposto risulta comprensibile l'atteggiamento prudente della Corte volto a cercare un equo compromesso in riferimento alle spese processuali, infatti, una scelta

meno ponderata avrebbe potuto pregiudicare i fragili equilibri che sorreggono gli ordinamenti nazionali (sul tema si v. Corte giustizia Unione Europea, sez. I, sentenza 23 novembre 2017 n° C-427/16, il divieto di negoziare i compensi degli avvocati sotto i minimi tariffari: viola la concorrenza).

3. – Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se la norma sancita dall'articolo 10 bis della direttiva 85/337 e s.m.i. sia applicabile ad un procedimento promosso prima della data di scadenza del termine di recepimento del predetto articolo. In caso di risposta affermativa, il giudice del rinvio chiede se la regola in oggetto sia applicabile a tutte le spese sostenute nell'ambito del procedimento o unicamente a quelle sostenute dopo la scadenza del termine di recepimento. La Corte seguendo una giurisprudenza costante ribadisce che una nuova norma si applica “agli effetti futuri” di una situazione sorta in vigenza della norma precedente e ai punti 46 e 47 osserva che non è necessario distinguere tra spese sostenute prima o dopo la scadenza del termine di recepimento (al più tardi entro giugno 2005), poiché la decisione adottata dal giudice, relativa alla ripartizione delle spese, rappresenta un “effetto futuro” del procedimento avviato dal sig. Klohn nel 2004. Di conseguenza, in sede di decisione sulla ripartizione delle spese, per i procedimenti che erano pendenti alla data di scadenza del termine di recepimento della direttiva, i giudici nazionali hanno l'obbligo di giungere ad una soluzione conforme alla finalità perseguita dalla norma (v. punti 38 e 40).

A tal riguardo l'Agenzia sostiene la possibile violazione del principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento, poiché la norma sulla ripartizione delle spese vigente all'inizio del procedimento, giugno 2004, ha influenzato l'importo delle spese che le parti hanno scelto di sostenere durante il procedimento (regolata dal principio della soccombenza). In merito, la Corte prima ribadisce che non sussiste alcuna violazione del legittimo affidamento poiché esso si estende “a ogni privato che si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'autorità competente, fornendogli precise assicurazioni, abbia fatto sorgere in lui fondate aspettative”; previsione che non si è verificata nella controversia in nota. Successivamente i Giudici europei sottolineano che l'Irlanda e l'Agenzia, in qualità di organo dello Stato membro, non possono invocare un legittimo affidamento per il mantenimento di una norma che l'Irlanda non ha modificato nonostante l'obbligo impostole dalla direttiva in parola (v. sentenza 16 luglio 2009, Commissione/Irlanda C-427/07, con cui l'Irlanda è stata sanzionata per il mancato recepimento della direttiva 2003/35).

Nel nostro ordinamento il divieto di retroattività della legge, pur costituendo principio generale a cui il legislatore deve attenersi non è stato elevato a dignità costituzionale (eccezion fatta per l'art. 25 Cost. in materia penale), ciononostante l'affidamento costituisce un limite alla retroattività della legge. In applicazione di tale principio si distingue tra retroattività in senso proprio, operante soprattutto nella legislazione tributaria (il legislatore non può introdurre effetti svantaggiosi per cittadino quando la fattispecie giuridica si è completamente esaurita), e retroattività impropria, ovverosia, quando la legge, pur non essendo retroattiva, modifica una situazione giuridica che non ha ancora esaurito i suoi effetti, ipotesi verificatasi nel caso in esame (sul tema cfr. D. De Pretis, *Osservazioni conclusive*, in C. Padula, *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, 2018, 244). In quest'ultimo caso la tutela dell'affidamento, nasce dalla ponderazione del peso da attribuire ai valori in gioco. Si osserva, infatti, come tale costrutto viene soventemente utilizzato anche dalla giurisprudenza amministrativa al fine di garantire la posizione del cittadino di fronte ai comportamenti irragionevoli della Pubblica Amministrazione (si v. Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 229, in Giust. civ., 1999, I, 2919; Corte Cost., 26 luglio 1995, n. 390, in Giust. civ., 1995, I, 326; Cons. di Stato, 1999, II, 823; in Orient. giur. lav., 1995, I, 1084; Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in Giust. civ., 2000, I, 973).

Per lungo tempo la dottrina italiana, esponente di una concezione autoritaria del diritto pubblico, ha escluso il rilievo della clausola di buona fede e del legittimo affidamento in relazione al diritto amministrativo. Secondo tale orientamento, nel diritto amministrativo la buona fede era un mero duplicato dell'interesse pubblico, poiché l'agire secondo correttezza era già implicito nell'obbligo di perseguire l'interesse imposto dall'ordinamento (cfr. M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 142 ss.; cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, 115 ss.; F. Manganaro, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, 39 ss.). Tale ideologia oggi è stata superata e in luogo di un'Amministrazione autoritaria ed autoreferenziale, si tende a prospettare l'idea dell'Autorità pubblica come soggetto che favorisce la partecipazione del privato alla funzione pubblica e che fa uso di strumenti consensuali accanto a quelli unilaterali ed autoritativi (la legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo italiano ne è un chiaro esempio, sul tema si veda R. Ferrara, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, gen. 2000, III, 27 (estratto), Foro it., 2000; cfr. M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, 51).

4. – L'articolo 1 della Convenzione di Aarhus ha posto le fondamenta per la creazione di tre pilastri in materia ambientale: garantire il diritto di accesso alle informazioni, la partecipazione ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia. Per ciò che concerne l'accesso agli atti e alle informazioni l'Unione europea ha introdotto la direttiva 2003/4/CE. La partecipazione del pubblico ai processi decisionali, invece, è stata affidata alla direttiva 2003/35/CE. In riferimento al terzo pilastro (l'accesso alla giustizia) una proposta di direttiva del 2003 è ancora in fase di discussione. Tale proposta, al fine di ottenere un controllo effettivo, vorrebbe garantire l'accesso alla giustizia da parte delle associazioni e dei pubblici cittadini in presenza di determinati requisiti: ipotesi che comporterebbe un'importante riorganizzazione delle norme interne degli Stati in materia di legittimazione ad agire; ragione per la quale non è ancora stato raggiunto un consenso unanime tra le Parti.

Per meglio comprendere il contesto in cui andrà ad inserirsi la decisione della Corte di Giustizia della sentenza in nota, si evidenzia che, in base a quanto emerso dall'ultima riunione del Comitato per la conformità della Convenzione di Aarhus, il processo di ravvicinamento e armonizzazione delle norme in materia ambientale richiede ancora molto impegno. Infatti, dalla relazione del Comitato emerge che l'Austria non è conforme alla Convenzione sia perché non garantisce la partecipazione e l'accesso alla giustizia delle ONG ambientaliste in molte leggi settoriali, sia per la non conformità delle procedure adottate per la richiesta di informazioni (conclusioni del Comitato V/9b in riferimento a C/48 e C/63). Anche la Bulgaria è stata dichiarata non conforme per non aver ancora adottato le misure necessarie a garantire il diritto di accesso alla giustizia al pubblico interessato. Più precisamente, non è stato garantito il diritto di accesso alla giustizia alle ONG nei ricorsi inerenti ai Piani territoriali generali e per l'impugnazione delle Autorizzazioni di attività specifiche. Azioni che, in base al diritto europeo, tutti i membri del pubblico con sufficiente interesse dovrebbero averne diritto. In sostanza la Bulgaria non è ancora capace di garantire rimedi adeguati ed efficaci volti a prevenire il danno ambientale (MoP Dic. V/9d del Comitato in merito a C/58; e C/76). La Croazia, invece, non ha ancora fornito un quadro trasparente per la partecipazione pubblica in relazione ai piani di gestione dei rifiuti urbani (V/9 relative a C/66). A fronte di un frammentato e caotico panorama come quello appena illustrato, risulta interessante valutare in che misura la decisione emessa dai Giudici nella sentenza in parola, priva di applicazione diretta della direttiva, possa favorire l'accesso alla giustizia del "pubblico interessato" (si noti che sul piano sostanziale la pianificazione

urbanistica, tra gli altri, incontra anche i limiti propri degli atti espressivi della potestà discrezionale delle Autorità pubbliche. Sul tema v. A. Milone, in R. Ferrara, M.A. Sandulli, *Trattato di Diritto dell'Ambiente: i procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014, 170 ss.). Infatti, in alcuni Paesi come la Repubblica Ceca e la Romania, l'impugnazione di determinate decisioni da parte dei membri della comunità non è ancora contemplata; come non è garantita nemmeno la partecipazione pubblica nella procedura di rilascio di determinate autorizzazioni per attività con significativo impatto ambientale (Conclusioni del Comitato di convalida V/9f relative a C/50 e C/70 e MoP Dec V/9j relative a C/51 e C/69). Anche la Germania, seppur pioniera nel campo della tutela ambientale in Europa, impone spesso dei rigidi requisiti di accesso alle ONG per i ricorsi in materia ambientale e non garantisce la partecipazione delle stesse in diverse leggi settoriali (Comitato MoP dic. V/9h relativi a C/31). A tal proposito, non resta che augurarsi che almeno in Spagna, l'interpretazione della regola della non eccessiva onerosità possa produrre dei risvolti positivi, e "ri-attivare" una reale responsabilizzazione nei confronti dell'ambiente. Infatti, nel 2011 al 4° MoP era emerso che la Spagna non offriva adeguati meccanismi di assistenza volti a rimuovere o ridurre gli ostacoli finanziari per l'accesso alla giustizia. Più precisamente, il Paese addebitava tasse "non ragionevoli" per le copie dei documenti di uso del suolo o per le informazioni sulla pianificazione urbana. Da allora alcune misure sono state adottate, ma ad avviso del Comitato non ancora sufficienti (MoP V/9k relative a C/24 e C/36; cfr. *Practical implementation of the Aarhus Convention in the EU*, EN Policy Department, *Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament*, PE 571.357, reperibile in [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571357/IPOL_BRI\(2016\)571357_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571357/IPOL_BRI(2016)571357_EN.pdf)). Al fine di ridurre la distanza tra quanto auspicato dagli Stati membri firmatari della Convenzione e quanto sino ad ora realizzato, le decisioni dei Giudici del Lussemburgo da sole paiono non essere sufficienti: a tal ragione non resta che sperare nella riattivazione di un corretto rapporto di comunicazione tra politica e diritto, volto a rimettere in funzione quel "motore" ormai spento da lungo tempo (sul tema v. M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico*, in M.S. Piretti, *Istituzioni, Società Stato*, vol. III, Bologna, 1991, 234).

In riferimento ai costi sulle spese processuali si evidenzia che ad eccezione dell'Irlanda, la quale in seguito alla condanna per inadempimento ha inserito nella Legge sulla pianificazione e lo sviluppo territoriale l'articolo 50 B secondo cui ciascuna parte è tenuta a sopportare le proprie spese (norma non applicabile alla controversia di cui al procedimento principale poiché non applicabile *ratione temporis*), ordinamenti come Italia e Spagna ancora tacciono. Sebbene la direttiva 2003/35/CE in Spagna sia stata trasposta dalla legge n. 27/2006 è necessario evidenziare che gli articoli 3.7 e 4.4 della direttiva 2003/35/CE, in connessione con l'articolo 9.4 della Convenzione di Aarhus, non possono considerarsi debitamente attuati dalla citata legge nell'ordinamento spagnolo. Più precisamente, perciò che concerne l'accesso alla giustizia, la legge non stabilisce disposizioni specifiche per limitare l'eccessiva onerosità delle procedure e per tale ragione si fa ancora riferimento alle disposizioni generali della legge n. 1/1996 sul libero accesso alla giustizia (*La aplicación del convenio de Aarhus en la Ue y en España, En qué medida ha aplicado la UE el convenio de Aarhus?*, Oficina Europea del Medio Ambiente-EEB, Dic. 2007, reperibile in www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf_Aarhus_booklet_ES.pdf). In eguale misura anche l'Italia non ha stabilito disposizioni specifiche per limitare l'eccessiva onerosità delle procedure in materia ambientale ma demanda la disciplina della materia alle norme generali del procedimento amministrativo, del diritto di accesso ai documenti amministrativi e alle norme della giustizia amministrativa in generale (v. art. 3-sexies del decreto legislativo n. 152/2006, recante norme in materia ambientale in attuazione della legge n. 241 del 1990).

In tale contesto è utile sottolineare non solo il numero di comunicazioni contro gli Stati membri, ma la profondità delle azioni necessarie a realizzare, in concreto, i fini della Convenzione Aarhus. In tal senso, la disciplina comunitaria e le interpretazioni della Corte rappresentano le fondamenta di un più importante contributo all'ambiente che potrebbe arrivare dal basso, in termini di responsabilizzazione e controllo da parte della collettività. La scelta dei Giudici europei della non applicabilità diretta della regola di non eccessiva onerosità, attribuisce ai Giudici nazionali un importante ruolo "propulsore" per la salvaguardia ambientale. Tale attribuzione, se ben utilizzata, potrebbe favorire il virtuoso processo di responsabilizzazione e garantire l'accesso alla giustizia ad un bacino di persone sempre più ampio. In tal senso, una corretta ponderazione dei valori in gioco è condizione necessaria per la preservazione dell'ambiente di presenti e future generazioni.

5. – Con la terza questione il giudice del rinvio intende chiarire in che misura la regola della non eccessiva onerosità possa essere applicata ad una condanna alle spese divenuta ormai definitiva. A tal riguardo la Corte sottolinea che "il diritto dell'Unione non impone di disapplicare norme di procedura nazionali che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione giurisdizionale", più precisamente afferma che "le decisioni giurisdizionali divenute definitive [...] non possano essere rimesse in discussione", proprio in virtù del principio dell'autorità di cosa giudicata (volto a garantire la stabilità del diritto, dei rapporti giuridici e una buona amministrazione della giustizia, v. punti 63 e 64). Ad avviso della Corte, l'obbligo di interpretazione conforme del diritto non deve servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. In via preliminare, i Giudici europei ricordano che la procedura irlandese in materia di spese si svolge in due fasi: un primo momento in cui l'organo giurisdizionale investito della controversia si pronuncia sulla ripartizione dell'onere delle spese e un secondo momento in cui il *Taxing Master* fissa l'importo. Per tale ragione, secondo la Corte la decisione del 6 maggio 2008 della *High Court* sulla ripartizione delle spese, non ha lo stesso oggetto della successiva decisione del *Taxing Master* volto a fissare l'importo esatto delle spese poste a carico del ricorrente (v. punto 69).

Il rapporto nazionale sull'attuazione della Convenzione Aarhus in Italia sottolinea che non è semplice prevedere pratiche differenziate applicabili alle sole questioni ambientali, in quanto l'accesso alla giustizia è disciplinato in modo onnicomprensivo (v. *Rapporto nazionale sull'attuazione della Convenzione di Aarhus in Italia*, disponibile in www.isprambiente.gov.it). Per ciò che concerne la giustizia amministrativa italiana, come noto, ai sensi L'art. 111 comma 8 della Costituzione, vi sono solo due gradi di giudizio, il primo dinanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali ed il secondo garantito dal Consiglio di Stato che, nelle sue sezioni giurisdizionali svolge funzioni di giudice di appello, ammettendo il ricorso alla Suprema Corte soltanto per motivi inerenti la giurisdizione. La condanna alle spese non costituisce un risarcimento del danno e non ha una natura sanzionatoria, ma è un'applicazione del principio di causalità: "l'onere delle spese grava su chi ha provocato la necessità del processo" (Cassazione Civile – Sezione Seconda, sentenza n. 189 del 09 gennaio 2017).

In base all'articolo 26 del Codice del processo amministrativo, il giudice quando emette una decisione "provvede anche alle spese del giudizio. Il principio che regola la materia è il criterio della soccombenza (art. 91 c.p.c.): il giudice condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare con gli onorari di difesa. Ai sensi dell'art. 92 c.p.c. può derogarsi al principio della soccombenza quando la parte vincitrice sia venuta meno ai doveri imposti dall'art. 88 c.p.c., per reciproca soccombenza, oppure per gravi ed eccezionali ragioni; solo in questi casi il Giudice può disporre la irripetibilità delle spese sostenute o la compensazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 11 maggio 2017, in tema di condanna alle spese

processuali; Cons. St., sez. IV, 9 aprile 2018, n. 2142; Cass. Civ. Sez. I, 23/2/2012, n. 2736). Premesso dunque che il giudice può compensare le spese di giudizio in deroga al principio della soccombenza solo in presenza di determinate condizioni relative alla gravità ed all'eccezionalità del caso, la giurisprudenza consolidata ritiene che la sindacabilità in appello della condanna alle spese comminata in primo grado, in quanto espressiva della discrezionalità di cui dispone il giudice in ogni fase del processo, è limitata solo all'ipotesi in cui venga modificata la decisione principale, salvo "la manifesta abnormità" (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4936; Cons. di Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4808). Per ultimo, il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza n. 4275/18, ha stabilito che in sede di regolamentazione delle spese di giudizio nel processo amministrativo "ogni eccezione al principio della soccombenza, ancorché non riconducibile alle fattispecie tipiche indicate dal legislatore, può trovare ingresso sempre ché adeguatamente 'esternata' in motivazione, in modo tale da rendere comprensibile l'iter logico-giuridico e/o le valutazioni su cui essa si fonda, e purché impostata su argomentazioni coerenti con le coordinate normative". Con riferimento alla decisione dei Giudici europei della sentenza in commento, ovverosia, l'obbligo di interpretazione conforme in relazione alla regola della non eccessiva onerosità e la decisione del Consiglio di Stato n. 4275/18, secondo cui sono ammesse eccezioni al principio della soccombenza, nell'ordinamento italiano pare esserci ancora spazio per una corretta applicazione della regola. Il pubblico interessato potrebbe usufruire dell'effetto benefico della norma comunitaria poiché parrebbe non esserci alcuna interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, ma ancora una volta le possibili ricadute nell'ordinamento interno sono nelle mani dei Giudici (per maggiori approfondimenti v. R. FERRARA, *Valutazione di impatto ambientale e principi della giurisprudenza comunitaria: è solo un problema di ragionevolezza*, Foro it., 2000, IV, 265; sul tema della discrezionalità v. A.M. Poggi, *La concezione secondo cui l'attività interpretativa non può individuare nessuna interpretazione che possa essere qualificata come l'unica corretta*, in Id., *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995, 284).

Anche in Francia, e in gran parte degli altri Stati membri, in linea di principio, le spese processuali sono a carico della parte soccombente. Tuttavia, il giudice può, con decisione motivata, porre a carico di un'altra parte una frazione o la totalità delle stesse. Di norma, il giudice condanna la parte soccombente a versare l'importo stabilito dallo stesso e sempre il giudice tiene conto dell'equità e della situazione economica della parte condannata, ma per motivi fondati sulle proprie considerazioni può anche statuire che la condanna non sia necessaria (v. *Relazioni sulla trasparenza dei costi nell'Unione europea* e Allegati, Portale europeo della giustizia elettronica, reperibile in e-justice.europa.eu/content_legal_aid-55-it.do).

6. – Il 28 aprile 2017 la Commissione europea ha adottato una Comunicazione sull'accesso alla giustizia in materia ambientale per spiegare agli organi giurisdizionali nazionali quanto la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito sul modo in cui essi devono trattare i ricorsi del pubblico contro le decisioni, gli atti o le omissioni delle autorità pubbliche degli Stati membri che riguardano l'ambiente (cfr. *Guida del cittadino per l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Commissione europea, Direzione generale per l'ambiente. Lussemburgo: Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2018). Nonostante l'apprezzabile sforzo della Commissione a favore di una maggiore tutela ambientale all'interno dei sistemi giuridici dell'Unione europea, ad avviso di chi scrive, permangono alcune "zone grigie" all'interno degli Stati sull'effettività della regola della non eccessiva onerosità e sulle ricadute che la decisione della sentenza in nota potrà produrre a favore del singolo o delle associazioni che intendono proporre ricorso in relazione all'AIA o alla VIA. Benché sia necessario preservare la sovranità e l'autonomia

procedurale degli Stati membri si ricorda che paesi come l'Italia e la Spagna non hanno previsto alcuno strumento volto a garantire il contenimento delle spese per le azioni giudiziarie promosse a tutela dell'ambiente. Come visto nei paragrafi precedenti, diversi Stati hanno sottoposto la materia alla disciplina generale della giustizia amministrativa, nonché alle leggi già esistenti in materia di danno ambientale (per l'Italia si veda d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 T.U. ambientale e s.m.i.). A fronte dell'affermazione di un obbligo di interpretazione conforme in capo ai giudici nazionali, l'effetto più significativo della sentenza in commento non può quindi essere la valorizzazione della portata della direttiva VIA, ma piuttosto una più profonda illustrazione dell'effetto indiretto che la Convenzione di Aarhus deve produrre all'interno dei tribunali nazionali. Con la conseguente constatazione che benché nei "piani alti" del sistema multilivello sorgano le idee migliori, la natura prevalentemente programmatica della *soft law*, risulta ancora troppo debole ad esplicitare i suoi effetti nei "piani bassi". Pertanto, indipendentemente dal fatto che una direttiva incorpori o meno le disposizioni di Aarhus, i giudici nazionali dovrebbero tener presente che la Convenzione rientra nella legislazione dell'Ue e predisporre tutte le garanzie del caso.

Per ultimo è possibile rilevare che non essendo la disposizione normativa in commento chiara e precisa, l'ampio margine di discrezionalità sino ad ora attribuito ai giudici nazionali, non sempre si è rivelato capace di garantire un costo del procedimento non eccessivamente oneroso per il ricorrente. Non vi è dubbio che la direttiva 2003/35/CE (che modifica la direttiva 85/337/CEE) abbia favorito la promozione di molte azioni giudiziarie volte alla tutela dell'ambiente e alla salute dei cittadini, sia nei tribunali amministrativi sia in quelli penali, ma è altrettanto vero che i ricorrenti lamentano sempre più l'onerosità dell'accesso alla giustizia in materia ambientale. Inoltre, anche in presenza dello strumento del gratuito patrocinio a spese dello Stato, è possibile rilevare che lo stesso non sempre si è reso sufficiente al raggiungimento dello scopo. Infatti, i criteri di accesso divergono tra i diversi Stati. Ad esempio, in Irlanda il patrocinio a spese dello Stato prevede una soglia di reddito nelle cause civili di euro 18.000, al lordo delle indennità forfetarie dei dipendenti e dei versamenti di imposte e contributi sociali; in Spagna ai sensi dell'articolo 119 della Costituzione, il beneficio è concesso quando le persone fisiche dimostrino che le loro entrate, non superino il doppio dell'indicatore pubblico di reddito a effetto multiplo (IPREM) in vigore al momento della domanda (attualmente pari ad euro 7.381,33 annui). In Francia la concessione di tale beneficio è subordinata unicamente alle risorse economiche e tutte le persone fisiche di cittadinanza francese e i cittadini residenti degli Stati membri dell'Unione europea, nonché le persone giuridiche senza scopo di lucro, le cui risorse economiche non siano sufficienti possono aspirare a tale beneficio. Le risorse economiche di cui si tiene conto sono il reddito medio mensile dell'ultimo anno civile del richiedente nonché, all'occorrenza, i redditi delle persone abitualmente conviventi. In quest'ultima ipotesi, il tetto massimo di reddito consentito ai fini della concessione del patrocinio a spese dello Stato viene aumentato attraverso correttivi per gli oneri familiari (v. *Relazioni sulla trasparenza dei costi nell'Unione europea* e Allegati correlati al patrocinio a spese dello Stato. Portale europeo della giustizia elettronica, reperibile in e-justice.europa.eu/content_legal_aid-55-it.do). A tal riguardo, l'interpretazione offerta dalla Corte, sulla non eccessiva onerosità dei ricorsi in materia ambientale, se pur con i suoi limiti, potrebbe rappresentare un valido incipit per i giudici nazionali, in termini di maggior coordinamento volto ad accrescere la sensibilità verso le questioni ambientali. Infatti, dal sito internet del WWF Italia emerge che lo stesso ha denunciato l'Italia per la violazione delle leggi internazionali ed europee e dei principi fondamentali in materia di tutela ambientale a fronte dei forti limiti riscontrati per l'esercizio del diritto di accesso alla giustizia.

Il WWF lamenta, infatti, la mancata esistenza di specifiche agevolazioni economiche per le cosiddette "spese di giustizia" in favore delle associazioni no profit

come le ONG o le ONLUS. Infatti, nonostante l'ordinamento giudiziario italiano preveda il beneficio del cd. Gratuito patrocinio spesso la soglia di reddito richiesta, attualmente fissata in euro 11.493,82, impedisce alle associazioni di protezione ambientale di poter accedere al beneficio a causa del superamento della stessa. Inoltre, gli addebiti imposti in caso di perdita della causa, rischiano di dissuadere i singoli cittadini o le piccole Associazioni dall'agire in giudizio (v. TAR Toscana, Sentenza n. 1261/2013, relativa alla condanna del WWF Italia ed altre tre associazioni ricorrenti al pagamento delle spese processuali delle controparti quantificate in euro 18.000). Le associazioni ambientaliste lamentano anche l'importo del "contributo unificato" (tassa prevista per le iscrizioni a ruolo dal Decreto legislativo T.U. 115/2002 sulle spese di giustizia), poiché anche se riconosciute come Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale (ONLUS), per le cause davanti al Giudice amministrativo l'importo della tassa va dai 600 ai 2.000 euro (considerata la distinzione per alcune categorie di ricorsi, es. grandi infrastrutture).

“Gli esami non finiscono mai”: l’esame di integrazione civica presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno autonomo dal ricongiungimento familiare

di Alessia Tranfo

Title: You can never say you have taken your last exam: civic integration examination requested for the autonomous residence permit

Keywords: Right to family reunification; Refusal to grant an autonomous residence permit; Civic integration examination.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (d’ora in avanti CGUE) decide sulla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi in merito all’interpretazione dell’art. 15, paragrafi 1 e 4 della direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 in materia di ricongiungimento familiare.

La domanda ai sensi dell’art. 267 TFUE viene presentata da una cittadina extracomunitaria che soggiornava da più di dieci anni nei Paesi Bassi in qualità di coniuge-ricongiunta a uno straniero già in possesso del permesso di soggiorno autonomo. La questione origina dalla richiesta della donna alle autorità pubbliche olandesi, in particolare al Segretario di Stato dei Paesi Bassi, di rilascio di un permesso di soggiorno autonomo rispetto a quello del marito che le desse così titolo per risiedere nello Stato membro, a prescindere dal ricongiungimento familiare risalente al 1995. Le autorità rigettano la domanda di modifica del permesso di soggiorno adducendo a motivazione il mancato superamento dell’esame di integrazione civica previsto dal legislatore olandese. Altresì, nel medesimo provvedimento l’autorità olandese revoca alla donna il permesso di soggiorno di cui beneficia al fine di soggiornare presso il coniuge, sulla base del fatto che la signora non convivesse oramai da anni con il marito. Pertanto, la decisione di revocare il permesso di soggiorno di ricongiungimento familiare retroagisce i suoi effetti al momento in cui la donna aveva trasferito la propria residenza a un indirizzo diverso rispetto a quello del coniuge.

La cittadina extracomunitaria propone dunque reclamo avverso le determinazioni del Segretario di Stato che si limita a confermare la propria decisione. Successivamente viene proposto ricorso in sede giudiziale al Tribunale dell’Aja che lo respinge allineandosi alle autorità olandesi.

Successivamente, il giudizio prosegue in appello dinnanzi al Consiglio di Stato il quale solleva la questione pregiudiziale, oggetto della sentenza in esame, alla luce del parziale mutamento di orientamento del Segretario di Stato, dovuto alla produzione in corso di causa di un parere del Servizio esecutivo in materia di istruzione dei Paesi Bassi

che dimostrava come l'appellante avesse tentato plurime volte di superare l'esame di integrazione civica e avesse partecipato a un numero notevole di ore di lezione. In forza di un allegato di tale tenore, il Segretario di Stato muta inaspettatamente i propri provvedimenti di diniego e concede un permesso di soggiorno autonomo alla signora. È questo il contesto decisamente discontinuo in cui si inserisce la questione pregiudiziale sollevata dal giudice di appello alla CGUE.

In particolare, alla Corte viene chiesto se la predetta normativa europea osti a una disposizione nazionale che impedisca il rilascio di un permesso di soggiorno autonomo a un cittadino extracomunitario, precedentemente ricongiunto ad un altro straniero regolarmente soggiornante, che risieda da più di cinque anni sul territorio dell'Unione, qualora non siano soddisfatti i requisiti di integrazione previsti dal legislatore nazionale.

2. – Delineati i fatti storici che hanno originato il giudizio, prima di soffermarsi sul merito della questione, occorre concentrarsi sul contesto normativo nazionale ed europeo entro la cui cornice si svolge la causa definita dalla Corte. In particolare, l'art. 15 paragrafo 1 della direttiva 2003/86/CE stabilisce che decorso un massimo di cinque anni di soggiorno continuo per motivi di ricongiungimento familiare, il coniuge o il convivente e/o il figlio divenuto maggiorenne hanno diritto a un permesso di soggiorno autonomo, scevro da alcun vincolo con il permesso del soggiornante presso il quale è avvenuto il ricongiungimento.

Tuttavia, il paragrafo 4 dell'art. 15 intende lasciare al legislatore nazionale ampia discrezionalità circa la definizione dei requisiti necessari al rilascio del permesso autonomo di soggiorno.

In virtù di tale libertà di movimento dei singoli Stati membri, la normativa olandese, cosiddetta *Vreemdelingenbesluit 2000*, applicabile dal giudice di rinvio del caso di specie, individua all'art. 3.80 tra le condizioni imprescindibili per l'ottenimento del permesso di soggiorno autonomo, altrimenti definito dal legislatore olandese "permesso a tempo determinato per motivi umanitari di natura non temporanea", l'esito positivo di un esame previsto dall'art. 6 della *Wet Inburgering*, legge sull'integrazione civica, o il conseguimento di un diploma o certificato. In altre parole, detta normativa prescrive allo straniero extracomunitario il raggiungimento di un livello minimo di integrazione, comprovato da un apposito esame o dal conseguimento di un diploma. Pertanto, si riconduce il concetto di integrazione all'acquisizione sia di una conoscenza orale e scritta della lingua olandese a livello A2 del quadro europeo, corrispondente a un livello base, che degli usi e costumi della società olandese.

Vale la pena accennare che la soluzione adottata dal legislatore dei Paesi Bassi è solo una delle possibili estrinsecazioni del margine di discrezionalità dei singoli Stati membri in ordine alla valutazione del livello di integrazione dello straniero, infatti, la direttiva 2003/86/CE è stata recepita in modo variegato e differenziato da Stato membro a Stato membro.

A titolo esemplificativo, il legislatore italiano all'art. 30 del D. lgs. 286/98 Testo Unico Immigrazione (d'ora in avanti, TUI), a differenza di quello dei Paesi Bassi, non ha subordinato al superamento di un esame, né ad alcuna forma di valutazione del livello di integrazione dello straniero, la conversione del permesso per motivi familiari in altro permesso autonomo e indipendente ex art. 30, comma 5, TUI, salvo che si intenda richiedere un permesso di soggiorno di lunga durata ai sensi dell'art. 9 del TUI. Solo limitatamente a quest'ultimo caso infatti il legislatore italiano prescrive il superamento di un test di lingua italiana pari a livello A2 del quadro comune europeo - analogamente alla disciplina olandese - quale requisito per la conversione del titolo di soggiorno per motivi familiari in permesso di lunga durata. Si tratta, tuttavia, di una ipotesi che esclude la verifica incentrata sull'elemento della conoscenza della società, degli usi e

costumi del Paese ospitante ma si concentra solo sull'elemento della lingua, quale fattore discriminante per valutare chi si è integrato - pertanto è meritevole di permesso di lunga durata in presenza di ulteriori requisiti definiti dall'art. 9, comma 1, TUI - e chi, invece, difettando della padronanza della lingua, non possiede gli strumenti per inserirsi pienamente nel tessuto sociale italiano. Qualora il test non sia immediatamente superato, non prima di un termine di novanta giorni allo straniero è data possibilità di prenotare nuovamente l'esame ai sensi del d.m. del 4 giugno 2010 e circolare del Ministero dell'Interno del 5 febbraio 2014. In tutte le altre ipotesi di conversione in un permesso autonomo, non ascrivibile al permesso di lunga durata, del permesso di soggiorno derivante da ricongiungimento l'ordinamento italiano non prescrive il preventivo superamento di un test di lingua, a differenza della normativa oggetto della questione pregiudiziale sollevata innanzi alla CGUE.

Simile al sistema italiano brevemente tracciato è il modello tedesco, ove per il rilascio del cosiddetto *Niederlassungserlaubnis*, paragonabile al permesso di lunga durata, è prevista la conoscenza della lingua tedesca e dell'ordinamento giuridico e sociale locale. Addirittura, il livello di conoscenza della lingua tedesca richiesto non è sufficiente che corrisponda al livello elementare A1 ma occorre che lo straniero raggiunga il cosiddetto B1 del quadro comune europeo, previa frequentazione di un corso presso strutture private e/o convenzionate che solo a seguito di un test finale rilasceranno idoneo certificato di conoscenza della lingua da allegare poi alla domanda di permesso di lunga durata. In Germania acquisisce dunque valore predominante il fattore linguistico senza però ignorare l'elemento socio-culturale la cui conoscenza è comunque richiesta dalla normativa per gli stranieri, riavvicinandosi dunque sotto questo aspetto al sistema olandese.

3. – Delineato il quadro normativo di riferimento e l'essenziale elemento della discrezionalità conferita dalla direttiva europea al legislatore nazionale, occorre ora procedere a qualche riflessione ulteriore.

Già ad una prima lettura delle norme nazionali e sovranazionali si nota un distinguo tra i requisiti per l'ottenimento del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare e quelli per il rilascio di un permesso autonomo a seguito di un ricongiungimento. Da un lato, il primo titolo di soggiorno citato, ove richiesto, e in presenza dei requisiti definiti dalla direttiva europea, viene riconosciuto senza lasciare al legislatore nazionale alcun margine; dall'altro, il permesso di soggiorno autonomo - successivo di almeno cinque anni a quello per ricongiungimento - prevede un maggiore spazio di manovra per il legislatore che potrà quindi optare per una disciplina restrittiva, quale quella olandese.

Non sfugge quindi come siffatta normativa in tema di ricongiungimento si inserisca pienamente nel solco della normativa europea in tema di permesso di soggiorno di lungo periodo definito dalla direttiva 2003/109/CE, nella misura in cui anch'essa richiama il tema dell'integrazione, demandando al legislatore nazionale la scelta di subordinare o meno il rilascio di un permesso di soggiorno di lunga durata al soddisfacimento del requisito dell'integrazione. Non sorprende allora che sia per il permesso di lunga durata 2003/109/CE che per il permesso autonomo 2003/86/CE sia prevista a livello europeo una certa apertura ad un'eventuale verifica ad opera dello Stato membro del livello di integrazione dello straniero: siffatto elemento sottende alla *ratio* secondo cui entrambi i titoli presuppongono la volontà di radicare la propria vita nel Paese ospitante per un tempo durevole e perciò l'integrazione dello straniero favorirebbe l'inserimento dello stesso nelle attività elementari necessarie al sostentamento, alla comunicazione, all'espletamento delle attività quotidiane.

Tuttavia, la Corte già in precedenti sentenze aveva avuto cura di puntualizzare i limiti entro cui si possa applicare il paragrafo 4 dell'art. 15 della direttiva 2003/86/CE,

segnatamente i requisiti nazionali per il rilascio di un permesso autonomo sono esplicitamente previsti a livello europeo ma essi non debbono divenire un espediente per mezzo del quale si impedisca ai cittadini di Paesi terzi di ottenere un permesso di soggiorno divincolato dal legame col soggetto a cui essi si sono ricongiunti (sul punto, sentenza CGUE 9 luglio 2015, *K e A contro Minister van Buitenlandse Zaken*, C-153/14, punto 58; sentenza CGEU 4 marzo 2010, *Chakroun contro Minister van Buitenlandse Zaken*, C-578/08, punto 43).

Dunque, anche in occasione della pronuncia in esame la CGUE sembra aderire alle precedenti impostazioni. È pacifico che l'obbligo di superare un esame di lingua e cultura olandese risulti utile al richiedente per affrontare la quotidianità e, di riflesso, ne trarrebbe beneficio la comunità stessa in cui si inserisce il cittadino straniero ma è opportuno che tale obbligo non sia mai sproporzionato rispetto alla finalità ultima definita dal considerando 15, quale appunto quella di favorire l'integrazione.

Pertanto, la CGUE paventa - seppur con argomentazioni piuttosto scarse - la possibilità che, benché l'esame di integrazione di per sé non sia stato superato dal cittadino extracomunitario, le autorità nazionali ritengano quest'ultimo legittimato al permesso di soggiorno autonomo, purché si possa desumere che egli abbia profuso gli sforzi necessari al superamento dell'esame, pur senza sortire risultati positivi, a causa di elementi fattuali quali età, condizione di salute e finanziarie, livello di istruzione che impediscono concretamente il raggiungimento del livello minimo di conoscenza della lingua e della società olandese.

In altre parole, la CGUE risponde negativamente alla questione pregiudiziale asserendo che l'art. 15, paragrafo 1 e 4 della 2003/86/CE non osta a una normativa nazionale che prevede la possibilità di rigettare una domanda di permesso di soggiorno autonomo successivamente a un soggiorno di almeno cinque anni ai fini di ricongiungimento familiare sulla base del mancato superamento di un esame di integrazione purché le modalità concrete dell'obbligo di superare tale esame non eccedano la ratio stessa della normativa europea, ossia favorire l'integrazione. Nel caso di specie, la ricorrente in appello aveva partecipato a più di seicento ore di corsi di cultura olandese e aveva tentato plurime volte invano il superamento dell'esame. Ciò dimostra l'effettivo sforzo compiuto che non può e non deve essere ignorato dal giudice di rinvio.

La minoranza musulmana di Tracia tra protezione dell'identità religiosa, divieto di discriminazioni e diritto all'auto-determinazione

di Maria Chiara Locchi

Title: The Muslim minority of Thrace between protection of religious identity, prohibition of discrimination and the right to self-determination

Keywords: Discrimination; Sharia law; Minority rights.

1. – Con la sentenza, molto attesa, nel caso *Molla Sali* la Corte Edu si è pronunciata sulla compatibilità con il sistema Cedu dello *status* giuridico speciale previsto, da fonti internazionali e domestiche, nei confronti della minoranza musulmana della Tracia occidentale (nella regione nord-orientale della Grecia), un gruppo minoritario che ad oggi conta tra gli 80.000 e i 120.000 membri. Pur trattandosi di una questione circoscritta, riguardante un caso decisamente peculiare, è evidente che i profili implicati sono di grande interesse nell'ambito della più ampia riflessione sui modelli di trattamento giuridico delle identità culturali e religiose negli Stati occidentali.

Lo *status* giuridico della minoranza musulmana di Tracia si caratterizza per la possibilità, a favore dei membri del gruppo minoritario, di regolare alcune materie attinenti allo statuto personale alla luce dei precetti giuridici islamici e di essere giudicati, in relazione alle controversie sorte in tali ambiti, dal *mufti* in qualità di autorità giurisdizionale religiosa (il *mufti* di cui qui si discute è un'istituzione risultante dalla fusione dell'antica figura del *mufti*, come autorità religiosa che fornisce pareri su questioni giuridiche in base alle fonti del diritto islamico, e la figura del giudice, il *qadi*; in Tracia le funzioni giurisdizionali del *mufti*, dal 1991 nominato con decreto presidenziale, sono attualmente divise tra i *mufti* di Rodopi, Xanthi e Evros). L'esistenza di una minoranza musulmana storica, formalmente riconosciuta dallo Stato con la sanzione di un'autonomia normativa e giurisdizionale, rappresenta indubbiamente una particolarità nel contesto europeo (cfr., a questo proposito, Y. Sezgin, *Reforming Muslim Family Laws in Non-Muslim Democracies*, in J. Cesari, J. Casanova (eds.), *Islam, Gender and Democracy in Comparative Perspective*, Oxford, 2017, 162 ss.: tra i paesi non islamici con più di 2 milioni di abitanti e retti da costituzioni ispirate ai principi liberal-democratici, soltanto Israele, Grecia, India e Ghana risultano aver incorporato formalmente il diritto islamico e la giurisdizione religiosa all'interno dell'ordinamento statale); una particolarità che si spiega in ragione dell'assoggettamento dei territori della Grecia e dei Balcani all'Impero ottomano fino alla prima metà del XX sec. A conclusione della guerra greco-turca, nel 1923, il Trattato di Losanna aveva ridefinito i confini tra la Grecia e la Turchia imponendo uno scambio di popolazioni tra i due

paesi, ad eccezione dei greci cristiano-ortodossi di Costantinopoli, Imbros e Tenedos e dei musulmani della Tracia occidentale; si sono così creati, in entrambi i paesi, due gruppi minoritari la cui protezione era garantita dallo stesso Trattato (cfr., in particolare, gli artt. 37-45).

Il modello di relazioni tra lo Stato greco e la minoranza musulmana è da tempo all'attenzione tanto della dottrina, che ha ricostruito i caratteri e gli aspetti controversi di questo *neo-milletism* (dal concetto ottomano di *millet* come comunità religiosa, di solito di fede cristiana o ebraica, alla quale venivano riconosciuti diritti e libertà perpetui in campo culturale, religioso e anche, in parte, economico), quanto di numerose organizzazioni internazionali (la stessa Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi, in passato, sulla legittimità della procedura di selezione e nomina dei *mufti*, dal 1991 sottratta alla gestione da parte della comunità musulmana, cfr. *Serif v. Greece*, Dec. del 14 dicembre 1999, e *Agga v. Greece (No. 2)*, Dec. del 17 ottobre 2002).

La questione più problematica è senza dubbio quella dell'obbligatorietà dell'applicazione della legge religiosa islamica sulla base della sola appartenenza al gruppo minoritario, con particolare riferimento alle differenze di trattamento giuridico tra uomo e donna in alcuni ambiti dello statuto personale: in materia successoria, ad esempio, il diritto islamico si basa sulla successione intestata, rispetto alla quale la posizione dei due coniugi è diversamente configurata (in assenza di figli, al marito spetta metà dell'intero patrimonio e alla moglie un quarto), mentre con successione volontaria si può disporre unicamente di un terzo del patrimonio, e in ogni caso mediante una dichiarazione di volontà (*wasiyya*) non assimilabile, quanto agli effetti prodotti, al testamento.

È appunto il profilo della discriminazione a danno della vedova del Sig. Molla Sali, come si vedrà, a fondare la decisione della Corte, con la quale si dichiara l'avvenuta violazione dell'articolo 14 della Convenzione (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 1 Prot. n. 1 (protezione della proprietà).

2. – La ricorrente, cittadina greca residente a Komotini, è la vedova del Sig. Molla Sali, deceduto nel 2008; i coniugi sono entrambi membri della comunità musulmana di Tracia. Cinque anni prima di morire il Sig. Molla Sali aveva deciso di lasciare la sua intera proprietà alla moglie, redigendo a tale scopo apposito testamento pubblico dinanzi a un notaio, conformemente alle disposizioni del Codice civile greco. A seguito della contestazione, da parte delle sorelle del testatore, della mancata applicazione della legge religiosa islamica, e della relativa giurisdizione del *mufti*, si è aperta una lunga e aspra controversia giudiziaria che ha coinvolto per ben due volte la Suprema Corte greca.

La questione da dirimere, in particolare, si radica nella complessa condizione giuridica della minoranza musulmana della Tracia, disciplinata tanto da trattati internazionali (Trattato di Atene del 1913, Trattato di Sèvres del 1920 e Trattato di Losanna del 1923) quanto da fonti interne (l. 147/1914, l. 2345/1920, l. 1920/1991 e, da ultimo, l. 4511/2018).

Già nel 1913, con il Trattato di Atene, ai musulmani greci era stato assegnato lo *status* giuridico di "comunità", riconoscendo la giurisdizione del *mufti* nelle sfere del matrimonio, del divorzio, dei rapporti patrimoniali tra coniugi, della tutela e dell'amministrazione fiduciaria, della capacità giuridica dei minori, della successione intestata e del legato islamico (art. 11). La legge del 1914, emanata in attuazione del Trattato di Atene, aveva stabilito che tutte le questioni relative al matrimonio tra persone appartenenti alla religione musulmana o ebraica sarebbero state regolate dalla legge religiosa delle rispettive comunità e giudicate in conformità a tale legge (sez. 4). Nel 1920 il Trattato di Sèvres aveva disposto l'annessione alla Grecia dell'intera regione della Tracia e della città di Smirne, impegnando lo Stato greco ad adottare tutte

le misure necessarie a garantire ai greci musulmani che le questioni relative al diritto di famiglia e allo statuto personale fossero regolate sulla base del diritto islamico (art. 14 par. 1); sempre nel 1920, la l. 2345 aveva disciplinato la figura del *mufti* e la sua giurisdizione confessionale. L'entrata in vigore del Codice civile greco, nel 1946, ha comportato il superamento dello statuto giuridico su base religiosa per i soli cittadini greci di religione ebraica, lasciandolo in vigore nei confronti della minoranza musulmana. Nel 1923, con il già citato Trattato di Losanna, non veniva espressamente menzionata la giurisdizione del *mufti* islamico; il trattato si proponeva piuttosto di garantire il carattere distintivo della minoranza musulmana in Grecia (art. 45). L'istituzione del *mufti* è stata successivamente disciplinata nel 1991, con un testo legislativo che ha riprodotto le previsioni della legge del 1920 relativamente alle già ricordate sfere di competenza del giudice islamico: se la sez. 3(3) della legge del 1991 impone la ratifica delle decisioni dei giudici religiosi da parte delle corti civili di prima istanza competenti per territorio, circoscrivendo il controllo di tali corti al rispetto dei limiti di giurisdizione e alla conformità della decisione alla Costituzione, la sez. 5(3) precisa che le decisioni assunte dal *mufti* nei casi in cui la sua giurisdizione sia contestata non possono essere eseguite e non costituiscono giudicato, a meno che non siano state dichiarate esecutive dalla corte civile di prima istanza. L'ultimo intervento del legislatore greco in materia è avvenuto con la l. 4511/2018, che ha modificato la sez. 5 della legge del 1991 recependo le critiche formulate nel corso degli anni in relazione al carattere discriminatorio dell'applicazione pressoché automatica del diritto islamico ai cittadini greci di fede musulmana residenti in Tracia. Il nuovo c. 4 della sez. 5, infatti, prevede che le materie finora rientranti nella sfera di competenza del giudice islamico siano in principio disciplinate dalla legge ordinaria e che la giurisdizione del *mufti* si attivi solo nel caso in cui entrambe le parti lo richiedano congiuntamente; in ogni momento sarà possibile per una delle parti rivolgersi ai tribunali civili, rifiutando l'applicazione della legge islamica.

Lo stesso ordine di priorità è stabilito in materia successoria: la regola è che si applichino le disposizioni del Codice civile, a meno che il testatore non dichiari espressamente la volontà di disporre dei propri beni secondo il diritto islamico.

Nell'ambito della controversia giudiziaria avviata dal ricorso delle sorelle del Sig. Molla Sali le corti greche hanno dovuto confrontarsi con questo articolato quadro giuridico e, in particolare, con la corretta interpretazione e il diverso peso da assegnare a trattati internazionali e relative leggi interne di attuazione.

Nel 2010 il Tribunale di primo grado di Rodopi aveva respinto il ricorso delle sorelle del testatore sulla base del carattere discriminatorio – e quindi incostituzionale nonché contrario alla Cedu – dell'applicazione della legge islamica in materia successoria sulla base della legge del 1991. L'anno successivo anche la Corte d'appello della Tracia aveva sottolineato la necessità di applicare le disposizioni legislative emanate ai sensi dei Trattati di Sèvres e Losanna conformemente alla Costituzione e alla Convenzione, rispettandone la *ratio* di protezione dei cittadini greci di fede musulmana; ciò comporta, secondo i giudici d'appello, che ogni cittadino greco, anche se appartenente alla minoranza musulmana, abbia il diritto di decidere liberamente rispetto alla forma della sua volontà testamentaria, optando anche per il testamento pubblico, per legge sottratto alla giurisdizione del *mufti*.

Nel 2013 la Corte di Cassazione ha però ribaltato la decisione della Corte d'appello, facendo valere un orientamento, ormai consolidato, che si poggia su una diversa lettura delle fonti, internazionali e interne, che disciplinano la condizione giuridica della minoranza musulmana di Tracia. La Suprema Corte, infatti, ha richiamato la previsione dell'art. 11 del Trattato di Atene, che identifica le sfere di competenza del *mufti* e che è stato riprodotto nella legislazione interna del 1914 e del 1991, affermando che la disciplina che regola i rapporti interpersonali tra i cittadini greci di fede musulmana sia parte integrante del diritto nazionale greco, ai sensi dell'art.

28 c. 1 della Cost., e prevalga su qualsiasi altra disposizione legislativa di segno contrario. Una volta chiarito che il diritto applicabile al patrimonio del defunto è la legge islamica sulle successioni e che la proprietà del Sig. Molla Sali apparteneva alla categoria dei terreni posseduti “in piena proprietà” (*mulkia* - termine con il quale si indicano quelle terre, appartenute all'amministrazione ottomana, la cui piena proprietà era stata poi trasferita a privati sotto il regime giuridico della *sharia*), la Corte ha concluso che il testamento pubblico dovesse essere ritenuto invalido e privo di effetti giuridici. Nel 2015, a seguito del rinvio della causa, la Corte d'appello della Tracia ha annullato la sentenza del Tribunale di primo grado di Rodopi, conformandosi a quanto stabilito dalla Cassazione e dichiarando che il *corpus* normativo speciale posto a protezione della minoranza musulmana non violi né il principio di uguaglianza *ex art. 4 Cost.* né il diritto a un equo processo sancito dall'art. 6 Cedu. Il successivo ricorso in Cassazione della vedova Molla Sali è stato definitivamente respinto nel 2017, con la conseguente perdita, da parte della ricorrente, di tre quarti della proprietà.

3. – Uno degli aspetti più controversi della disciplina, internazionale e interna, relativa allo *status* della minoranza musulmana di Tracia è quello del carattere obbligatorio o facoltativo dell'applicazione della *sharia* e, conseguentemente, della giurisdizione del *mufti*; il tema, che ha sollevato un acceso dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza greche, è stato da ultimo affrontato, come già ricordato, dalla l. 4511/2018.

La dottrina prevalente si è andata consolidando intorno all'opinione per cui, sulla base delle fonti normative rilevanti, la giurisdizione del *mufti* debba operare su base volontaria, riconoscendo dunque ai cittadini greci di fede musulmana la libertà di scegliere se rivolgersi alle corti civili o al giudice islamico (sono di questa opinione, ad es., K. Tsitselikis, *The Jurisdiction of the Mufti as a religious judge. The case 405/2000 of the First Instance Court of Thiva*, in *Nomiko Vima*, 49, 2001, e P. Naskou-Perraki, *The Legal Framework of religious Freedom in Greece*, Athens, 2000). D'altro canto, alcuni autori assegnano alla giurisdizione del *mufti* un carattere esclusivo, ritenendo che il giudice ordinario possa intervenire soltanto nel caso in cui si faccia valere una violazione dei diritti umani (cfr., ad es., K. Beis, *First Instance Court of Thiva 405/2000*, in *Dike International*, 2001, 1097 ss.).

Quanto all'orientamento della giurisprudenza, le corti greche hanno tradizionalmente abbracciato l'idea del carattere obbligatorio ed esclusivo della giurisdizione del *mufti*, privando di fatto i cittadini greci appartenenti alla minoranza musulmana del diritto di rivolgersi al giudice ordinario; ciò che veniva esclusa, in particolare, era la possibilità di passare da una giurisdizione all'altra una volta che il caso si fosse incardinato. In ragione dei molteplici profili di illegittimità di tale orientamento, più di recente le corti civili hanno mutato posizione, considerando quella del *mufti* come «una giurisdizione volontaria e supplementare, che opera in parallelo a quella delle Corti ordinarie» (cfr. A. Rinella, M. F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2017, 108).

Se, già prima della novella legislativa del 2018, ogni cittadino musulmano in Grecia era quindi teoricamente in grado di scegliere liberamente tra il *mufti* e il tribunale civile, la Corte di Cassazione aveva tuttavia imposto una lettura restrittiva che aveva finito per “blindare” alcune materie nella sfera di applicazione del diritto islamico (cfr., ad es., Cass. 1097/2007, con la quale la Suprema Corte ha stabilito che, per i greci di fede musulmana, il trasferimento successorio di proprietà non gravata è disciplinato dalla legge islamica e non dal Codice civile).

La condizione della minoranza musulmana di Tracia è stata più volte oggetto di attenzione anche da parte di organismi internazionali a tutela dei diritti umani, quali il

Comitato ONU sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna, il Comitato per i diritti umani, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, l'Assemblea parlamentare si è espressa in termini fortemente critici rispetto al rischio di discriminazioni e di violazione dei diritti fondamentali a danno dei membri della minoranza musulmana, e in particolare delle donne, esplicitando la propria preoccupazione circa l'effettività del controllo operato dai giudici ordinari greci sulle decisioni dei *mufti* (cfr. la Risoluzione 1704 (2010), *Freedom of religion and other human rights of non-Muslim minorities in Turkey and of the Muslim minority in Thrace (eastern Greece)*). Anche di recente l'Assemblea è tornata sul tema, nell'ambito di una più ampia censura nei confronti di quegli Stati membri del Consiglio d'Europa (Albania, Azerbaïjan e Turchia) che risultano tra i firmatari della Dichiarazione del Cairo sui Diritti umani nell'Islam, un documento non giuridicamente vincolante, ma di indubbio rilievo politico, che riconosce la *sharia* quale unico referente normativo e pone non pochi problemi di compatibilità con il sistema Cedu (cfr. la Risoluzione 2253 (2019), *Sharia, the Cairo Declaration and the European Convention on Human Rights*). Nel riaffermare la prevalenza della Cedu nell'ambito di un eventuale dialogo con la *sharia* – la cui compatibilità con i fondamenti di una società democratica viene in principio esclusa sulla scorta della “dottrina *Refah Partisi*” – l'Assemblea parlamentare ha espresso una forte preoccupazione per il fatto che il diritto islamico risulti applicato, in via ufficiale o non ufficiale, anche in altri paesi del CoE (il riferimento, in particolare, è alla giurisdizione del *mufti* in Tracia, ai cd. *Sharia councils* del Regno Unito, nonché ai casi di Mayotte, Russia e Turchia). Rispetto alla Grecia, pur prendendosi atto favorevolmente della novella legislativa del 2018, l'organismo sovranazionale ha però chiesto allo Stato di monitorare l'applicazione della nuova legge così da consentire *effettivamente* ai membri della minoranza musulmana di rivolgersi ai *mufti* in qualità di autorità puramente spirituali.

4. – Al fine di inquadrare le circostanze del caso concreto alla luce delle molteplici questioni problematiche sollevate dal ruolo della *sharia* in Europa, la Corte di Strasburgo passa rapidamente in rassegna forme e condizioni dell'applicabilità di norme giuridiche islamiche all'interno degli ordinamenti dei paesi europei.

La via ordinaria e generalizzata che consente l'applicazione del diritto islamico in quanto legge di uno Stato estero è il diritto internazionale privato, nella misura in cui in molti paesi di immigrazione il criterio di collegamento prioritario al fine di determinare la disciplina di fatti e rapporti che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale è rappresentato dalla cittadinanza delle parti. L'applicazione del diritto straniero da parte del giudice, tuttavia, potrà avvenire esclusivamente nel rispetto dell'“ordine pubblico”, costituito da quei principi supremi dell'ordinamento tra i quali figurano l'uguaglianza tra i sessi, la dignità umana, la stessa libertà religiosa (sull'utilizzo dell'ordine pubblico nelle richieste di accomodamento della diversità culturale e religiosa cfr. D. Strazzari, *Pluralismo giuridico e diritti fondamentali: il riconoscimento di atti di ripudio islamico in alcuni ordinamenti europei*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 17, 2015, 1-23).

Al di là della Francia – che, fino al 2011, prevedeva l'applicazione limitata della *sharia* nei confronti di cittadini del territorio d'oltremare di Mayotte – il caso su cui si soffermano brevemente i giudici europei è quello dei cd. *Sharia councils* nel Regno Unito, che per la prima volta vengono citati in una sentenza della Corte Edu. Con l'espressione *Sharia*, o *Islamic, councils* si fa riferimento al fenomeno, per la verità sfuggente e multiforme, degli organismi di giustizia alternativa e mediazione operanti nell'ambito delle comunità islamiche dei paesi occidentali, ai quali i membri di tali comunità si rivolgono principalmente per questioni attinenti al matrimonio e al divorzio religioso. Negli ultimi anni l'esistenza di questi organismi è stata oggetto di un crescente

interesse da parte tanto della letteratura scientifica quanto di numerose organizzazioni internazionali, che ne hanno segnalato le ricadute preoccupanti rispetto alla tenuta di fondamentali principi e diritti individuali e, in particolare, del divieto di discriminazione delle donne; il potenziale discriminatorio attiene non soltanto alle regole giuridiche di impronta patriarcale concretamente applicate (ad es. quelle che sovrintendono il ripudio islamico), ma anche all'assenza o insufficienza delle garanzie di trasparenza, imparzialità, confidenzialità e correttezza nelle procedure poste in essere all'interno dei *councils* (sull'esperienza degli *Sharia councils*, anche e soprattutto in relazione all'impatto sulla condizione della donna musulmana, cfr. S. Bano (ed.), *Gender and Justice in Family Law Disputes. Women, Mediation and Religious Arbitration*, Waltham, 2017). Al fine di chiarire che tali organismi non sono ufficialmente riconosciuti né sono in grado di adottare decisioni giuridicamente vincolanti nell'ordinamento inglese, la Corte Edu cita il recente rapporto presentato dal Ministero dell'Interno britannico al Parlamento (cfr. *The independent review into the application of sharia law in England and Wales*, presentata al Parlamento dal *Secretary of State for the Home Department*, February 2018), ricordando che, a fronte di un conflitto tra un parere o una decisione di uno *Sharia council* e norme del diritto inglese (quali, ad esempio, le previsioni sulla parità di trattamento e il divieto di discriminazioni contenute nell'*Equality Act* del 2010), saranno in ogni caso queste ultime a prevalere. Di recente anche l'Assemblea parlamentare del CoE, come già ricordato, ha preso posizione sugli *Sharia councils* britannici, mostrandosi solo parzialmente rassicurata dai risultati del Report ministeriale e chiedendo al Regno Unito, tra l'altro, di rivedere la disciplina sul matrimonio prevedendo quale requisito necessario, anche per le coppie musulmane, la registrazione civile prima o contemporaneamente alla cerimonia islamica, nonché di garantire alle donne vulnerabili una tutela dallo sfruttamento e una corretta informazione sul loro diritto di avviare un procedimento dinanzi ai tribunali del Regno Unito.

914

Affrontando nel merito il caso *Molla Sali*, la Corte Edu decide di valorizzare il profilo della discriminazione nella tutela del diritto di proprietà, rispondendo quindi al quesito se il rifiuto, da parte della Corte di Cassazione, di applicare la disciplina codicistica delle successioni per ragioni legate all'appartenenza religiosa del testatore configuri una differenza di trattamento discriminatoria rispetto ai beneficiari di un testamento redatto da un non musulmano (e, quindi, sulla base delle norme del Codice civile).

La discriminazione, dal punto di vista della ricorrente, era legata innanzitutto al carattere obbligatorio dell'applicazione della *sharia* ai membri della minoranza musulmana residenti in Tracia – un'obbligatorietà sancita dall'orientamento della Suprema Corte e che di fatto comportava la negazione della libertà di scelta individuale. Nel difendere la posizione assunta dalla Corte di Cassazione, il Governo greco ha ribadito che il *corpus* normativo speciale delineato dalle fonti interne e internazionali ha lo scopo di proteggere la minoranza in questione, in attuazione, e non certo in violazione, del divieto di discriminazione e del principio di uguaglianza, specificando inoltre che in nessuna occasione la ricorrente è stata discriminata sulla base della sua religione, un dato mai venuto in rilievo nel corso della vicenda. Un punto che merita di essere segnalato è il riferimento, da parte del Governo greco, al già richiamato caso *Refah Partisi a. o. v. Turkey*, dec. del 13 febbraio 2003, nel quale la Corte Edu si era espressa negativamente rispetto alla compatibilità tra *sharia* e democrazia considerando che «*it is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts*» (par. 123). Mentre in quel caso – ha sostenuto il Governo greco – si trattava di fare una valutazione *in astratto* della possibilità di istituire una pluralità di ordinamenti giuridici su base confessionale (e in particolare fondati sulla *sharia*) e della

loro compatibilità con i diritti fondamentali, qui si tratta di considerare *in concreto* la questione del carattere multiculturale dell'Europa e dell'adozione di politiche di accomodamento nei confronti delle diverse comunità religiose.

La Corte, come già anticipato, analizza il caso di specie alla luce del combinato disposto tra l'art. 14 Cedu e l'art. 1 Prot. n. 1.

Il primo passaggio in vista dell'accertamento dell'avvenuta violazione dell'art. 14 prevede che la Corte verifichi l'esistenza di una situazione analoga, o molto simile, a quella della ricorrente, nonché l'eventuale differenza nel trattamento giuridico delle due situazioni.

In relazione al primo aspetto, i giudici ritengono che la ricorrente, in quanto coniuge risultata beneficiaria testamentaria del marito di fede musulmana, si trovi in una situazione analoga, o molto simile, a quella di una donna coniugata risultata beneficiaria testamentaria del marito non musulmano: a seguito della manifestazione di volontà del Sig. Molla Sali, infatti, la ricorrente si aspettava di ereditare la proprietà conformemente a quanto dichiarato dal marito nel suo testamento, alla pari di qualsiasi altra cittadina greca.

Per quanto attiene al trattamento giuridico, d'altra parte, la Corte valuta che la Cassazione, con la sua sentenza del 2013, abbia qualificato diversamente la vicenda della Sig. Molla Sali, realizzando una differenza di trattamento rispetto a quanto sarebbe stato disposto nei confronti della vedova di un testatore non musulmano. Il diverso trattamento, in particolare, è legato non alla religione della vedova, ma a quella del marito defunto, realizzando, dalla prospettiva della ricorrente, una discriminazione sulla base di "altra condizione" ai sensi dell'art. 14 Cedu. La possibilità di dichiarare la violazione del divieto di discriminazione "per associazione" – facendo cioè valere lo *status* di vittima in relazione a un trattamento differenziato disposto sulla base della condizione di un soggetto terzo, al quale la vittima è legata da uno stretto rapporto personale o parentale – è stata affermata solo di recente nella giurisprudenza della Corte Edu, trattandosi quindi di una figura giuridica dai contorni ancora instabili (cfr. *Guberina v. Croatia*, Dec. del 22 marzo 2016, nella quale la Corte ha chiarito per la prima volta che l'art. 14 protegge anche dalle discriminazioni per associazione).

Il secondo passaggio nell'argomentazione della Corte ha riguardo alla giustificazione dell'accertata differenza di trattamento e, in particolare, al profilo della proporzionalità dei mezzi utilizzati rispetto agli scopi perseguiti.

La Corte Edu si mostra consapevole delle serie conseguenze che l'applicazione della *sharia* in materia successoria – sulla base di un orientamento affermato dalla Cassazione fin dagli anni '60 e seguito da molte corti di merito – produce sui membri della comunità musulmana, che vengono di fatto privati della possibilità di disporre dei propri beni tramite testamento (salva la possibilità, limitata, della *wasiyya*).

Ciò che viene contestato dai giudici di Strasburgo, tuttavia, è proprio la ricostruzione della natura obbligatoria di tale applicazione a partire dalla fitta trama di norme, interne e internazionali, rilevanti: non c'è dubbio che, con la firma dei trattati di Sévres e Losanna, la Grecia si sia impegnata a rispettare i costumi della minoranza musulmana, ma dalla lettera delle disposizioni internazionali e legislative non può derivarsi un obbligo per la Grecia di applicare la *sharia*. Inoltre, lo stesso argomento legato alla protezione della minoranza musulmana, avanzato dal Governo greco a sostegno di tale obbligatorietà, è minato alla radice dall'incertezza giuridica prodotta dall'eterogeneità di orientamenti giurisprudenziali riguardo alla compatibilità della *sharia* con il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali.

A proposito di quest'ultimo, cruciale, aspetto, la Corte Edu non può non tener conto delle molteplici voci critiche che si sono levate, a livello internazionale, riferimento alle discriminazioni a danno di donne e minori. Dovendo, da un lato, tener conto della libertà religiosa e del diritto dei membri di una minoranza alla protezione della propria identità culturale e religiosa, la Corte, dall'altro lato, rileva come dalla

Cedu non discenda alcun obbligo per lo Stato di istituire uno *status* speciale che assegni ai membri del gruppo minoritario specifici privilegi. È pur vero, tuttavia, che una volta che tale *status* sia stato predisposto, lo Stato è tenuto a garantire che vi si possa accedere senza discriminazioni (cfr. *Izzettin Doğan and Others v. Turkey*, Dec. del 26 Aprile 2016, par. 164) e costrizioni. Le convinzioni religiose di una persona, infatti, non possono validamente implicare la rinuncia a certi diritti, se ciò risulta contrario a un “preminente interesse pubblico”; in altre parole, lo Stato non può farsi garante dell'identità minoritaria di uno specifico gruppo della popolazione a scapito del diritto dei membri di quel gruppo di autodeterminarsi, fino alla scelta di abbandonare la propria comunità o di non seguirne le pratiche e le regole, così come previsto dallo stesso diritto internazionale (cfr. art. 3(1) della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali). La legge 4511/2018 si è mossa esattamente in questa direzione, disponendo che il ricorso al *mufti* in materia di matrimonio, divorzio o successione sia ora possibile solo con l'accordo di tutti gli interessati; d'altra parte, le disposizioni della nuova legge non si applicano al caso di specie, che deve quindi essere valutato alla luce del quadro normativo precedentemente in vigore.

In conclusione, la Corte ritiene che la differenza di trattamento subita dalla ricorrente, in quanto beneficiaria di un testamento redatto in conformità al codice civile da un testatore di fede musulmana, non sia supportata da giustificazioni obiettive e ragionevoli, dichiarando l'avvenuta violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. la Convenzione.

5. – La sentenza che qui si commenta è indubbiamente di grande rilevanza, non soltanto in relazione alla specifica questione dello *status* speciale della minoranza musulmana in Grecia, ma altresì con riferimento alla riflessione sulla compatibilità di un sistema di pluralismo giuridico legato alla diversa appartenenza religiosa con i principi e diritti fondamentali elaborati nell'ambito del costituzionalismo occidentale.

Quanto al primo profilo, la decisione deve essere calata nella realtà sociale e giuridica greca, caratterizzata dalla sanzione costituzionale di una religione di Stato e nella quale l'identità nazionale, emergendo in opposizione all'Islam ottomano, è fortemente marcata dal cristianesimo ortodosso.

La Corte, come si è visto, pur riconoscendo che i Trattati di Sèvres e Losanna avessero lo scopo di garantire una protezione della minoranza musulmana, ha escluso che dagli stessi potesse derivarsi l'obbligatorietà dell'adozione della legge islamica, così come dell'istituzione di una giurisdizione religiosa. Tale posizione, sebbene appoggiata dalla dottrina maggioritaria e da una parte della giurisprudenza, è però ancora in grado di sollevare resistenze e critiche di quanti sostengono che un'interpretazione letterale dei trattati porti al misconoscimento tanto del contesto storico e giuridico quanto della natura stessa di tali accordi internazionali. I trattati di Atene, Sèvres e Losanna, da questa prospettiva, costituirebbero la base giuridica per l'adozione di un modello pluralistico che recupera l'idea del *millet* ottomano, introducendo diritti e libertà a favore dei membri della minoranza musulmana allo scopo di preservarne il carattere distintivo; vista la *ratio* di tale *corpus* normativo internazionale, sarebbe più appropriata, secondo alcuni, «*a teleological-inclusive rather than a confining interpretation*» (cfr. I. Tsavousoglou, *The Curious Case of Molla Sali v. Greece: Legal Pluralism Through the Lens of the ECtHR*, in *Strasbourg Observers*, Jan. 11, 2019, strasbourgobservers.com/2019/01/11/the-curious-case-of-molla-sali-v-greece-legal-pluralism-through-the-lens-of-the-ecthr/). La tematizzazione della protezione giuridica delle minoranze come questione da trattare nell'ambito delle relazioni tra la Grecia e i paesi limitrofi, del resto, appare ormai anacronistica, e la decisione della Corte Edu, sotto questo aspetto, consolida un diverso inquadramento del tema in una cornice giuridica internazionale multilaterale, marcata innanzitutto dalle convenzioni adottate

in seno al Consiglio d'Europa (si ricorda, a questo proposito, che la Grecia è tra gli otto stati che non hanno ratificato la Convenzione quadro sulla protezione delle minoranze) e orientata al riconoscimento del fondamentale diritto all'auto-determinazione dei membri delle minoranze.

Una contraddizione non di poco conto che la sentenza ha lasciato aperta è quella legata alla diversità di trattamento tra il “vecchio Islam”, rappresentato dai membri della minoranza musulmana storica della Tracia, e il “nuovo Islam”, costituito dai musulmani stabilmente residenti in Grecia ma privi della cittadinanza, o comunque non appartenenti alla “minoranza di Losanna” (sulla diversa condizione del “vecchio” e del “nuovo” Islam cfr. K. Tsitselikis, *Old and New Islam in Greece. From Historical Minorities to Immigrant Newcomers*, Leiden, 2011, e V. Evergeti, P. Hatziprokopiou, N. Prevelakis, *Greece*, in J. Cesari (ed.), *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford, 2014, 350-390). Nonostante la lunga esperienza di interazione dello Stato greco con le istituzioni dell'Islam in ragione della presenza della comunità musulmana di Tracia, infatti, sussistono ancora penetranti limitazioni e trattamenti discriminatori nell'esercizio della libertà religiosa dei migranti musulmani.

Per quanto riguarda il secondo dei profili sopra richiamati, si tratta di valutare la sentenza della Corte Edu alla luce del corposo dibattito che, ormai da decenni, vede giuristi, sociologi, antropologi, teorici della politica, impegnati nella riflessione sul trattamento giuridico delle differenze culturali e religiose e la protezione dei diritti delle minoranze in contesti multiculturali retti da costituzioni liberal-democratiche. Il nodo problematico intorno al quale lo stesso caso *Molla Sali* sembra ruotare, infatti, è quello della possibilità di elaborare una nuova concettualizzazione del soggetto di diritto, che tenga conto dell'irriducibile complessità delle sue identità particolari e molteplici appartenenze all'interno di una cornice costituzionale di diritti e libertà universali basate sui principi del pluralismo e dell'uguaglianza.

Nell'ambito di questo più ampio dibattito, una questione di particolare rilevanza è quella dei “soggetti deboli” all'interno di gruppi minoritari; si tratta di un tema cruciale, in grado di interrogare il fondamento e i limiti delle politiche di accomodamento multiculturale e, in particolare, la desiderabilità di assetti orientati al pluralismo giuridico su base confessionale, proprio a partire dalla condizione di vulnerabilità associata alla diversità etno-culturale e religiosa. Sono molti gli autori che hanno alimentato la riflessione teorica su questo aspetto (es. Okin, Kukathas, Barzilai, Kymlicka, Benhabib); uno dei contributi più avanzati nello sforzo di bilanciare le diverse istanze implicate nelle politiche di accomodamento multiculturale, con una grande attenzione alla posizione delle donne e dei minori in quanto soggetti deboli all'interno del gruppo minoritario, è quello della giurista e scienziata della politica canadese A. Shachar (cfr., in particolare, il suo *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001, nel quale l'Autrice propone un modello di “accomodamento trasformativo” basato sull'idea di una regolamentazione condivisa di alcuni ambiti, quali il diritto di famiglia, tra lo Stato e il gruppo minoritario). La questione della “*jurisdictional competition*” tra corti civili e religiose è stata affrontata anche da una prospettiva più propriamente empirica, nell'ottica di dimostrare che, a certe condizioni, tale interazione possa avere un effetto “progressista”, nei termini della promozione di processi di riforma delle norme e delle pratiche del gruppo religioso (cfr. D. Hacker, *Religious Tribunals in Democratic States: Lessons from the Israeli Rabbinical Courts*, in *Journal of Law and Religion*, 1, 2012, 59-81, sul caso israeliano). Le condizioni a cui ci si riferisce hanno a che fare, in primo luogo, con il riconoscimento della libertà degli individui di “*opt out*”, ovvero di “uscire” dal sistema normativo e giurisdizionale collegato al proprio gruppo religioso di appartenenza, scegliendo la giurisdizione ordinaria dello Stato; in secondo luogo, con la possibilità e la volontà delle corti di vertice e dei giudici ordinari di esercitare una pressione sulle giurisdizioni religiose, non considerando la legge religiosa come un *corpus* normativo separato e non integrato

nell'ordinamento giuridico statale; infine, con l'esistenza di organizzazioni impegnate nell'assistenza legale dei soggetti più vulnerabili all'interno del gruppo minoritario, così che il diritto delle parti di "navigare" tra diversi sistemi giurisdizionali sia reso effettivo per mezzo di servizi quali traduzioni e consulenze giuridiche (cfr. Y Sezgin, *Muslim Family Laws in Israel and Greece: Can Non-Muslim Courts Bring about Legal Change in Shari'a?*, in *Islamic Law and Society*, 24, 2017, 31-34).

A fronte della complessità delle analisi e delle proposte avanzate nel contesto di questo importante dibattito, è palese che la Corte di Strasburgo abbia affrontato la questione sottoposta al suo scrutinio – che, per quanto specifica, indubbiamente implicava valutazioni di ordine più generale sul ruolo della legge religiosa islamica negli ordinamenti giuridici degli Stati liberal-democratici europei – con un approccio cauto. Pur accertando il carattere discriminatorio della differenza di trattamento sulla base dell'applicazione obbligatoria ed esclusiva del diritto islamico nei confronti dei membri della minoranza musulmana, i giudici hanno evitato di pronunciarsi sull'accettabilità, in astratto, di un sistema che riconosca spazi di autonomia normativa e giurisdizionale a gruppi culturali e religiosi minoritari; siamo molto lontani, sotto questo aspetto, dalla posizione assunta dalla stessa Corte con *Refah*, così come dalla netta censura espressa dall'Assemblea parlamentare del CoE nel 2010 e ancora di recente nel 2019.

Una valutazione del "minimalismo" della Corte nel caso *Molla Sali*, d'altra parte, non risulta semplice, dovendosi tener conto di molteplici fattori, di carattere generale ma anche più specificamente legati al caso concreto, in grado di condizionare l'approccio dei giudici. Da un lato, infatti, è possibile osservare che – di fronte a conflitti che contrappongono le istanze legate all'appartenenza religiosa e i diritti umani, spesso alimentando dibattiti pubblici che precedono e accompagnano la decisione – i giudici tendono sempre più spesso ad adottare «*narrow and technical judgments that reflect more on the proper judicial role in the midst of social conflict than on the fundamental rights at stake*» (cfr. R. Uitz, *The Vices of Leaving this Undecided*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, Jan. 3, 2019, www.iconnectblog.com/2019/01/the-vices-of-leaving-this-undecided/). Dall'altro lato, le prese di posizione di carattere generale sull'incompatibilità *in sé* del diritto islamico rispetto ai diritti fondamentali delle minoranze si prestano a delle critiche di superficialità, nella misura in cui si tende spesso a semplificare e sottostimare il tema, alquanto complesso, della variabilità dei contenuti del "diritto islamico" in relazione al tempo e al luogo, alla sua permeabilità rispetto ai costumi e alle tradizioni locali dello specifico gruppo che si considera, al peso decisivo del rapporto tra fonti (e autorità giurisdizionali) islamiche e fonti (e autorità giurisdizionali) statali.

In assenza di una condanna in via generale della legge religiosa islamica quale fondamento di uno statuto giuridico speciale delle minoranze musulmane, l'opzione che la Corte sembra supportare nella sua decisione è quindi quella per un approccio casistico, attento alle peculiarità dei casi concreti; c'è chi si è chiesto, a questo proposito, se l'approccio della Corte non possa addirittura essere qualificato come "accomodazionista", nel senso del tentativo di tenere insieme i principi liberali e le istanze comunitariste (cfr. G Puppink, *Sharia law: what emerges from the Molla Sali v. Greece judgment*, in European Centre for Law and Justice, Jan. 2019, eclj.org/religious-autonomy/echr/charia--ce-que-rvle-la-dcision-de-la-cedh).

Nell'esplicitare i limiti incontrati dalla Grecia nella formulazione di uno *status* giuridico speciale per la minoranza musulmana della Tracia, in effetti, la Corte finisce per configurare le condizioni alle quali, nel sistema Cedu, gli Stati sarebbero autorizzati ad istituire un regime giuridico su base confessionale: da un lato, infatti, lo Stato può prevedere un «*particular legal framework in order to grant religious communities a special status entailing specific privileges*» (par. 155 della sentenza); dall'altro lato, i criteri per accedere a tale *status* ed attivare il trattamento giuridico differenziato non possono

essere applicati in modo discriminatorio e devono necessariamente fondarsi sul consenso delle parti interessate, che godono del fondamentale diritto all'auto-determinazione. La volontà di un individuo di rinunciare a determinati diritti in nome dei propri convincimenti religiosi trova infatti un limite nella necessità di tutelare "importanti interessi pubblici", un'espressione indubbiamente aperta e indeterminata che dovrebbe consentire, nella prospettiva della Corte, di modulare l'intervento restrittivo dello Stato in relazione alle circostanze specifiche dei casi concreti.

The existing link between sexual violence and torture: some considerations on the “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. Mexico” judgment

di Chiara Cardinali

Title: Il legame che intercorre tra violenza sessuale e tortura: alcune considerazioni in merito alla sentenza “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. Mexico”.

Keywords: Interamerican Court of Human Rights; Mexico; Rape as torture; Gender-oriented violence.

1. – The Interamerican Court of Human Rights (hereinafter, also the Court) issued a judgment in favour of eleven women, known as “Mujeres of Atenco” against the State of Mexico, dated 28 November 2018, which in the meantime is only available in Spanish. The individual facts that concern these eleven women, the victims in the case at stake, took place in the broader context of the police operations that occurred in the municipalities of Texcoco y San Salvadòr Atenco during the 3rd and the 4th of May 2006. It found the State of Mexico accountable for the violation of several human rights enshrined by the “American Convention on Human Rights” (now “ACHR” or the “Convention”), by the “Inter American Convention to prevent and punish torture” (IACPPT) and by the “Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women”, known as the “Belém do Pará Convention”.

The Court ruled unanimously that the State of Mexico violated the right to humane treatment and personal integrity (art. 5, § 1 and 5, § 2, ACHR), in relation to Article 1, § 1, ACHR, the right to privacy (art. 11, ACHR), the right to assembly (art. 15, ACHR), the right to personal liberty (art. 7, ACHR), the right to defence (art. 8, § 2, let. b), d), e), ACHR) and the right to a fair trial and judicial protection (art. 8, § 1 and 25, ACHR; articles 1, 6 and 8, IACPPT; art. 7, Bélem do Pará Convention)

2. – According to the municipal development plan 2003-2006, flower vendors should have relocated to another area of the small town of Atenco in order to recover the areas of common use and improve the urban image. Eight vendors did not move from their original base. The “Frente de Pueblos en la Defensa de la Tierra” started a demonstration supporting those eight vendors. The protest turned into a violent clash between 300 unarmed civilians and 4000 policemen. Both the policemen and the civilians got hurt. In their attempt to break up the protest, the police allegedly terrorized the population, using violence against, breaking into private houses,

deporting people to centres such as the “Centro de Readaptación Social Santiaguito” (now on “CEPRESO”).

The majority of the persons detained during the 3rd and the 4th May operations claimed to have been subject to abuses by the police, including physical harassment, threats of death, kicks, truncheon blows, deprivations of personal goods.

In such a context, the Supreme Court of Mexico, on the basis of the complaints and declarations presented by the women before both ministerial and judicial authorities, found, in its judgement dated 12 february 2009, that fifty women were detained during those days and that thirty-one of them reported to have been sexually abused by the police during the deportation or during the detention. The initial reaction by the Mexican authority consisted of denying that sexual abuses occurred.

This is the framework in which the facts concerning the “eleven women”, Yolanda Muñoz Diosdada, Ana María Velasco Rodríguez, Angélica Patricia Torres Linares, María Patricia Romero Hernández and María Cristina Sánchez Hernández, Norma Aidé Jiménez Osorio, Claudia Hernández Martínez, Mariana Selvas Gómez, Georgina Edith Rosales Gutiérrez, Suhelen Gabriela Cuevas Jaramillo and Bárbara Italia Méndez Moreno, are rooted.

Some of them were conducting researches for their thesis, some were going to the market to shop or to sell their products, some others were providing medical assistance and others were just walking down the street. When they encountered the police, they were beaten, insulted and deprived of their personal goods. All these women were deported by camion and during the travel they were touched, beaten, abused and offended. When the women arrived at the CEPRESO, the centre of detention, they were undressed, beaten and again sexually and psychologically abused. They were not informed of the charges against them, did not receive any medical assistance and they were denied their right to be assisted by a lawyer. Furthermore, the Public Prosecutor started preliminary investigations against them.

After the facts that took place on the 3rd and the 4th May 2006, several national bodies, such as the National Commission on Human Rights and the Supreme Court, started non-jurisdictional investigations in order to document the facts occurred, while the “Jurisdicción estadual del estado de Mexico” and the federal jurisdiction “FEVIM” (Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Relacionados con Actos de Violencia Contra las Mujeres en el País) initiated criminal investigations.

3. – In 2008, the “Centro del Los Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A.C.” (PRODH) and the “Centro per la Justicia y el Derecho International” (CEJIL) (now “the representatives”), on behalf of the eleven women, allegedly the victims, proposed an initial petition to the Inter-American Commission of Human Rights. After determining the case was admissible, the Commission concluded that several human rights violations were committed and issued recommendations to the State of Mexico. The State informed the Commission about that it had undertaken the necessary actions on the Commission’s recommendations. However, the Commission still found the State to be not-compliant. According to art. 45 of the “Rules of Procedure of the Inter-American Commission of Human Rights” and artt. 51 and 61 of the American Convention and art. 35 of the “Rules of the Court”, the Inter-American Commission submitted the case “*Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra los Estados Unidos Mexicanos*” to the Inter-American Court of Human Rights “*por la necesidad de obtención de justicia para las víctimas*”, since the State of Mexico disregarded the recommendations issued by the Commission. The State of Mexico proposed a preliminary exception, alleging that the Commission, in referring the case to the Court, had violated the State’s right to defence since the right to a fair process, the principle of legal certainty and the principle of complementarity were not respected. According to the State, the

Commission omitted to consider the reparation measures that the State would have eventually adopted (§ 18). The Court denied that this would constitute a preliminary question, recognizing that in order to decide it, it would have been necessary to analyse the merit of the case, meaning the *Fondo* (§ 25, 26, 27).

So, the preliminary exception was overruled by the Court that declared to admit the case.

4. – Since its landmark judgment in *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez Case*, 29-07-1988, [*Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*]), the Inter American Court of Human Rights, has recognized a principle of due diligence that requires States to prevent, investigate and prosecute human rights violations committed by both State and private actors. As stated in the “*Fondo*”, the case concerns the international responsibility of the State of Mexico for the conduct of its state agents during the operations of the 3rd and the 4th May 2006, such as the abuses, the detentions and sexual violence against the above-mentioned eleven women and the lack of investigations in relations to these facts. The Court then carried out the analysis of the allegations contained in the “*Fondo*”, acknowledging the fact that Mexico had already partially recognized its responsibility (§ 28).

5. – First of all, the Court addressed the issue concerning the use of the force by State security bodies and how it affected the right to assembly, concluding that such use was not legitimate nor necessary and ended to be excessive and unacceptable, determining a violation of articles 5 and 11 of the Convention. (*Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* [*Fondo, Reparaciones y Costas*] 24-10-2012, § 85) (§ 159-170). The Court, even if there wasn't any allegation by the Commission and by the representatives in this sense, found that art. 15 of the Convention was violated since the force had been used in the context of a peaceful manifestation/protest to which the women were taking part as an exercise of their right to assembly (§ 171).

6. – The core of the judgment is represented by the Court's analysis of the sexual violence and violations of which the eleven women were victims of (§ 181-190).

Art. 5, § 1, of the Convention illustrates in a very general manner that “Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected”, while art. 5, § 2, contains the more specific prohibition of torture and cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. As the Court points out, every violation of art. 5, § 2, of the ACHR necessary entails a violation of art. 5, § 1.

In this specific case, the obligations contained in art. 5, § 1, and 5, § 2, of the Convention are enhanced by both the IACPPT and the “Belém do Pará Convention”, which provide for State obligations to prevent, sanction and eradicate violence against women. In the light of the case *Campo Algodonero, (González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 -11- 2009, [Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas]*, § 197), the “Belém do Pará” obligations were interpreted in the sense that the State, in order to comply with the due diligence standard, has to adopt effective measures and has to rely on an adequate legal framework of protection and prevention policies. The State of Mexico, since the above-mentioned case is dated back to 2009, should have already adopted such measures that would have had impeded episodes like those that took place in Atenco. It is clear that Mexico failed in this sense.

Preliminarily, the Court distinguished among sexual violence and sexual violation: sexual violence is an act of sexual nature that is perpetrated without the consent of the victim, while the sexual violation is an act of penetration, without the victim's consent, by a part of the body or by an object; but at the same time the Court

has included the sexual violation to be under the umbrella of sexual violence (§ 181-182).

In the present case, Mexico recognized its responsibility in relation to the sexual violence suffered by the eleven women during the detentions, transfers and the other facts at the CEPRESO. The Court also acknowledged that these episodes were not isolated since during the police operations of 3rd and the 4th May 2006 there were widespread episodes of violence against women (§ 188).

After determining that the eleven women were victims of sexual violence, including for seven of them sexual violation, the Court took the task of establishing whether or not those facts also constitute torture (§ 191-199).

It is appropriate to assess that the Inter-American Human Rights jurisprudence is aligned with the international human rights legal framework. The Court, in fact, highlights that the prohibition of torture and inhumane and degrading treatment is absolute and firmly affirmed in many other international instruments regarding Human Rights, as the “ICCPR Convention”, the “Convention Against Torture”, the “Convention on the rights of the child”, and also in regional instruments, as the “Inter-American convention to prevent and punish torture”, the “African Charter of Human Rights”, The “Belém do Pará Convention”, the “European Convention of Human Rights”. Such a prohibition over the years has acquired the *status of jus cogens*, meaning that it cannot be derogated.

Rape has been identified as a crime against humanity, as a war crime (namely as a grave breach of Geneva Convention in *Prosecutor v. Delalic, (ICTY Prosecutor v. Zdravko Mucic aka "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalic* (Trial Judgement), 16-11-1998)) and even as an act of genocide by International courts and tribunals, such as the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Court.

924

Three cases constitute the landmarks in the international jurisprudence concerning the idea of rape as torture, by name *Prosecutor v. Akayesu, Prosecutor v. Kunarac and Aydin v. Turkey*. (Ryan M. Mellroy, *Prosecuting Rape and Other Forms of Sexual Violence as Acts of Torture Under § 2340*, Stanford Law School: Law and Policy Lab (January 2016)). According to the ICTR, in the case *Prosecutor v. Akayesu, (ICTR, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2-09-1998)*, “rape in fact constitutes torture when inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity”, highlighting the necessity of the subjective connotation of the perpetrator. Moreover, sexual violence is defined as “one of the worst ways [to] inflict harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm”; while the Trial Chamber of the ICTY in *Prosecutor v. Kunarac, (ICTY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), 22-02-2001)* convicted two defendants of torture since they were involved in acts of rape, observing that the “rapes resulted in severe mental and physical pain and suffering for the victims” constituted torture. The ICTR also established that “severe pain or suffering, as required by the definition of the crime of torture, can thus be said to be established once rape has been proved, since the act of rape necessarily implies such pain or suffering”. Lastly, the European Court of Human Rights found that rape could constitute a violation of Article 3 of the European Convention, which prohibits torture (*Aydin v. Turkey, Council of Europe: European Court of Human Rights, 25-09-1997*).

In the experience of the Inter-American Court, the similarity among torture and sexual violence has been clearly established: they both aimed at intimidating, degrading, humiliating, castigating and controlling the person that suffers. (*Caso Fernandez Ortega y Otros vs. Mexico, 30-08-2010, [Exception preliminar, fondo reparaciones y costas]*). The Court also clearly stated that rape may constitute torture as proscribed by article 5 of the American Convention on Human Rights and, subsequently, found

the State responsible for torture in the case *Mejía v. Perú* (Corte IDH, *Raquel Martín de Mejía v. Perú*, 1-03-1996, [*Fondo, reparaciones y costas*], § 128). Moreover, in *Miguel Castro, Prison v. Perú*, (Corte IDH, *Miguel Castro, Prison v. Perú*, 25-11-2006, [*fondo, reparaciones y costas*]) the Court held that forced nudity violated personal dignity and “finger vaginal inspections” constituted “sexual rape” particularly recalling the jurisprudence of the ICTR in *Akayesu* (ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement, 2-09-1998)*). (Ryan M. McIlroy, *Prosecuting Rape and Other Forms of Sexual Violence as Acts of Torture Under § 2340, Stanford Law School: Law and Policy Lab, January 2016*)

According to Art. 5, § 2 of the Convention, an act of torture has to be intentional, has to cause physical and mental suffering and has to be perpetrated for a certain purpose (§ 191). Moreover, the specific circumstances of the concrete case have to be taken into account.

In the case at stake, it is clear that the policemen acted wilfully in prejudice of the eleven women. In fact, the intentionality emerges from the sexual nature of such acts, their repetition, similarity and from the menaces and the offenses pronounced against them (§ 195).

For what the severity of the suffering is concerned, the Court had established that the violence perpetrated by State agents causes even more damages, consisting of physical and emotional humiliation (Corte IDH, *Miguel Castro, Prison v. Perú*, 25-11-2006, [*Fondo, reparaciones y costas*], § 311). In this context, the women were under the complete control of the State agents and defenceless. According to the IACHR jurisprudence the subjective connotation of the perpetrator exacerbates the gravity of the violence, while for ICTR, as mentioned before, the official role of the perpetrator was necessary for the existence of such a crime (§ 199).

It is important to underline that the absence of injuries and physical diseases does not exclude the suffering of the victim, which consists also in psychological damages and consequences.

Lastly, the violence was aimed at humiliating the women so that they would have not participated in the public life anymore and would have stayed home, the only appropriate place for them, according to the stereotypical vision of the policemen. In addition, they wanted to punish them since the women tried to question their authority (§ 201).

The Court is also concerned that in the present case the sexual violence was not only a means of torture but also a weapon of social control and repression (§ 202).

The international legal framework through the years has developed the idea of sexual violence as a war tactic, a pattern also identified by the Court in the present case. The UN Security Council (Resolution 1820, 19-06-2008, S/RES/1820) and the International Criminal Courts, such as the ICTY (*ICTY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), 22-02-2001*, § 583-585) and ICTR (ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement, 2-09-1998*, § 731), have established that in war context the violence is used as a meaningful means of humiliation for the adversary or as a means of repression and punishment. So, from such a perspective, the victim is only a symbol.

The Court determined that in the Atenco context the State agents used sexual violence to affirm their power: they used it in public so that everyone could see the consequences of disobeying their authority, as spectators of a macabre performance. Women’s bodies were exploited for a precise purpose: discourage the protestors, quell their voices and show the outcomes questioning authority (§ 204).

Lastly, the violence was also of a medical nature: the doctors who visited the women treated them in a very stereotypical and degrading manner and their refusal of registering the injuries and their lack of competence affected the investigations (§ 205-207).

7. – The Court then analysed the above-mentioned violence in the light of the general disposition of Art. 1, § 1 of the Convention, according to which “the States Parties undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all people subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition”.

It is clear that there is a strict bond among the obligation of respecting human rights and the principle of non-discrimination (§ 211).

Moreover, both the IACPPT and the “Belém do Pará Convention” have recognized the link between violence against women and discrimination, establishing the obligation upon the public power (legislative, judiciary and executive) to ensure respect for women. (*González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 -11- 2009, [Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas], § 394-395)

The violence perpetrated against the Atenco women was undoubtedly gender oriented: women were violated because they were women.

Men also were victims of the policemen during the operations of 3rd and the 4th May, but women were victims of different forms of violence, clearly of a sexual nature and focused on the female parts, emphasizing stereotypes concerning their sexual roles.

Art. 1 of the CEDAW has defined discrimination against women as “any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.” This idea is reinforced by the “Belém do Pará Convention” which indicates that violence against women is “a manifestation of the historically unequal power relations between women and men” and recognizes that the right of every woman to a life free of violence includes the right to be free from all forms of discrimination. CEDAW has stated that the definition of discrimination against women “includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman [i] because she is a woman or [ii] that affects women disproportionately.” CEDAW has also indicated that “gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women’s ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men.” (Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 -11- 2009, [Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas], § 394-395)

For what regards the gender stereotypes used, the Court referred not only to the words of the policemen during the detention and the transfer to the CEPRESO, but also to the words used in response by the government authorities when the violence was denounced. They questioned the credibility of the women and they denied what happened when no investigation had yet begun (§ 219).

Since the police acted unprofessionally and incompetently, using a sexist language, this attitude can be related and seen as a failure of the State to comply with the obligation of adopting positive and active measures to prevent and combat stereotypical and discriminatory behaviours against women.

It is not acceptable for the State to apply a passive attitude towards its agents’ abuses and violations nor is it sufficient to just apply sanctions afterwards (§ 221).

The State has to implement programs and policies to eradicate prejudices and to effectively provide women substantial equality. It also has to undertake the necessary investigation with seriousness and commitment when violence against women is reported.

As observed in *Campo Algodonero* case (§ 300), “the duty to investigate is an obligation of means and not of results, which must be assumed by the State as an inherent legal obligation and not as a mere formality preordained to be ineffective”.

The State's obligation to investigate must be complied with diligently in order to avoid impunity and the repetition of this type of acts. In this regard, the Tribunal recalls that impunity encourages the repetition of human rights violations. (Corte IDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* 16 -11- 2009 [*Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*], § 300)

In light of this obligation, as soon as State authorities are aware of the fact, they should initiate, *ex officio* and without delay, a serious, impartial and effective investigation using all available legal means, aimed at determining the truth and the pursuit, capture, prosecution and eventual punishment of all the perpetrators of the facts, especially when public officials are or may be involved (Corte IDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, 16 -11- 2009, [*Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*], § 302)

8. – The Court also found that the initial detention of the eleven women was arbitrary and not legitimate (§ 258 - 262).

No demonstration of "flagrante delicto" was alleged; the detentions were initiated without waiting for the conclusion of the investigation and proceedings; the collective detention failed to recognize the individual conduct of each woman.

Moreover, no information concerning the reasons for the detention or the allegations were provided, no right to consult with the lawyer was ensured and no contact with their family was permitted.

According to the Court, the detention was arbitrary and not legitimate in the light of the Convention: in fact, it was not compatible with the Convention, not appropriate in order to pursue its purpose, not necessary, not proportional and not motivated.

No revision occurred and the victims were detained for months or even for years.

Strictly connected to the perpetration of sexual violence as an act of torture, it is the question of the impunity of the perpetrators (§ 266).

Precisely, the Court took into account only the violations related to the investigations undertaken regarding the torture and sexual violence, since the representatives didn't ask the court to pronounce on the violations that may have taken place during the proceedings initiated against them (§ 266).

First of all, the Court analysed whether or not the state has complied with its obligation of due diligence in the accusation, reporting and investigating into sexual violence.

A necessary premise is that the State of Mexico has recognized its international responsibility since no investigation has been initiated *ex officio* and no internal disposition had been enhanced to comply with the obligations of the Convention at the time (as stated in art. 1, 6 and 8, ACHR) (§ 268).

The Court identified the initial deficiencies during the accusation and the collection of proofs: when the women were brought in front of the DA, some of them wanted to report the violence experienced, but the authorities did not allow them to tell the facts freely and they even refused to document the facts told by the victims; in addition their declarations were taken in front of a lot of people in an unsafe and unpleasant environment and the doctors did not apply the relevant measures of the Istanbul Protocol.

The Court did not accept the allegation that the State has filled the initial gaps (§ 272-285).

By contrast, the Court found that there was no impediment caused by the reservation of preliminary investigation and no sufficient allegations were made by the commission or by the representatives in order to establish that the women were not able to access files (§ 286).

In addition, the Court had to establish whether or not there were sufficient elements to initiate an investigation to determine if the authorities in charge omitted to impede or to investigate the acts of torture. Since the Court didn't have any information that such investigation has been initiated today, it concluded that the State failed to investigate all the perpetrators (§ 295-296).

Moreover, due to the fact that the case was not so complicated (§ 309) the reasonable time requirement in the procedure was violated.

As to the violations, the investigations have to also be considered from a gender perspective. It is evident that the investigation of the facts was characterized by a discriminatory, stereotyped, and revictimizing attitude that affected the women's right to access to justice (§ 310).

At first instance, the women were not believed and words of discrimination and discredit were used against them even by the high-ranking State authorities, including the then governor of the State of Mexico and former Mexican President, Enrique Peña Nieto. Even the Tribunal tried to minimize the violence they suffered alleging that it was due to the stress of the policemen or telling that the allegations of the women, not credible, were a tactic used by rebel groups (§ 313- 314).

The first instance tribunal also disregarded the case on the basis that there were no physical proofs, while in such cases, as the Court recalls, the victim's declarations are a fundamental proof (§ 315).

Instead, excessive importance was given to the previous social and sexual lives of the women.

The Court, indeed, had already raised awareness in regards of the credibility of victims of sexual violence, affirming that "the influence exerted by discriminatory socio-cultural patterns may cause a victim's credibility to be questioned in cases involving violence, lead to a tacit assumption that she is somehow to blame for what happened, whether because of her manner of dress, her occupation, her sexual conduct, relationship or kinship to the assailant and so on. The result is that prosecutors, police and judges fail to take action on complaints of violence. These biased discriminatory patterns can also exert a negative influence on the investigation of such cases and the subsequent weighing of the evidence, where stereotypes about how women should conduct themselves in interpersonal relations can become a factor." (Corte IDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, 16 -11- 2009, [Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas], § 415).

The influence of gender stereotypes in the Latin American region clearly emerges from the analysis of the case at stake in connection with another case *López Soto vs. Venezuela* decided by the Inter-American Court on 26 September 2018 (Corte IDH, *López Sotos y Otros vs. Venezuela*, 26-09-2018, [Fondo, reparaciones y costas]). Both cases deal with violence against women: in the Atenco context, the violence was perpetrated by State agents while in the López Soto case, by a non-State actor. Even if López Soto was kidnapped by a private citizen, the Inter-American Court found the State of Venezuela responsible since it failed to comply with the due diligence to prevent such crimes. These two cases can be lumped together since the Court had to overcome the gender biases that had characterised the investigations and the authorities' responses. In the López Soto case the police did not follow up her sister's claim holding that the girl was probably with her boyfriend and that the police should not interfere with "couple matters", while in the Atenco case the policemen used degrading and gendered words and high state Authorities minimized the suffering of the victims. In the light of these two recent cases, it is clear that the Court is willing to condemn violence against women regardless of the source of such violence. (Daniela Kravetz, *Holding States to Account for Gender-Based Violence: The Inter-American Court of Human Rights' decisions in López Soto vs Venezuela and Women Victims of Sexual Torture in Atenco vs Mexico*, Blog of the European Journal of International Law, 21-01-2019)

9. – The Court then established that the right to personal integrity of the next of kin was violated. Due to the deprivation of the women’s sexual integrity, their relatives (named in the sentence) suffered psychological and moral disorders (§ 324).

10. – Lastly, according to art. 63, par. 1 of the Convention, San José Court emphasized the importance of providing adequate remedies in these situations.” (§ 390). The violation of an international obligation entails the obligation of an adequate reparation. (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 21-7-1989, [*Reparaciones y costas*]). The Court has to decide on the damages taking into consideration the facts emerging during the proceeding, (Corte IDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, 27-11-2008, [*Fondo, reparaciones y costas*], § 110], the violations stated by the parts, the nature and the extent of the obligation to repair. (Corte IDH, *Acost y otros vs. Nicaragua*, 25-3-2017, [*Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*], § 210).

In relation to the obligation to investigate, the Court prescribed that the State has the duty to begin and continue a broader, detailed and systematic investigation that will be necessary to individuate and to sanction all the perpetrators of the violence and torture.

Moreover, the State has to provide the victims with the medical, psychological, psychiatric treatments requested. Then it has to publish the sentence within six months and to “make an act of recognition of its international responsibility”. Furthermore, in two years the State has to create a training program for officials of the Federal Police and of the State of Mexico and to establish a mechanism of control in order to assess and evaluate the effectivity of the policies and existing institutions in monitoring the use of force.

The State also has to award scholarships for a Mexican higher education institution to those women who want to pursue their studies. It has to enhance the “Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual”. Plus, it has pay to the victims for the damages and to deposit the amount established by the court to the “Fondo de asistencia legal de victimas de la Corte”. Finally, the State has to inform the Court of the measures adopted.

11. – Center PRODH and the CEJIL, the representatives of the eleven women, welcomed this judgment as “an historic sentence” and as the “victory of dignity and truth over a State that vilified them and denied them justice”. Even if the judgment lies on the personal experience of the eleven women, it will benefit all women as it is considered capable to create the conditions for non-repetition.

Indeed, at the same time this judgment represents a step backward and forward in the fight against violence against women.

Since Campo Algodonero judgment, the State of Mexico should have had adopted measures to implement education and training programs for public officials on human rights and gender and on a gender perspective to ensure due diligence in conducting preliminary inquiries and judicial proceedings concerning gender-based discrimination (*González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 -11- 2009, [*Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*], § 602, 22). However, ten years later, the Court found Mexico still deficient: its state agents, even high-ranking, are unprofessional and incompetent in dealing with cases of violence against women (as pointed out in § 7 of the present paper).

On the other hand, the judgment is an advance since the Court recognized Mexico to be directly responsible for the violations of substantive rights such as the right to personal liberty (art. 7, ACHR), and the right to humane treatment (art. 5, § 1 and 5, § 2, ACHR) perpetrated by state agents. In fact, in 2009, in Campo Algodonero case, the Court did not hold Mexico accountable since the violations were perpetrated

by non-state actors. It is clear that the nature of the perpetrators is a fundamental *discrimen* that affects the outcome of the judgment. In Campo Algodonero the fact that the acts of violence were committed by non-state agents prevent the Court to assess the international responsibility of Mexico, while in the case at stake, the fact that the perpetrators were state agents allowed the Court to declare Mexico directly accountable.

El derecho a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿progreso o exceso?

di Paula Andrea Roa Sánchez

Title: The right to health in the Inter-American Court of Human Rights: Progress or excess?

Keywords: Article 26; Right to health; Direct justiciability; Inter-American Court of Human Rights.

1. – Después del caso Poblete Vilches vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos volvió a fallar otro caso sobre la violación del derecho a la salud, como justiciabilidad directa de los DESCAs, extraído de la interpretación que la Corte ha realizado del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), esta vez en el caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala, en agosto de 2018.

2. – En este caso la Corte IDH condenó al Estado de Guatemala por la violación del derecho a la salud de 49 personas, y sus familias, portadoras de VIH por falta de atención médica en un hospital público. Ocho de las 49 ya habían fallecido para el momento de dictar la sentencia en el 2018.

3. – La Corte ya había fallado casos donde afirma que los Estados han violado DESCAs, pero lo había hecho condenando por conexidad a derechos civiles y políticos. Los casos donde la justiciabilidad del DESC es por conexidad con alguno de estos derechos sucedió en los casos Suarez Peralta Vs. Ecuador y González Lluy Vs. Ecuador, en los que se condenó al Estado por violación del derecho a la vida (artículo 4 de la CADH) y a la integridad personal (artículo 5 de la CADH) en relación con la obligación de garantía y respeto de los derechos humanos (artículo 1.1 de la CADH), por la falta de fiscalización y vigilancia en centros privados de salud.

4. – En estos casos, la protección al derecho a la salud era a través de los artículos 4 y 5 de la CADH en conexidad con el 1.1, donde el argumento principal se basaba en la negligencia del Estado en regular y controlar las instituciones privadas dentro del Estado. El diferencial de este caso, así como el de Poblete Vilches, es la presencia de una entidad del Estado como lo es un hospital público. Las víctimas de este caso ya habían presentado cartas y solicitudes al Presidente de la República y al Ministro de Salud, informando de la situación de las personas y la necesidad de un tratamiento adecuado para su estado de salud.

5. – A los ocho meses de haber interpuesto las respectivas solicitudes, las víctimas interpusieron un recurso ante la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, solicitando la protección de su derecho a la vida. Posteriormente, gracias a una reunión entre el Presidente de la República y las víctimas del caso, se destinó una partida presupuestal para financiar los gastos médicos de las personas “en tanto se tomaba una política seria y comprometida del Estado con respecto a la situación futura de los presentados” (§ 62). Entonces, Guatemala destinó una porción de sus finanzas al cubrimiento de los tratamientos, comprometiéndose al desarrollo de una política pública en la materia.

6. – Cuando el caso es fallado por la Corte IDH, declara la responsabilidad por violación al artículo 26 de la CADH, que trata sobre progresividad de derechos. Esta vez, al igual que en *Poblete Vilches*, por violación directa del derecho a la salud. Lo interesante de este caso es justamente el análisis en el fundamento jurídico del mismo, para definir la justiciabilidad directa del derecho a la salud, como parte de los DESCAs.

7. – El activismo de la Corte sobre los DESCAs, especialmente la salud, ha ocasionado que se elaboren análisis sobre la competencia de la Corte para hacer justiciables directamente los DESCAs como lo es la salud. De igual manera, así como sucedió con el caso *Poblete Vilches* se hace interesante analizar las fuentes y la interpretación de la Corte alrededor de la justiciabilidad directa del derecho a la salud.

8. – Ahora bien, para el análisis concreto del artículo 26 en esta sentencia, la Corte IDH inicia con las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: interpretación literal, sistemática, teleológica.

932

9. – Sobre la interpretación literal que la Corte realiza del artículo 26 de la CADH, afirma que el sentido corriente de esta disposición convencional es que los “Estados se comprometieron a hacer efectivos “derechos” consagrados en la Carta de la OEA (§78).

La Corte enlaza esta expresión de la CADH con el artículo 26 argumentando que “El texto de la norma debe ser interpretado de forma tal que sus términos adquieran sentido y un significado específico, lo que en el caso del artículo 26 implica entender que los Estados acordaron adoptar medidas con el objetivo de dar plena efectividad a los “derechos” reconocidos en la Carta de la OEA” (§ 78).

Esta afirmación configura una concepción amplia por parte de la Corte sobre la efectividad de los DESCAs. Ya que puede confundirse el compromiso de protección a los derechos civiles y políticos con la progresividad de los DESCAs. De lo contrario, carecería de sentido diferenciar la forma de proteger esta serie de derechos. A partir de lo que indica el mismo tratado, existe un compromiso por parte de los Estados en llevar a cabo la efectividad de los derechos. En este ejercicio literal se entiende que la Corte haya acogido esa expresión de la Carta de la OEA, pero es una redacción del deber ser, del ideal de los Estados en materia de protección a los derechos humanos.

10. – Justamente este alcance en la interpretación literal lleva a la Corte a las conclusiones a las que llega en la interpretación sistemática: “al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el artículo 26, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los artículos 62 y 63 de la Convención”. (§ 84)

En efecto, la Corte expone un hilo argumentativo relacionado con la protección de los derechos, así estén relacionados con la progresividad, bajo el argumento de no jerarquizar derechos civiles con los DESCAs.

La Corte haría podido analizar la vulneración del derecho a la vida y/o el derecho a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la CADH, respectivamente) para amparar los derechos de las personas del Estado, pero como está en un hilo argumentativo de DESCAs y derechos progresivos, decide no ir a la primera parte de la CADH sino a estos derechos, que dependen del desarrollo progresivo de cada Estado.

11. – En la interpretación sistemática, la Corte interpreta el artículo 26 en conjunto con las obligaciones generales de respeto, garantía, adecuación del derecho interno, de nuevo argumentando que no hay jerarquía y hay una interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los DESCAs. La Corte continúa su argumentación citando el protocolo de San Salvador en donde reitera la relación existente con los derechos civiles y políticos con los DESCAs. Entonces la Corte reitera este argumento cuando defiende la justiciabilidad directa de los DESCAs.

En el desarrollo jurisprudencial que realiza la misma Corte, deja de un lado esa distinción aparente entre los tipos de derechos, esto conlleva a unas consecuencias para los Estados parte en materia de garantías generales. La interpretación de interdependencia es discutible en cuanto a la forma de proteger los distintos derechos y que sean los DESCAs justiciables directamente.

Ya en los casos precedentes, los votos concurrentes de jueces como Ferrer McGregor y Roberto Caldas habían manifestado el interés porque la Corte protegiera los derechos, económicos, sociales y culturales de manera directa, que finalmente se materializan en Poblete Vilches y ahora en Cuscul Pivaral (Gisella Ferrari et. al, *Historia de la Corte Interamericana 1978-2018*, 2018, La Ley)

12. – En la interpretación teleológica que hace la Corte IDH del artículo 26 encuentra que el fin de la CADH es la protección de los derechos humanos, que además se fundamenta en el principio *pro personae* de la siguiente manera: “ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza” (§ 92)

13. – La interpretación del artículo 26 que explica la Corte IDH en forma detallada puede abrir una puerta a la entrada de protección de derechos progresivos vía justiciabilidad directa que implica que los Estados latinoamericanos parte de la CADH, cada uno en su contexto, tenga que cumplir unos mínimos que pueden resultar excesivos. Allí está el balance que los sistemas de protección a derechos humanos deben buscar, entre conseguir la protección a los derechos humanos en los Estados parte y condenar a los Estados por violación a derechos progresivos.

14. – Finalmente, la Corte IDH acude a los medios complementarios de interpretación: los trabajos preparatorios. Allí se buscó “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos]”

mediante la acción de los tribunales” (§ 96). Considerando las discusiones principales sobre la protección de los DESC entre los Estados.

15. – La Corte interpreta, en un sentido amplio, los instrumentos de *soft law* y *hard law* que se encuentran en la protección de los derechos humanos desde la OEA. Sobre la forma de interpretar la Carta de la OEA y los máximos que se buscan alcanzar. Un sistema regional de protección a los derechos humanos como el latinoamericano, que tienen Estados con realidades sociales complejas, situaciones de conflicto, violaciones sistemáticas a los derechos humanos, que se instituye como una solución para la aumentar la protección de los derechos humanos. En materia de DESC, es evidente que son derechos que se protegen, pero son progresivos y se busca cumplir un principio de no regresividad, que es una obligación compleja que implica que el Estado por ningún motivo, después de haber llegado a un nivel de protección específico, lo disminuya.

16. – Esta interpretación tiene dos sectores a los que impacta seriamente: los Estados partes y los ciudadanos/presuntas víctimas. Respecto de los primeros, se reitera que la carga que la Corte IDH se ha impuesto a los Estados parte de la CADH es alta, respecto de la justiciabilidad directa de los DESC, dado su carácter progresivo. Si bien, la presencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos impulsa la protección a derechos humanos y lo ha logrado progresivamente en la región, la Corte IDH no falla casos en Estados de Europa occidental, por lo que puede existir un punto de inflexión en el cual el umbral sea bajo o mínimo en Latinoamérica, dada la interpretación amplia del artículo.

934

17. – Ahora bien, el impacto en los ciudadanos y presuntas víctimas es de unos estándares altos en materia de justiciabilidad directa del derecho a la salud que implica la protección del derecho y el uso de la jurisprudencia como un arma argumentativa a favor, precisamente otorgada por la amplia interpretación de la Corte IDH.

18. – En materia de DESC la jurisprudencia de la Corte IDH se ha desarrollado y ha presentado avances en materia de protección a estos derechos progresivos. Ya existe una interpretación del artículo 26 a la luz de la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados, que es tajante y firme en asegurar una protección amplia equiparada con los derechos civiles y políticos, que impone una carga alta en los Estados para la protección del derecho a la salud. Son decisiones polémicas a las que también, aplica el control de convencionalidad por parte de los Estados latinoamericanos. Las consecuencias de esta interpretación, seguramente, se verán reflejadas en próximas decisiones de la Corte IDH y sentencias de cumplimiento.

Esistono cittadini “di seconda classe”? Spunti di riflessione in chiave comparata a margine del d.l. n. 113/2018

di Davide Bacis

Title: Is there a “second class” citizenship? Some thoughts on the d.l. n. 113/2018 from a comparative perspective

Keywords: Citizenship stripping; Immigration; Fundamental rights.

1. – Lo scorso ottobre, su iniziativa del Ministro dell'interno, il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto-legge n. 113 del 4 ottobre 2018, recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». Trasmesso al Parlamento, quello che è ormai noto come “decreto sicurezza” è stato convertito, non senza suscitare aspre critiche (per un primo commento in tal senso si rimanda a A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, in www.costituzionalismo.it/articoli/685/), in legge (l.n. 132 del 1 dicembre 2018), approvata a seguito del ricorso alla questione di fiducia da parte del Governo in entrambe le Aule.

Numerose, e invero eterogenee, sono le materie su cui il provvedimento interviene innovando la previgente disciplina. Ed è, infatti, proprio con riferimento alla carenza di omogeneità dei contenuti che sorgono i primi dubbi di legittimità costituzionale del provvedimento di cui si tratta. In più occasioni, la Corte costituzionale ha ribadito come l'omogeneità nei contenuti sia elemento indefettibile della decretazione d'urgenza. Dal momento che, ai sensi dell'art. 77 Cost., il Governo può legittimamente ricorrere allo strumento del decreto-legge solo in casi di straordinaria necessità e urgenza, l'inserimento di norme estranee all'oggetto o all'obiettivo dell'atto adottato spezza il legame logico tra le valutazioni circa l'emergenza che giustificano il decreto e il decreto stesso, eliminandone uno dei presupposti fondamentali. Mancanza che, come affermato dalla Consulta, non può essere sanata dalla legge di conversione, il cui oggetto non può essere un atto che nasce illegittimo (in questo senso Corte costituzionale, sentt. nn. 29 del 1995 e 22 del 2012; si veda in merito M. Ruotolo, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto “sicurezza e immigrazione”)*. Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all'esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica), Roma, 16 ottobre 2018, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018, p. 173 ss.).

Tacendo di altri profili formali di potenziale illegittimità costituzionale – *i.e.* la non pacifica motivazione circa necessità e urgenza – che, pur rilevanti, non costituiscono oggetto della presente trattazione, è opportuno individuare, per sommi capi, alcuni punti di potenziale illegittimità con riferimento, questa volta, ai contenuti del medesimo decreto (in merito si rimanda all'intervista rilasciata dal Prof. Cassese, in *Il Mattino*, 3 gennaio 2019, p. 2). Tra questi, non v'è dubbio che le disposizioni di maggior rilievo riguardino la gestione del fenomeno migratorio, intervenendo nello specifico sul tema della cittadinanza.

In primo luogo, suscita alcune perplessità l'intervenuta abrogazione della protezione concessa per motivi umanitari. Dalla sua introduzione ai sensi dell'art. 5, c. 6, d. lgs. n. 286/1998, il c.d. permesso di soggiorno per motivi umanitari è stato largamente utilizzato per estendere la protezione internazionale a tutti quei soggetti meritevoli di tutela, ancorché non identificabili come rifugiati ai sensi della definizione prevista dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951, né titolari di posizioni giuridiche inquadrabili nell'ambito della protezione sussidiaria (di cui al Capo IV del d. lgs. n. 251/2007). Questo strumento viene sostituito, ai sensi dell'art. 1 del "decreto sicurezza", da un elenco che contempla un limitato e tassativo numero di specifiche situazioni, volte a garantire una seppur minima forma di protezione alla presenza di circostanze per cui la Costituzione impone un onere di tutela. Le nuove fattispecie introdotte (la protezione per motivi sanitari, la protezione in caso di violenze domestiche o per condizioni di grave sfruttamento, la protezione per sottrarsi all'influenza della criminalità organizzata, la protezione per calamità e, infine, la protezione per atti di particolare valore civile), tuttavia, rappresentano una seria restrizione delle tutele apprestate dall'ordinamento italiano. Invero, sebbene la precedente locuzione "motivi umanitari" rappresentasse una finanche troppo vaga estrapolazione dei principi costituzionali sanciti dagli artt. 2, 10 e 117, c. 1, Cost. è pur vero che offriva un ventaglio di possibilità più ampio della limitata casistica introdotta dal decreto di cui si tratta (in tal senso M. Benvenuti, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1 (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018, p. 165 ss.). Il diritto d'asilo costituzionale, sancito dall'art. 10, c. 3, Cost. e mai pienamente ed efficacemente attuato dal Legislatore (v. ancora M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, p. 14 ss; più in generale A. Cassese, *Artt. 10-12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 485 ss. e F. Rescigno, *Il diritto d'asilo*, Roma, Carocci, 2011), ha dunque subito una forte compressione proprio a causa dell'eliminazione di quella clausola di chiusura del sistema rappresentata dal permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Altro elemento dei cui profili di criticità non si può tacere è l'estensione della detenzione amministrativa. Senza approfondirne gli elementi tecnici costitutivi, che esulano dallo scopo della presente trattazione, va però evidenziato come il "decreto sicurezza" estenda, *ratione temporis* e *ratione materiae*, il campo di applicazione dell'istituto. Non solo, infatti, sono state aumentati i casi per cui si ricorre ai centri di permanenza temporanei, ma, soprattutto, l'art. 2, c. 1, ha esteso la durata massima della permanenza da 90 a 180 giorni. L'istituto, per sua natura già in "odore" di illegittimità costituzionale, subisce quindi una modifica tale per cui il contrasto con quanto disposto dall'art. 13 Cost. si acuisce ulteriormente. Invero, quantunque la Corte costituzionale non sia mai intervenuta per sindacare la legittimità del trattenimento presso i centri di permanenza temporanei, va però rilevato che, in più occasioni, ne ha sottolineato l'incidenza sulla libertà personale del singolo, sottolineando come gli interessi di pubblica sicurezza che sottostanno alle esigenze di gestione del fenomeno migratorio

non possono in alcun modo scalfire il “nucleo duro” di diritti fondamentali, quali la libertà personale (A. Agostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione”*, cit.).

2. – Premessi i brevi rilievi svolti nel paragrafo che precede, circa gli eventuali profili di illegittimità costituzionale formale e sostanziale del “decreto sicurezza”, è bene, ora, concentrarsi sul tema oggetto di questo lavoro, ovvero sia la revoca della cittadinanza che, come anticipato, suscita diverse perplessità e non solo di natura costituzionale (per un primo commento si veda A. Vendaschi e C. Graziani, *Citizenship Revocation in Italy as a Counter-Terrorism Measure*, in *VerfBlog*, 29 gennaio 2019, disponibile in verfassungsblog.de/citizenship-revocation-in-italy-as-a-counter-terrorism-measure/).

Tra le novità di maggior rilievo del “decreto Salvini”, la revoca della cittadinanza per ragioni di pubblica sicurezza non rappresenta affatto un *unicum* nel panorama internazionale. Invero, a partire dall’acuirsi del fenomeno della radicalizzazione islamista e la conseguente emersione della figura dei c.d. *foreign fighters*, l’istituto è stato introdotto – o potenziato – negli ordinamenti di una pluralità di democrazie occidentali (l’esempio più significativo è quello del Regno Unito, ma si pensi anche all’Australia e, con qualche distinzione, al Canada per i quali si rimanda a S. Pillai e G. Williams, *The Utility of Citizenship Stripping Laws in the UK, Canada and Australia*, in 41 *Melbourne University Law Review*, 2017, p. 845 ss.) da cui l’attuale Governo sembra aver tratto ispirazione.

La relazione illustrativa che accompagna il disegno di legge di conversione, infatti, individua la necessità di introdurre la revoca di cittadinanza proprio per far fronte all’odioso fenomeno dei c.d. *foreign terrorist fighters* (sul punto C. Casiello, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, n. 2/2017, p. 341 ss.). L’individuo che abbraccia la causa dello Stato islamico e che, in nome del Califfato, commetta gravi reati a fini terroristici ed eversivi dell’ordine costituito deve poter essere allontanato dal territorio dello Stato. Di qui l’urgenza di privare questi soggetti della cittadinanza italiana, *status* che ne impedisce l’allontanamento coatto dal territorio nazionale. Tuttavia, l’art. 14, c. 2, lett. d) del “decreto sicurezza” – la disposizione che introduce la revoca della cittadinanza nell’ordinamento nazionale – individua un elenco di fattispecie ampio e variegato che, in alcuni casi, sembra essere privo di collegamento con le esigenze di contrasto al terrorismo di matrice jihadista. Nello specifico, la norma rimanda agli artt. 407, c. 2, lett. a) c.p.p., 270ter e 270quinquies.2 del c.p. Se le fattispecie previste da questi ultimi attengono effettivamente al fenomeno del terrorismo, l’elenco di cui all’art. 407 c.p.p., al contrario, comprende una serie di delitti che poco hanno a che vedere coi pericoli posti in essere dalla radicalizzazione e dall’effettiva concretizzazione dei propositi terroristici degli individui radicalizzati. In effetti, il rinvio all’art. 407 consente di ricorrere alla revoca della cittadinanza anche per reati sì gravi (si pensi all’estorsione, alla violenza sessuale o agli atti sessuali con minorenne), ma per i quali il collegamento con il terrorismo internazionale di matrice jihadista sembra quantomeno labile, se non addirittura assente. Il risultato è un’applicazione dell’istituto ben più ampia rispetto a quanto la *ratio* sottostante farebbe pensare. In questo senso, si nota l’influenza esercitata dal sistema britannico e australiano nel processo di redazione della norma. L’art. 66 dell’*Immigration Act 2014*, infatti, prevede che l’Esecutivo britannico possa ricorrere alla *citizenship deprivation* ogniqualvolta l’individuo costituisca un serio pregiudizio per i vitali interessi del Regno Unito. Parzialmente dissimile, e invero meno estesa, è la previsione dell’art. 35 dell’*Australian Citizenship Act*, ai sensi del quale una condanna per reati connessi al terrorismo (e altri reati non esplicitamente individuati dalla norma) costituisce titolo per l’immediata revoca della cittadinanza. Va dato atto che la disposizione nostrana sembra aver subito più l’influenza della lontana Australia che del Regno Unito. Benché esteso, infatti, l’elenco di reati da cui scaturirebbe la revoca è

senz'altro più garantista della vaga previsione del menzionato art. 66. Inoltre, similmente a l sistema australiano, il Ministro dell'interno può agire solo a seguito di sentenza di condanna passata in giudicato. Al contrario, la revoca di matrice britannica opera su iniziativa esclusiva dell'*Home Secretary* sulla base di considerazioni discrezionali e non suffragate da un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Una simile discrezionalità, tuttavia, non è estranea alla revoca "all'italiana". Se il Ministro dell'interno non può discrezionalmente scegliere i casi in cui adottarla, va altresì evidenziato che la lettera della norma sembra concedergli un certo margine di apprezzamento. La disposizione stabilisce che la revoca debba essere attuata entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, con D.P.R., su proposta del Ministro dell'interno. Il termine di tre anni, l'utilizzo del verbo proporre, nonché il fatto che la revoca non sia disposta automaticamente dal giudice al momento dell'applicazione della pena per il reato commesso, sono elementi che evidenziano un margine di discrezionalità del titolare del Dicastero degli interni laddove si ritenga di revocare la cittadinanza.

Un ulteriore aspetto tecnico merita di essere preso in considerazione: il termine di tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per la disposizione della revoca. Non è chiaro, infatti, quali ragioni abbiano spinto verso questa specifica soluzione. Ammettendo che l'istituto risponda a logiche di pubblica sicurezza e che, quindi, miri ad impedire che un soggetto socialmente pericoloso possa continuare a costituire una minaccia per la collettività, ci si chiede perché la revoca non venga automaticamente disposta dall'autorità giudiziaria al momento dell'applicazione della pena. Né, invero, si comprende come mai, vista la comprovata pericolosità del cittadino già condannato, il Ministro possa ritardarne l'espulsione – *rectius* la revoca – per addirittura un triennio. Delle due l'una: o, effettivamente, la revoca della cittadinanza muove da ragioni di tutela della pubblica sicurezza e, allora, l'istituto che assume natura sanzionatoria deve necessariamente ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 27 Cost. e, pertanto, rispondere alle esigenze di rieducazione e risocializzazione del condannato; o, al contrario, la misura qui in esame risponde a logiche diverse, potenzialmente di natura più simbolica (a tal proposito S. Mantu, "*Terrorist*" citizens and the human right to nationality, in 26 *Journal of Comparative European Studies*, 2018, p. 28 ss.). Se si accettasse la prima ipotesi, la disposizione in oggetto potrebbe integrare una violazione dei principi fissati dall'art. 27 Cost. (R. Calvano, *Art. 27*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, Il Mulino, 2018). Prevedendo, infatti, la rottura del legame con la comunità politica e il conseguente allontanamento del condannato dal territorio, si configurerebbe la concreta impossibilità di procedere alla sua rieducazione e, eventuale, risocializzazione, cui la pena dovrebbe tendere. Inoltre, elaborando sull'efficacia della norma, se si adotta un approccio utilitaristico, la tutela della sicurezza pubblica viene inficiata nella misura in cui la revoca interviene solo dopo la commissione di un fatto di reato; in secondo luogo, la revoca della cittadinanza non garantisce automaticamente la possibilità di espellere il soggetto. L'espulsione, infatti, deve necessariamente avvenire verso un Paese terzo e questo implica la conclusione di specifici accordi bilaterali. Inoltre, l'espulsione verso Paesi in cui l'individuo correrebbe il serio rischio di essere sottoposto a tortura e/o a trattamenti inumani e degradanti è preclusa in virtù dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (*ex multis*, si veda la decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Chahal v. UK*, App. n. 22414/93, 1996). Ne consegue, quindi, che anche una volta disposta la revoca della cittadinanza, l'espulsione dell'ormai ex cittadino non è garantita. Se si accetta, invece, la seconda ipotesi, si muove dal presupposto che aderendo alle logiche di matrice jihadista, l'individuo tiene una condotta che infrange il legame di fedeltà (sancito dall'art. 54 Cost.) con la comunità politica di cui fa parte. L'Esecutivo, dunque, sembra non poter che prendere atto del mutamento di lealtà e recedere il legame rappresentato dallo *status* di cittadino.

Tuttavia, anche qualora si accogliesse questa *ratio*, la misura reca un elemento discriminatorio intrinseco. L'art. 14, c. 2, lett. d) del decreto in esame prevede, infatti, che solo la cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli artt. 4, c. 2, 5 e 9 della legge n. 91/1992 (sono i casi dello straniero nato in Italia e che vi abbia risieduto fino al compimento della maggiore età, dell'acquisizione per matrimonio e, infine, i casi di acquisizione per c.d. naturalizzazione) venga revocata. La disposizione, quindi, crea, di fatto, due diverse tipologie di cittadinanza. Quella acquisita per nascita, irrevocabile, e quella dello straniero, acquisita per naturalizzazione, in potenza, revocabile. Non v'è dubbio che, così prevista, la norma violi il principio di eguaglianza formale di cui all'art. 3 Cost. dal momento che l'idea stessa di cittadinanza impone che i titolari di questo *status* siano considerati eguali tra loro (A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione"*, op. cit. e E. Grosso, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, Cedam, 1997). La norma crea quindi due categorie di cittadini, così come è avvenuto in ogni ordinamento che ha introdotto l'istituto. Proprio questa è la ragione che ha indotto il Legislatore canadese ad abrogare le disposizioni sulla revoca della cittadinanza motivata da ragioni di sicurezza nazionale. Nel giugno 2017, infatti, il Parlamento canadese ha accolto le argomentazioni di chi sosteneva che fosse inaccettabile che gli immigrati, benché cittadini, fossero comunque considerati *ex lege* cittadini di categoria inferiore e ha modificato l'art. 20 dello *Strengthening Canadian Citizenship Act*, prevedendo che chi avesse perso la cittadinanza nella vigenza del regime precedente non l'ha in realtà mai persa (S. Pillai e G. Williams, *The Utility of Citizenship Stripping Laws*, op. cit.).

La disposizione qui in commento non si limita, però, a distinguere i cittadini in due categorie. Invero, non limitando la revoca ai soli cittadini titolari di doppia cittadinanza, il provvedimento potrebbe comportare la creazione di situazioni di apolidia. Lo stesso rischio, peraltro, sussiste nell'ordinamento britannico in cui il Governo ha espressa facoltà di revocare la cittadinanza anche a chi è titolare di una sola. Il palese contrasto di questa disposizione con le norme di diritto internazionale è testimoniato dal fallimentare tentativo di inserire la revoca di cittadinanza nella costituzione francese. Il progetto di revisione costituzionale proposto dall'allora Presidente Hollande non ha superato il vaglio parlamentare proprio perché mancava l'accordo sull'introduzione di una revoca per i soli titolari di doppia cittadinanza o per tutti i cittadini, esclusi quelli per nascita (se si vuole, D. Bacis, *FRANCIA – État d'urgence e déchéance de nationalité: la lotta al terrorismo entra in Costituzione*, in questa rivista, vol. 26, n. 2, 2017, in www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/138).

3. – Il "decreto sicurezza", i cui contenuti essenziali in materia di immigrazione sono stati brevemente illustrati nei paragrafi che precedono, rifacendosi alle significative esperienze anglosassoni di cui si è detto (nonché alle più vicine esperienze di Austria, Belgio e Olanda), ha introdotto nell'ordinamento nazionale un istituto che costituisce una grave discriminazione. La creazione di due categorie di cittadini contrasta con l'essenza stessa dello stato di diritto costituzionale che si fonda proprio sul principio di eguaglianza dei suoi consociati. Sebbene sia vero che lo straniero non gode di un diritto fondamentale alla cittadinanza (Corte cost., ord. n. 490/1988), è parimenti vero che una volta acquisita la cittadinanza, questi acquisisca il medesimo *status* di cui gode il cittadino italiano per nascita. Va altresì tenuto in considerazione che la Corte costituzionale già si era espressa circa l'illegittimità di trattamenti diversificati e peggiorativi fondati esclusivamente sulla condizione giuridica dello straniero (in questo senso Corte cost., sent. n. 249/2010; si veda anche S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *federalismi.it*, n. 22/2018, disponibile in www.federalismi.it/

nv14/editoriale.cfm?eid=497&content). Vieppiù, se anche non si tenesse conto dei rilievi critici circa l'inefficacia del sistema e il mero valore simbolico della revoca, è opportuno chiedersi se l'iniziativa governativa non avesse dovuto trovare un freno già in sede di conversione parlamentare. In ogni caso, visto che il Parlamento sembra in questa fase aver abdicato alla sua funzione di controllo sull'attività normativa del Governo, non si può che sperare nell'auspicabile intervento della Corte costituzionale. L'ipotesi, però, che la Corte possa prontamente intervenire sembra tutt'altro che prossima, soprattutto perché il decreto non prevede uno specifico rimedio giurisdizionale avverso la decisione ministeriale di disporre la revoca, il che parrebbe strozzare la via del ricorso incidentale. Vero è che nulla sembrerebbe precludere il ricorso all'ordinario strumento di impugnazione dinanzi il giudice amministrativo e che, quindi, questi possa sollevare la questione di legittimità costituzionale. Tuttavia, qualche dubbio persiste circa le necessarie argomentazioni sulla rilevanza della questione, tanto che il giudizio sulla revoca della cittadinanza potrebbe rientrare in quelle c.d. zone franche che, come la legge elettorale, abbisognano di soluzioni "creative" per giungere dinanzi la Corte, in assenza di un ricorso diretto.

