

NOTE E COMMENTI

Laura Fabiano – L’eccezione “prioritaria” di costituzionalità francese deve cedere il passo alla pregiudizialità comunitaria: la pronuncia Melki-Abdeli della Corte di giustizia

CORSI E CONVEGNI

Renato Ibrido, Luca Marfoli, Francesco Saitto – IX corso di formazione superiore in Diritto costituzionale. “Oltre i partiti. Le nuove forme della rappresentanza” (Volterra, 13-17 settembre 2010)

CRONACHE DAL MONDO

CINA – Approvati alcuni emendamenti alla *Basic Law* di Hong Kong

BANGLADESH –La Corte suprema dichiara incostituzionali alcuni emendamenti alla Costituzione

SRI LANKA – Approvata la modifica costituzionale che rafforza i poteri del Capo di Stato e rimuove il limite del duplice mandato nell’esercizio della carica presidenziale

BOLIVIA – Con l’approvazione della legge elettorale e della legge sul Tribunale costituzionale, la Bolivia completa l’attuazione della Costituzione del 2009

ARGENTINA – Con l’approvazione della legge sul “matrimonio igualitario”, l’Argentina diviene il primo paese latino americano ad introdurre in via legislativa il *same-sex marriage*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO – Le *partnership* omosessuali integrano il concetto di “vita familiare” ai sensi della Convenzione



Cina. Approvati alcuni emendamenti alla *Basic Law* di Hong Kong

di *Elisa Bertolini*

Il 28 agosto 2010 il Comitato permanente del Congresso nazionale del popolo, nel corso della sua seduta bimestrale, ha approvato una serie di emendamenti alla *Basic Law* di Hong Kong e più precisamente all'*Annex I*, dedicato agli organi dell'esecutivo della Regione amministrativa speciale e alla loro modalità di selezione, e all'*Annex II* che riguarda la formazione del Consiglio legislativo.

La *Basic Law* è la Carta costituzionale della Regione amministrativa speciale di Hong Kong. Hong Kong dal 1997, assieme a Macao dal 1999, è una Regione amministrativa speciale, vale a dire una entità territoriale della RPC, dotata di ampia autonomia – dovuta alle particolari vicende storiche che l'hanno portata a intraprendere un percorso differente rispetto al resto della Cina – e disciplinata dall'art. 31 Cost. La *Basic Law* è stata approvata dal Settimo Congresso nazionale del popolo il 4 aprile 1990 ed è entrata in vigore il 1 luglio 1997 – andando a sostituire le *Letters Patent* e le *Royal Instructions* – nel momento in cui Hong Kong è stata restituita alla Repubblica popolare. La Carta è stata redatta sulla base della c.d. *Sino-British Joint Declaration on the Question of Hong Kong* tra la Gran Bretagna e la RPC del 19 dicembre 1984, sulla base della quale essa afferma il principio del «one country, two systems» (sistema che applica, peraltro, anche all'altra Regione amministrativa speciale, Macao) in base al quale «the socialist system and policies will not be practised in Hong Kong» (*Preamble*). Ne consegue che Hong Kong è autorizzata a continuare a mantenere un sistema di stampo capitalistico per cinquant'anni (da contarsi a partire

dal 1 luglio 1997), *ex art.* 5. Il particolare regime in cui viene a trovarsi Hong Kong si sostanzia anche nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, fortemente affermata nella Carta stessa (art. 4, art. 11, nonché l'intero *Chapter III* ad esse dedicato); sul punto, è da segnalarsi come la tutela della proprietà privata sia garantita all'art. 6 e quindi nel *Chapter I* dedicato ai *General Principles* (all'epoca della stesura della *Basic Law* l'ordinamento cinese era ancora ben lontano dalla Teoria delle tre rappresentanze così come dalla garanzia della proprietà privata). Rimane tuttora alquanto controversa in dottrina la posizione della *Basic Law* nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento cinese (che comunque notoriamente non si caratterizza certo per chiarezza), in quanto è dibattuto se essa debba essere considerata inferiore alla Costituzione della RPC – e quindi da considerarsi⁸ una legislazione locale – oppure se debba essere collocata a parte, derivando la propria forza non dalla Costituzione ma dalla *Sino-British Joint Declaration*.

Hong Kong, in virtù del suo carattere di Regione amministrativa speciale, gode di un elevato grado di autonomia (art. 12) ed è infatti dotata di un autonomo esecutivo, legislativo e giudiziario (art. 2 e poi, rispettivamente, art. 16, 17 e 19); pur tuttavia, sono sottratte alla sua competenza solo alcune materie quali politica estera, *ex art.* 13 (pur potendo Hong Kong comunque «conduct relevant external affairs on its own in accordance with this Law», *ex c.* 3) e difesa (art. 14) che sono invece determinate dal governo centrale di Pechino.

Per quanto concerne i membri del potere esecutivo e legislativo, questi devono obbligatoriamente essere residenti in Hong Kong (art. 3). Agli organi è dedicato il *Chapter IV*: il Capo dell'esecutivo, il Consiglio esecutivo e il Comitato legislativo. Il primo organo è eletto da un Comitato elettorale rappresentativo della popolazione (art. 45) ed è, come si può evincere dal nome stesso, il capo dell'esecutivo (art. 43) nonché colui cui spetta, tra gli altri, il potere di nomina del Consiglio (art. 55). Il Consiglio esecutivo ha quindi il compito di assistere il Capo dell'esecutivo (art. 54) ed è da lui presieduto. Per quanto concerne invece il Consiglio legislativo, esso è, ovviamente, l'organo legislativo della Regione (art. 66).

Gli art. 45 e 68 rimandano per le procedure di elezione/selezione del Capo dell'esecutivo e del Consiglio legislativo rispettivamente all'*Annex I* e all'*Annex II*.

Secondo l'*Annex I*, al p.to 1, «the Chief Executive shall be elected by a broadly representative Election Committee in accordance with this Law and appointed by the Central People's Government»; l'*Election Committee*, composta da 800 membri, rimane in carica per 5 anni (p.to 2).

Secondo l'*Annex II*, al p.to 1, il Consiglio legislativo è composto da 60 membri eletti per metà in circoscrizioni territoriali e per l'altra metà in circoscrizioni funzionali basate sul criterio corporativo.

La procedura di revisione della *Basic Law* è disciplinata all'art. 159. Il potere di iniziativa spetta al Comitato permanente del Congresso nazionale del popolo, al Consiglio di Stato e alla Regione amministrativa speciale di Hong Kong. Gli emendamenti proposti devono essere sottoposti al Congresso nazionale del popolo dalla delegazione di Hong Kong dopo essere stati votati dai 2/3 dei rappresentanti di Hong Kong presso il Congresso, dai 2/3 del Consiglio legislativo della Regione e dal Capo dell'esecutivo della Regione. Qualora il processo di revisione inizi ad Hong Kong, gli emendamenti possono essere proposti solo dal Comitato legislativo o dal Capo dell'esecutivo. Nel primo caso, essi sono votati dal Consiglio legislativo e poi dai rappresentanti della Regione presso il Congresso e solo a questo punto sono sottoposti all'approvazione del Capo dell'esecutivo. Nel secondo caso, invece, la proposta di modifica passa direttamente per l'approvazione al Consiglio legislativo e ai rappresentanti della Regione presso il Congresso. Qualora l'iniziativa promani invece dal Congresso o dal Consiglio di Stato, il progetto, prima di essere ufficialmente considerato, deve essere esaminato dal Comitato per la *Basic Law* della Regione amministrativa speciale di Hong Kong. Circa il contenuto degli emendamenti, il c. 4 fa loro divieto di essere in contrasto con le previsioni della *Basic Law*.

Gli emendamenti dello scorso agosto, che entreranno in vigore dal 2012, sono stati i primi apportati alla *Basic Law* dal 1 luglio 1997. Essi non sono comunque sostanziali, andando infatti a toccare solo due disposizioni delle *Annexes I e II*, concernendo infatti le modalità di selezione del Capo dell'esecutivo e dei membri Consiglio legislativo. Più precisamente, il numero dei membri dell'*Election Committee* del Capo dell'esecutivo è aumentato dal 800 a 1200, mentre quello del Consiglio legislativo da 60 a 70.



ISSN 2037-6677

2010/4

The French “priority” Constitutional exception shall give way to the European preliminary reference: the Melki-Abdely judgement of the ECJ

L’eccezione “prioritaria” di costituzionalità francese deve cedere il passo alla pregiudizialità comunitaria: la pronuncia Melki-Abdely della Corte di giustizia

Laura Fabiano

Primacy of EU law - preliminary reference - *Question Prioritaire de Constitutionnalité*

www.dpce.it



Corte di giustizia (grande sezione). Sentenza 22 giugno 2010, cause riunite Aziz Melki C-188/10 e Sélim Abdeli C-189/10.

Principi generali di diritto dell'Unione – Rinvio preliminare obbligatorio al *Conseil constitutionnel* per presunta illegittimità costituzionale di una disposizione di diritto interno con l'art. 88-1 della Costituzione francese – Impossibilità per il giudice comune di adire la Corte di Giustizia con rinvio pregiudiziale ex art-267 TFUE o di applicare immediatamente il diritto comunitario – Primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale – Libera circolazione delle persone – Assenza di controlli alle frontiere interne – l'art. 78-2, quarto comma del codice penale francese costituisce un controllo transfrontaliero dissimulato ed è pertanto in contrasto con l'art. 67 TFUE e con gli artt. 20 e 21 del regolamento (CE) n. 562/2006.

L'eccezione “prioritaria” di costituzionalità francese deve cedere il passo alla pregiudizialità comunitaria: la pronuncia Melki-Abdeli della Corte di giustizia

di *Laura Fabiano*

1 - Il 22 giugno 2010 la grande Camera della Corte di giustizia ha emesso una decisione attesa con vivo interesse dalla dottrina costituzionalistica europea in quanto nuova pronuncia di quella che è stata definita la “guerre des juges” franco-europea in una narrazione efficace e farsesca circolata, l'estate passata, sul web (ci si riferisce alla sintesi della vicenda ad opera di F. Fabbrini reperibile su www.diritticomparati.it).

La decisione in commento costituisce, in realtà, solo un elemento di un più ampio dialogo intercorso recentemente fra le alte corti di Francia ed il giudice comunitario ed avente ad oggetto il rapporto fra il meccanismo del controllo c.d. “prioritario” di costituzionalità delle leggi (introdotto in Francia dal primo marzo 2010 con l’entrata in vigore della legge organica n. 2009-1523 di attuazione del nuovo art. 61-1 della Costituzione previsto nella Carta della V Repubblica francese con revisione costituzionale del 2008) e quanto invece stabilito dall’articolo 267 TFUE (ex art. 234 TCE) in base al quale (e per consolidata giurisprudenza – a partire dalla causa C-106/77 del 9-3-1978, Simmenthal) i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare la norma interna statale in contrasto con il diritto comunitario senza che possa essere frapposta a questo obbligo alcuna procedura dilatoria o che, tantomeno, i detti giudici possano essere spogliati dal loro ruolo di “giudici comunitari” nell’applicazione del diritto dell’Unione.

È stato osservato (M. Gautier, *La question de Constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? A propos de l’arrêt de la Cour de Cassation du 16 Avril 2010*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, 449 ss.) che fra i motivi all’origine della revisione costituzionale del 2008 vi fosse, tra l’altro, l’intento di provvedere ad una sorta di “malessere” sofferto dalla Costituzione della V Repubblica e già “diagnosticato” in tempi passati da Denys de Béchillon (D. de Béchillon, *De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 1988, 225 ss.) dovuto alla convivenza nel medesimo sistema di un controllo di costituzionalità ristretto (a ragione del suo carattere prioritario e astratto) con un controllo di convenzionalità, al contrario, largamente diffuso fra i giudici ordinari e amministrativi (sulla revisione costituzionale del 2008 e sulle regioni che hanno condotto alla stessa, ovviamente ben più complesse di quelle accennate, si rimanda a lavoro appositamente dedicati fra cui l’imponente volume di P. Costanzo, *La “nuova” Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009; P. Passaglia, *La Costituzione dinamica... Quinta Repubblica e tradizione costituzionale francese*, Torino, Giappichelli, 2008, oltre che ai contributi di F. Bassanini, *Le prospettive dello Stato francese tra modernizzazione delle istituzioni e sviluppo economico*, e V. Barbé, *La loi constitutionnelle de «modernisation des institutions» et le Parlement*, entrambi in M. Calamò Specchia (cur), *la Costituzione francese/La Constitution Française. Atti del convegno biennale dell’Associazione Diritto pubblico comparato ed europeo*, Bari, 28 maggio 2008, Torino, Giappichelli, 2009, rispettivamente vol. I, 279 ss. e vol. II, 59 ss.). In questa ottica, la vicenda che si è sviluppata (e consumata) a giugno 2010, e della quale si rende

conto in questa nota, costituisce dunque l'effetto secondario ed indesiderato della cura somministrata allo stesso malessere.

2 - La vicenda trae origine da una questione attinente la normativa francese sui controlli di frontiera. In particolare era accaduto che due cittadini algerini, irregolari in Francia (i sig. ri Melki e Abdeli), erano stati fatti oggetto di un controllo di polizia nella zona compresa tra la frontiera terrestre della Francia con il Belgio, ed una linea tracciata a 20 Km dalla stessa. Ad esito del controllo era stato emesso un decreto prefettizio di riaccompagnamento alla frontiera ed una decisione di mantenimento in custodia dei due algerini. Costoro avevano dunque contestato entrambi i provvedimenti sostenendo che l'art. 78-2 quarto comma del Codice penale francese (sulla base del quale gli stessi provvedimenti erano stati emessi), contrastasse con le garanzie offerte dalla Costituzione francese ai diritti ed alle libertà (violazione per la quale l'art. 61-1 della Costituzione francese prevede il controllo di costituzionalità successivo all'entrata in vigore di una legge, nei modi disciplinati dalla legge organica, su questo aspetto si veda in particolare V. Kirsey, H. Portelli, *Droits fondamentaux: du bon usage de la guerre des juges par le justiciable*, in *La Semaine Juridique. Ed. Générale*, 2010, 799 ss.) ed in particolare rilevavano un contrasto con l'articolo 88-1 della Costituzione il quale, sancendo che «La Repubblica partecipa all'Unione europea, costituita da Stati che hanno scelto liberamente di esercitare in comune alcune delle loro competenze in virtù del Trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quali risultanti dal trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007», a parere dei ricorrenti, costituzionalizza gli impegni risultanti dal medesimo Trattato di Lisbona, compresi dunque, quelli attinenti alla libertà di circolazione delle persone.

La legge organica n. 2009-1523 di attuazione dell'articolo 61-1 della Costituzione francese disciplina un particolare meccanismo di disciplina del controllo di costituzionalità delle leggi di tipo concreto.

L'art. 23-1 della legge organica prevede infatti che nel corso di un giudizio le parti possono presentare una memoria distinta e motivata ove è prodotto il motivo della presunta lesione costituzionale. Al giudice francese è dunque preclusa l'iniziativa d'ufficio che invece è prevista per il giudice nell'esperienza italiana. L'art. 23-2 prevede che al *Juge du fond* francese spetti la verifica della sussistenza di tre condizioni essenziali che devono connotare la questione; la legge organica stabilisce infatti che la disposizione contestata debba essere applicabile alla controversia (e

dunque rilevante), che non sia già stata dichiarata conforme alla Costituzione in una precedente decisione del Consiglio costituzionale (salva l'ipotesi di mutamento delle circostanze), e presenti un carattere "serio" (l'art. 23-2 della legge organica utilizza espressamente la dicitura «*sauf changement des circonstances*» per introdurre la tematica della illegittimità sopravvenuta che, con l'introduzione del giudizio di costituzionalità successivo, diviene particolarmente importante; per la dottrina italiana sul tema si rimanda alle riflessioni di D. Girotto, *Incostituzionalità sopravvenuta*, in *Studium Iuris*, 2000, 990 ss.; T. Gallozzi, *Il rapporto tra pronuncia di incostituzionalità in via principale e l'ammissibilità del conflitto conseguente*, in *Giur. cost.*, 2005, 3827 ss., R. Pinardi, *Scelta del "tertium comparationis" ed individuazione del momento dell'insorgere del vizio di incostituzionalità in un giudizio sulla ragionevolezza della norma impugnata*, in *Giur. cost.*, 1995, 4302 ss.). Una volta verificata la sussistenza di questi tre connotati, il giudice deve "senza indugio" pronunciarsi sulla trasmissione della questione di legittimità costituzionale al *Conseil d'Etat* o alla *Cour de Cassation*. L'art. 23-2 della legge organica specifica a tale proposito che «in ogni caso il giudice, quando è investito di motivi che contestano la conformità di una disposizione legislativa, da un lato, con i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione e, dall'altro, con gli obblighi internazionali della Francia, deve pronunciarsi in via prioritaria sulla trasmissione della questione di legittimità costituzionale...».

Nel particolare sistema francese disegnato dal legislatore organico, dunque, i giudici di ultima istanza, ordinario e amministrativo, svolgono un ruolo di filtro nell'accesso al Consiglio costituzionale e spetta loro, entro tre mesi dalla ricezione della trasmissione, pronunciarsi sul rinvio al *Conseil Constitutionnel* con una decisione avverso la quale non è esperibile alcun ricorso (salva l'ipotesi di contestazione in sede di ricorso avverso la decisione che definisce la controversia. Sull'introduzione dell'eccezione "prioritaria" di legittimità costituzionale si rimanda più ampiamente a D. Rousseau (cur.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, Gazette du Palais, Paris, 2010; M. Calamo Specchia, *Il Conseil Constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité*, reperibile su www.astrid.eu).

3 - Nel caso in commento la *Cour de Cassation* (investita della trasmissione di una questione di costituzionalità dal giudice dinanzi al quale i due cittadini algerini avevano contestato i provvedimenti loro applicati in virtù dell'art. 78-2, quarto comma, del codice penale francese), prima di rinviare la questione al Consiglio costituzionale, pone alla Corte di giustizia due diverse questioni pregiudiziali. In primo luogo la Corte di Cassazione ritiene necessario verificare che sussista

effettivamente il contrasto fra il regime francese sul controllo delle identità nelle zone di frontiera e la disciplina Schengen sulla libertà di circolazione delle persone e conseguentemente l'assenza di controlli sulle stesse alle frontiere interne. In assenza difatti di tale incompatibilità verrebbe meno anche lo stesso contrasto della normativa francese con la Costituzione per violazione dell'art. 88-1. La seconda questione pregiudiziale, più interessante sotto il profilo costituzionale, riguarda invece gli "effetti" della "priorità" accordata al procedimento incidentale del controllo di legittimità costituzionale nel corso del procedimento ordinario (o amministrativo). Se, difatti, il *juge du fond* è obbligato a sospendere il proprio giudizio e ad avviare la procedura di rimessione per il giudizio di costituzionalità, ciò comporta che, in un caso come quello in discussione, ove la lesione costituzionale attiene al contrasto della disciplina della Costituzione che impegna la Francia ai Trattati comunitari, il giudice ordinario (o amministrativo) si trova altresì obbligato ad anteporre il detto procedimento prioritario al giudizio di convenzionalità della legge ed alla eventuale immediata disapplicazione della normativa interna in contrasto con la normativa comunitaria, facoltà dalla quale, in virtù del meccanismo disegnato dalla legislazione organica, il giudice è dunque definitivamente spogliato.

4 - Il 22 maggio 2010, ovvero, nelle more intercorrenti fra il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della *Cour de Cassation* (datato 16 aprile 2010) e la decisione stessa del giudice comunitario qui in commento (22 giugno) il Consiglio ha adottato una decisione in via preventiva nella quale non ha mancato di cogliere l'occasione per replicare alle osservazioni avanzate dalla suprema magistratura ordinaria (per un commento "a caldo" di autorevole dottrina francese sulla *déc.* 2010-605 DC si rimanda a P. Gaïa, *La Cour de cassation résist...mal*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, 458 ss.).

Con la detta decisione il Consiglio si è pronunciato sulla legittimità costituzionale della legge relativa alla concorrenza ed alla regolazione del gioco d'azzardo *on line*, su ricorso preventivo di più di 60 deputati, ed ha ribadito la propria pregressa giurisprudenza chiarendone la portata in relazione alle novità introdotte con la riforma costituzionale del 2008.

Il quadro costituzionale cui riferirsi per comprendere la posizione assunta dal Consiglio nella decisione 2010-605 attiene, prima ancora che alla normativa costituzionale relativa alla apertura della Francia all'esperienza comunitaria (cui si riferisce il Titolo XV della Costituzione denominato "dell'Unione Europea"

adottato sulla scorta della *déc.* n. 92-308 DC del 23-9-1992 nota come decisione *Masstricht I*), alla disciplina costituzionale in tema di apertura alla dimensione internazionale con particolare riferimento all'articolo 55 della Costituzione (ultimo articolo del Titolo VI denominato "dei trattati ed accordi internazionali) il quale, riprendendo le dizioni degli articoli 26 e 28 della Costituzione del 1946, sancisce che «I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi, con riserva, per ciascuno accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra Parte». Il quadro costituzionale francese con riguardo ai rapporti di tale Stato con il diritto internazionale si completa inoltre con quanto previsto nel Preambolo della Costituzione del 1946 (che per costante giurisprudenza costituzionale è da considerarsi parte integrante del c.d. *bloc de constitutionnalité* a partire dalla *décision* 71-44 DC del 16 luglio 1971; si rinvia a proposito a L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1999, 255; sull'allargamento del parametro costituzionale nell'esperienza francese si rimanda a P. Passaglia, *I confini mobili della normativa costituzionale: dalla Costituzione parziale al bloc de constitutionnalité*, in M. Calamo Specchia, *La Costituzione francese...* cit, vol. II, 411 ss.) che prevede al quattordicesimo comma che «la Repubblica francese, fedele alle sue tradizioni, si conforma alle regole di diritto pubblico internazionale» e nel successivo quindicesimo comma che «a condizione di reciprocità la Francia consente limitazioni della sovranità necessarie all'organizzazione e alla difesa della pace».

L'insieme delle disposizioni e dei principi sanciti tanto nel titolo VI della Costituzione del 1958 quanto nel Preambolo della Costituzione del 1946, disegnano un assetto costituzionale di tipo "monista" che tuttavia presenta caratteristiche assolutamente originali in virtù di quanto previsto nell'articolo 54 della Costituzione francese. Quest'ultimo stabilisce infatti che «qualora il Consiglio costituzionale...dichiari che un impegno internazionale contiene clausole contrarie alla Costituzione, l'autorizzazione a ratificare o ad approvare l'impegno internazionale in questione può intervenire solo dopo revisione costituzionale». La Costituzione francese, dunque, se da un lato consente al diritto internazionale, una volta ratificato, di prevalere sulle leggi ordinarie, dall'altro impedisce che ciò avvenga con riguardo alle norme di rango costituzionale in relazione alle quali è invece necessaria una verifica preventiva di conformità e, in caso di contrasto, una revisione costituzionale (sul carattere "monista" dell'ordinamento costituzionale francese si rimanda a N. Quoc Dinh, *La Constitution de 1958 et le droit international*, in *Rev. dr. pub. Sc. pol.*, 1959, 549 ss.; L. De Bernardin, *Gli obblighi internazionali come vincolo al legislatore: La lezione "francese"*, in questa *Rivista* 2004, 2039 ss., oltre al

contributo di A. Pitino, *Il monismo francese e i contro limiti all'integrazione dell'ordinamento interno con l'ordinamento comunitario*, in M. Calamo Specchia (cur.) *La Costituzione francese...*, cit., vol. II, 537 ss.).

Nel 1975 nella *décision* 75-54 (15-1-1975, IVG, *Interruption volontarie de la grossesse*), il Consiglio costituzionale ha dato inizio alla propria giurisprudenza in tema di parametricità dei trattati internazionali e dunque della loro appartenenza o meno al *bloc de consitutionnalité* (il caso nasceva da un ricorso di sessanta deputati che lamentavano la violazione dell'art. 2 della CEDU da parte della legge sull'aborto in corso di approvazione). Il Consiglio, tradendo le forti aspettative della dottrina che, sulla base di costruzioni diverse, ritenevano probabile una decisione a favore dell'allargamento del parametro costituzionale (su tali ricostruzioni si rimanda a L. De Bernardin, *Gli obblighi internazionali*, cit.), rilevò invece che sebbene disposizioni quali l'art. 55 e 61 della Costituzione «conferiscano ai trattati, a determinate condizioni, un'autorità superiore a quella delle leggi, non prescrivono né implicano che il rispetto di questo principio debba essere assicurato nell'ambito del controllo di conformità delle leggi alla Costituzione previsto dall'art. 61» (*cons.* 3); ciò in quanto «le decisioni prese nell'ambito dell'articolo 61 della Costituzione hanno carattere assoluto e definitivo...; al contrario, la superiorità dei trattati sulle leggi, il cui principio è sancito dall'art. 55 della Costituzione, presenta un carattere relativo e contingente, dovuto, da un lato, al fatto che è limitato all'ambito di applicazione del trattato e dall'altro, dal fatto che è subordinata ad una condizione di reciprocità il cui avveramento può variare a seconda del comportamento dello o degli Stati firmatari e del momento il cui rispetto di questa condizione va verificato» (*cons.* 4). Da tali considerazioni il Consiglio Costituzionale deduceva dunque che «il controllo del rispetto del principio enunciato dall'articolo 55 cost. non può essere esercitato nell'ambito del controllo previsto dall'art. 61 a causa della differenza di natura di tali due controlli» (*cons.* 6) e, dunque, che «non spetta al Consiglio costituzionale, qualora sia adito ai sensi dell'art. 61, verificare la conformità di una legge alla stipula di un trattato o di un accordo internazionale» (*cons.* 7).

Dinanzi una siffatta interpretazione dell'art. 55 la giurisdizione ordinaria e amministrativa francesi (dopo una iniziale battuta d'arresto di quest'ultima attraverso l'elaborazione della teoria della c.d. "legge schermo" per la quale al *Conseil d'Etat* non sembrava consentito valutare la prevalenza di un trattato su di una legge interna contraria posteriore) hanno accettato il proprio ruolo nel controllo ormai diffuso sulla *conventionnalité* (da *convention*) delle leggi statali allargando progressivamente la portata del controllo alla verifica del rispetto delle procedure di pubblicazione, della

regolarità delle procedure di ratifica e sul carattere della reciprocità (sulla giurisprudenza ordinaria e amministrativa successiva alla *dec.* IVG si veda O. Audeoud, D. Berlin, P. Manin, *The Application of Community Law in France: Review of French Court Decisions from 1974 to 1981*, in *C. Mkt. L. Rev.*, 1982, 289 ss; M. Di Cosola, *La Primauté in Francia tra giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria*, in questa *Rivista*, 2007, 615 ss.; con riguardo, in particolare, all'*Arrêt* Nicolo, *Conseil d'Etat*, 20-10-1989, decisione a partire dalla quale il Consiglio di Stato francese ha superato la riluttanza al riconoscimento della supremazia del diritto europeo sul diritto interno e si è allineata tanto alla giurisprudenza della Cassazione quanto ai prevalenti indirizzi degli altri Paesi comunitari, si rimanda alla già citata L. De Bernardin, *Gli obblighi internazionali*, cit., ed a P. Manin, *The Nicolo Case of the Conseil d'Etat: French Constitutional Law and the Supreme Administrative Court Acceptance of the Primacy of Community Law over Subsequent National Law*, in *C. Mkt. L. Rev.*, 1991, 499 ss.).

Tenendo a mente dunque la giurisprudenza risalente alla decisione IGV, il Consiglio costituzionale nella *déc.* 2010-605 ribadisce la propria estraneità all'attività di controllo delle normative interne rispetto agli impegni internazionali così come anche rispetto agli impegni europei e afferma con certezza la possibilità per i giudici ordinari e amministrativi di applicare il diritto comunitario direttamente quando in contrasto con la normativa interna (oltre che la loro possibilità di adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale). Tale estraneità non è posta in discussione neppure da quanto affermato dallo stesso *Conseil* nel 2004 allorché nella *déc.* 2004-496, con un orientamento inedito alla propria giurisprudenza, ebbe a considerare che, a seguito dell'adozione dell'art. 88-1, l'obbligo di trasposizione nel diritto interno delle (sole) direttive comunitarie fosse da interpretarsi come un obbligo oramai costituzionalizzato; nel settimo *considérant* della decisione 496 il *Conseil* affermava infatti che «la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne porrai être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution» e da tale affermazione deduceva che (salvo il solo caso di una espressa disposizione costituzionale in contrasto con l'esigenza della trasposizione nel diritto interno della direttiva stessa), il *Conseil* non potesse essere considerato il giudice competente a valutare la legittimità costituzionale di una legge di trasposizione di una direttiva comunitaria, giacché tale controllo si sarebbe tradotto in un giudizio sulla conformità della direttiva alla Costituzione. e che, al limite, spettasse al giudice comunitario, adito all'occorrenza in via pregiudiziale, valutare il rispetto da parte delle direttive europee

sia delle competenze definite nei trattati, sia dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 6 del trattato sull'Unione europea (sulla *déc.* 2004-496 si rimanda ai commenti di E. Chiti, *Il diritto europeo e la Costituzione francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 442 ss, e di A. Tarzia, *Il "nuovo" ruolo del Conseil Constitutionnel nella dialettica diritto comunitario-normativa francese*, in questa *Rivista*, 2004, 1569 ss.; si vedano inoltre, per la dottrina francese, T.S. Renoux, *Contrôle de constitutionnalité e contrôle de conventionalité*, e P. Gaïa, *La Constitution de la V République et la construction européenne*, entrambi in M. Calamo Specchia, *La Costituzione francese...*, cit., vol. I rispettivamente, 267 ss. e 437 ss.; per la dottrina italiana in generale sul tema del dialogo nell'esperienza francese fra corti interne e comunitarie si rimanda a M. Calamo Specchia, *Il Conseil constitutionnel e le Corti europee: dall'indifferenza al dialogo?*, in G.F. Ferrari (cur.) *Corti nazionali e Corti europee*, Esi, Napoli, 2006, 327 ss. Sulla delicata tematica dei controlimiti e sulle particolarità che l'esperienza francese presenta in tema, si rimanda a M. Calamo Specchia, *Il Conseil Constitutionnel da "Gardien" della Souveraineté a "consierge" europeo?*, in questa *Rivista*, 2005, 678 ss.).

5 - Dinanzi ad una decisione del giudice costituzionale che sancisce la piena possibilità per il giudice ordinario e amministrativo di esercitare tanto l'applicazione diretta del diritto comunitario, tanto il ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia, quest'ultima si è pronunciata con estrema prudenza.

La Corte di Lussemburgo ha difatti ribadito l'importanza del meccanismo del rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 TFUE che negli anni ha acquisito una importanza crescente nell'attività quotidiana dei giudici nazionali e, nel tempo, ha favorito lo sviluppo di un progressivo dialogo fra Corti (sul tema si rimanda senz'altro al volume di G.F. Ferrari (cur.) *Corti nazionali e Corti europee*, cit.) di cui è testimonianza, da ultimo, l'ordinanza emessa dalla stessa Corte Costituzionale italiana n. 103 del 2008 – con la quale il nostro giudice delle leggi ha effettuato il proprio primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (sull'ordinanza della Corte costituzionale italiana si rimanda, fra gli altri a E. Cannizzaro, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Riv. Dir. internaz.*, 2008, 789 ss; M. Cartabia, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 1312 ss.; S. Bartole, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 898 ss.; C. Panzera, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1 ss.) –.

La Corte di Lussemburgo ha dunque affermato che il diritto UE si oppone ad una legislazione nazionale la quale, con l'introduzione di una procedura incidentale di controllo di costituzionalità delle leggi di tipo "prioritario", abbia l'effetto di impedire ai giudici nazionali di assicurare l'immediata efficacia del diritto comunitario e di limitare la possibilità di adire la Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale. La Corte di Lussemburgo ha inoltre considerato come, in effetti, l'art. 78-2, quarto comma, del codice penale francese, si ponga in contrasto con la disciplina europea Schengen sulla libertà di circolazione delle persone (e conseguentemente con l'impegno alla eliminazione dei controlli sulle stesse alle frontiere interne), con ciò dando effettivo corpo al problema sollevato dalla *Cour de Cassation* attinente alla contestualità di un dubbio di costituzionalità e di convenzionalità.

Ciononostante il giudice comunitario ha affermato che spetta al giudice del rinvio verificare se la normativa nazionale di cui si discute, e dunque la legge organica, possa essere interpretata in modo conforme a quanto richiesto dal diritto comunitario (così come in effetti già fatto dal *Conseil Constitutionnel*).

6 - È interessante sapere, a chiusura della vicenda, che il 29 giugno 2010 la *Cassation* con l'*arrêt* n. 12132 ha stabilito di non trasmettere la questione al Consiglio costituzionale (per sopravvenuta irrilevanza della questione). Traendo le necessarie conclusioni che discendono dalla combinata lettura della decisione 2010-605 e della presente sentenza della Corte di giustizia, la *Cour de Cassation* ha infatti rinviato gli atti al giudice di merito, sancendo che laddove una disposizione legislativa sia sospettata di essere in simultaneo contrasto con la Costituzione e con il diritto comunitario, i giudici comuni sono tenuti ad adottare le misure necessarie ad assicurare l'applicazione di quest'ultimo.

Si afferma con ciò una interpretazione della legge organica che prevede la disapplicazione di parti di essa qualora in contrasto con il principio della diretta applicabilità.

È stato osservato che il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sia stato il mezzo utilizzato dalla *Cassation* per ribadire il proprio punto di vista in contrasto con il legislatore organico (dato che durante la discussione del progetto di legge organica la problematica così risolta era stata posta tanto dal Governo – che aveva appositamente previsto una clausola di salvaguardia del diritto comunitario, che però il legislatore francese aveva deciso di eliminare –, tanto dallo stesso Presidente della

Cour de Cassation in corso di una audizione) spostando dunque il dissidio dal piano politico al piano giudiziario e dimostrando, tra l'altro, di aver ben elaborato il superamento della concezione della "intangibilità" della legge di cui la revisione costituzionale del 2008 e la legge organica del 2009 costituivano già la cartina tornasole (su tale questione si rimanda alle osservazioni di S. Sileoni, *La sovranità della legge alla prova del diritto post-moderno: due esperienze francesi a confronto*, in M. Calamo Specchia, *La Costituzione francese...*, cit., 567 ss.).

In realtà la difficoltà sottolineata dalla *Cassation* nel rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia era una circostanza più che attesa dalla dottrina francese (sul punto si rimanda F. Donnat, *La Cour de justice et la QPC: Chronique d'un arrêt prévisible et imprévu*, in *Recueil Dalloz*, 2010, 1640 ss. ed a H. Labayle, *Question prioritarie de constitutionnalité et question préjudicielle: ordonner le dialogue des juge?*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, 659 ss.).

Si è trattato dunque solo di un nodo che prima o poi sarebbe comunque giunto al pettine.



Bangladesh. La Corte suprema dichiara incostituzionali alcuni emendamenti alla Costituzione

di *Cristina Fasone*

Il 28 luglio la Corte suprema ha dichiarato incostituzionale il V emendamento alla Costituzione, invero assai risalente, giacché fu approvato nel 1979 dopo uno dei numerosi colpi di stato militari che hanno interessato il paese. Infatti, la storia costituzionale del Bangladesh negli ultimi quaranta anni è stata assai tormentata: a partire dal 1975 si sono susseguiti una serie di colpi di Stato militari, con conseguente proclamazione dello stato di emergenza e sospensione della Costituzione. Quelli che sono stati definiti – come il V emendamento – emendamenti alla Costituzione non erano altro che decreti del Capo dello Stato (insediatisi mediante *golpe*) che si sostituivano alla Costituzione sospesa, senza che questa fosse modificata secondo la procedura di revisione costituzionale. Attualmente, invece, la situazione si è normalizzata. La Costituzione è stata ripristinata ed è stata avviata anche la procedura per la redazione di un nuovo testo costituzionale: a luglio 2010 una commissione parlamentare è stata incaricata di formulare delle prime proposte.

La decisione della Corte suprema origina da un'azione popolare diretta ad ottenere una declaratoria di incostituzionalità con riferimento al V emendamento del 1979 giacché – si sosteneva – l'atto era stato adottato da un'autorità illegittima e, pertanto, doveva essere considerato come privo di efficacia.

Il V emendamento è stato ritenuto dalla Corte in contrasto con la Costituzione, in particolare con il preambolo e con i principi di laicità e di democrazia rappresentativa (art. 8 Cost.), in quanto, da una parte, consente ai partiti aventi una chiara matrice religiosa (principalmente islamica) di partecipare alla competizione politica e, dall'altra, legittima il governo dei militari. Contro di essi, peraltro, la Corte suprema ha invitato il Parlamento ad adottare le opportune misure.



Sri Lanka. Approvata la modifica costituzionale che rafforza i poteri del Capo di Stato e rimuove il limite del duplice mandato nell'esercizio della carica presidenziale

di *Gianluca Gentili*

L'8 settembre 2010, il Parlamento unicamerale della Repubblica Democratica Socialista dello Sri Lanka ha approvato, con una maggioranza di centosessantuno a diciassette, una modifica costituzionale volta a rafforzare i poteri del Capo di Stato all'interno del quadro costituzionale vigente e a rimuovere il limite di due mandati per l'esercizio della carica presidenziale previsto dall'art. 31, c. 2, della Costituzione. La modifica, introdotta in [Costituzione](#) come [XVIII emendamento](#), consentirà all'attuale Presidente Mahinda Rajapaksa di ricandidarsi alla carica nel 2016, dopo la scadenza del proprio secondo mandato sessennale appena iniziato nel novembre 2010, sulla base dei risultati delle elezioni presidenziali tenutesi nel gennaio dello stesso anno. Oltre a rimuovere il limite del doppio mandato, la riforma ha altresì affidato in modo esclusivo al Capo di Stato la nomina dei componenti di alcuni organi costituzionali di rilievo nel quadro del sistema di garanzie previsto dall'attuale Costituzione singalese, entrata in vigore il 7 settembre 1978.

Il nuovo XVIII emendamento di fatto cancella, infatti, le modifiche costituzionali in senso garantista introdotte nel 2001 con il precedente XVII emendamento, il quale affidava ad un Consiglio costituzionale di nuova istituzione la nomina dei componenti di numerosi organi di garanzia ed il potere di esprimere pareri vincolanti in merito alla loro rimozione. Per espressa disposizione del XVII

emendamento, i membri non di diritto del Consiglio costituzionale dovevano essere scelti tra individui «autorevoli e dotati di integrità, distintisi nella vita pubblica del paese e non legati ad alcun partito politico», almeno tre dei quali in rappresentanza degli interessi delle minoranze etniche e linguistiche esistenti sul territorio (prima tra tutte quella Tamil), nominati per tre anni dal Presidente su indicazione del Primo Ministro e del *Leader* dell'opposizione parlamentare, questi ultimi membri di diritto dell'organo, assieme al Presidente dell'unica Camera parlamentare.

Il XVIII emendamento appena entrato in vigore ratifica una situazione di fatto creatasi a partire dal 2005, quando, alla scadenza del primo mandato dei componenti del Consiglio costituzionale, il Presidente non aveva proceduto alle nuove nomine, provvedendo invece alla nomina diretta dei componenti delle commissioni e degli organi nei confronti dei quali il Consiglio esercitava le proprie competenze.

Al posto del Consiglio costituzionale, adesso abolito, il XVIII emendamento ha istituito un Consiglio parlamentare, che svolge mere funzioni consultive non vincolanti nei confronti del Presidente. Il Capo di Stato è così adesso espressamente investito in modo esclusivo di quel potere di nomina dei componenti di organi giurisdizionali di primaria rilevanza costituzionale e di commissioni parlamentari, di cui aveva già fatto uso in modo informale nel lustro appena trascorso. Tra i primi si può citare il Presidente ed i giudici della Corte suprema e della Corte di appello, il Procuratore generale e l'Ombudsman. Con riferimento invece alle commissioni parlamentari, il Capo di Stato adesso nomina i componenti della Commissione elettorale, della Commissione per i diritti umani, della Commissione di polizia nazionale e della Commissione finanze.

Il voto finale sull'emendamento in Parlamento, che, sulla base del disposto dell'art. 82, c. 5 della Costituzione, ha richiesto una maggioranza qualificata di due terzi dei membri dell'unica Camera (centocinquanta sui duecentoventicinque totali), ha rappresentato solo l'ultimo capitolo di un lungo *iter* caratterizzato dal coinvolgimento costituzionalmente necessario di altri organi istituzionali, così da porre in essere un emendamento istituzionalmente condiviso e sgombrare il campo da dubbi sulla legittimità costituzionale di esso.

L'*iter* era iniziato il 30 agosto 2010, quando il disegno di legge di modifica della Costituzione aveva ricevuto il voto favorevole del Gabinetto, organo esecutivo presieduto dallo stesso Capo di Stato – che è anche Capo del Governo –, e costituito dal Primo ministro – e Vice-capo del Governo – e dai ministri nominati dal Presidente e da questo revocabili *ad nutum*.

Il disegno di legge di modifica costituzionale era stato qualificato come urgente dallo stesso Gabinetto e sottoposto al vaglio preventivo di costituzionalità della Corte suprema, reso obbligatorio dal dettato dell'articolo 122, c. 1, lett. b) della Costituzione singalese. La disposizione in oggetto prevede infatti che ogni disegno di legge – di modifica costituzionale o meno – qualificato dal Gabinetto come urgente nell'interesse nazionale, debba essere inviato dal Capo di Stato al Presidente della Corte suprema, così che questa possa esprimersi sulla compatibilità del disegno con il dettato della Costituzione (o dei principi fondamentali di questa, qualora si tratti di un emendamento costituzionale).

In questo caso, la Corte era stata altresì investita del compito di determinare se la modifica in oggetto rientrasse nell'ambito di applicazione dell'art. 83 della Costituzione: in questa disposizione si prevede che, al fine di perfezionare il procedimento di revisione costituzionale, in aggiunta alla necessaria maggioranza qualificata di due terzi, la modifica debba anche essere approvata tramite consultazione referendaria ogni qualvolta essa investa gli articoli 1-3 e 6-11 della Costituzione («il Popolo, lo Stato e la sovranità», «Buddhismo», «Diritti fondamentali»), oppure tenti di estendere la durata del singolo mandato oltre il sessennio previsto dall'art. 30, c. 2. A far data dal ricevimento della lettera ufficiale e del disegno di legge, la Corte dispone di un massimo di tre giorni di tempo per pronunciarsi sulla questione.

La certificazione emessa il 7 settembre 2010 dal supremo organo costituzionale dello Sri Lanka è degna d'interesse. In essa, oltre ad affermare la non incompatibilità a Costituzione del progetto di revisione, la Corte suprema ha altresì determinato la non necessità della consultazione referendaria per la validità dell'emendamento. La Corte ha infatti ritenuto dovesse essere rigettata la tesi per cui la modifica proposta, con riferimento sia alla rimozione del limite del doppio mandato che all'aumento dei poteri presidenziali, avrebbe inciso in modo sostanziale sull'esercizio della sovranità popolare e sul bilanciamento dei poteri come delineati negli articoli 3 e 4 della Costituzione (due degli articoli che, come visto, richiedono l'espressa approvazione popolare per la modifica). Per giurisprudenza costante della Corte in altri procedimenti di certificazione (certificazioni n. 5/1980, 1/1982, 2/1983, 1/1984, 7/1987 e 12/2002), gli articoli 3 e 4 della Costituzione dello Sri Lanka risultano strettamente connessi e devono essere letti in combinato nel giudizio di costituzionalità. In particolare, l'art. 3 pone in essere una generale affermazione di sovranità popolare: «Nella Repubblica dello Sri Lanka, la sovranità spetta al popolo ed è inalienabile. La sovranità deve essere intesa come implicante i poteri di

governo, i diritti fondamentali ed il diritto di voto». L'art. 4 cala questa affermazione nell'esercizio concreto dei poteri dei tre diversi rami di governo – legislativo, esecutivo, giudiziario (cui si fa riferimento, rispettivamente, al primo, secondo e terzo comma della disposizione) –, nel necessario rispetto dei diritti fondamentali e, infine, nelle forme in cui la sovranità popolare si esercita con riferimento al diritto di voto per le consultazioni elettorali presidenziali, parlamentari e referendarie.

In relazione alla presunta lesione del principio di sovranità popolare – così come questa si manifesta nelle elezioni presidenziali di cui all'art. 4, lett. e) – derivante dall'abolizione del limite del doppio mandato, la Corte ha affermato che questa non è riscontrabile in quanto l'emendamento avrebbe consentito ai cittadini – anche dopo la scadenza del secondo mandato – di poter scegliere il nuovo Capo di Stato tra una rosa di candidati più ampia, che avrebbe incluso, oltre a tutti gli altri candidati, anche il Presidente uscente, da essi già eletto due volte.

Con riferimento all'abolizione del Consiglio costituzionale e all'aumento dei poteri di nomina del Presidente, in special modo nei confronti del potere giudiziario di cui all'art. 4, lett. c), la Corte ha rigettato ogni prospettazione di attenuazione della garanzia di indipendenza, in quanto l'abolizione del Consiglio costituzionale avrebbe ristabilito una situazione *quo ante* rispetto all'attuazione del XVII emendamento, lasciando comunque intatte tutte le garanzie già presenti nella Costituzione del 1978, il cui testo originale prevedeva già la nomina da parte del Presidente dei giudici delle giurisdizione più elevate.

Non avendo riscontrato alcun effetto sulle disposizioni degli art. 3 e 4 della Costituzione, né un tentativo di estendere la durata sessennale del singolo mandato presidenziale, la Corte ha quindi stabilito che la modifica costituzionale richiedesse per il proprio perfezionamento la maggioranza qualificata in Parlamento, ma non una consultazione referendaria.

Come accennato, l'8 settembre 2010 il disegno di legge di modifica della Costituzione riceveva infine il voto favorevole della maggioranza qualificata richiesta.

Sin dalla sua entrata in vigore, la Costituzione dello Sri Lanka – la seconda Costituzione repubblicana adottata da questo Stato, dopo quella del 22 maggio 1972 – è stata sottoposta a numerose ed estese modifiche costituzionali. I poteri e le caratteristiche del mandato presidenziale sono stati oggetto privilegiato delle attenzioni dei riformatori, volte, per quanto possibile, a favorire l'accentramento dei poteri nelle mani del Capo di Stato ed un'estensione generale del periodo di

permanenza in carica. La prima Costituzione repubblicana del 1972 – che sostituiva la c.d. “*Soulbury Constitution*” del 1946 – prevedeva originariamente una durata del mandato presidenziale di quattro anni. L’attuale Costituzione del 1978 stabilì invece una durata del mandato pari a sei anni, equiparandola a quella dell’unica Camera legislativa. Nel 1982, il III emendamento modificò gli articoli 31, 38 e 160 della Costituzione al fine di consentire al Presidente della Repubblica di candidarsi per un secondo mandato già dopo quattro anni di permanenza in carica, riducendo inoltre da un mese a due settimane l’arco di tempo all’interno del quale sarebbe dovuta avvenire la transizione da un’amministrazione all’altra al termine di un mandato.

Mentre nel caso del XVIII emendamento la Corte suprema ha escluso di trovarsi di fronte ad una modifica che incida sul bilanciamento complessivo dei poteri e sulla forma di stato, voci dissenzienti si sono levate sia a livello interno che internazionale. Le critiche interne si sono concentrate sul fatto che l’emendamento appena approvato rimuova uno dei più importanti limiti imposti dalla Costituzione all’esercizio della carica presidenziale, iniziando una deriva verso un governo dittatoriale di stampo dinastico. In particolare, i critici della riforma hanno sostenuto che il limite del doppio mandato contenuto in Costituzione avrebbe costituito un elemento essenziale della forma di governo presidenziale singalese, ed un freno necessario ai poteri del Capo dello Stato alla luce della già ampia durata temporale del singolo mandato (quest’ultima però, come visto, espressamente tutelata dall’art. 83 che richiede un procedimento di revisione costituzionale ancora più aggravato per la sua modifica). Sul versante internazionale, in una dichiarazione posta in essere l’11 settembre 2010, il *Bureau of Public Affairs* statunitense ha [manifestato](#) preoccupazione nei confronti dell’attuazione del XVIII emendamento, in quanto esso «weakens checks and balances and thus undermines the principles of constitutional democracy».

La riforma, tuttavia, ha incontrato il favore di gran parte della cittadinanza. L’attuale Presidente Rajapaksa gode infatti di notevole popolarità, soprattutto alla luce dei consistenti sforzi da questo posti in essere per debellare il c.d. Esercito di liberazione delle Tigri Tamil, sforzi che hanno contribuito significativamente alla sua rielezione nel gennaio 2010.



Bolivia. Con l'approvazione della legge elettorale e della legge sul Tribunale costituzionale, la Bolivia completa l'attuazione della Costituzione del 2009

di *Renato Ibrido*

Ai sensi della II disposizione transitoria della [Costituzione del 2009](#), l'Assemblea legislativa plurinazionale – l'organo parlamentare bicamerale che in determinati casi si riunisce in seduta comune dei propri membri – era tenuto ad approvare entro il termine di centottanta giorni (quindi entro il 23 luglio 2010) dal proprio insediamento un blocco di cinque grandi leggi con le quali dare attuazione ad alcuni punti nevralgici del nuovo documento costituzionale.

Dopo tre provvedimenti, relativi alle norme di attuazione dell'organo elettorale plurinazionale, del potere giudiziario ed alla *ley Marco de Autonomías y Descentralización* (su queste le leggi v. DPCE online [2010-3](#)), il 30 giugno scorso il Presidente Evo Morales ha promulgato la [legge n. 26 sul regime elettorale](#), la quale fissa la normativa relativa alla elezione dei principali organi statali (Presidente, Parlamento, giudici, ecc.) e periferici. La formula per l'elezione dei due rami del Parlamento è in ogni caso determinata direttamente dalla Costituzione: la Camera dei deputati è eletta per metà con voto uninominale e per l'altra metà con sistema proporzionale su base dipartimentale. Interamente proporzionale è invece il sistema di elezione della *Cámara de Senadores*.

La legge sul regime elettorale disciplina poi i principali strumenti di democrazia diretta e partecipativa (referendum, consulte, iniziativa legislativa popolare, *etc.*). Ai

sensi dell'art. 14 della legge, non potranno comunque sottoporsi a referendum le norme o affari vertenti sulle seguenti materie: a) unità e integrità dello Stato plurinazionale; b) imposte; c) sicurezza interna e esterna; d) leggi organiche e leggi quadro; e) diritti umani; f) sede degli organi e delle istituzioni incaricate di funzioni di controllo, difesa della società e dello Stato; g) “basi” fondamentali dello Stato; h) competenze esclusive, concorrenti e condivise stabilite dalla Costituzione per il livello centrale dello Stato e le entità territoriali autonome.

Un quinto provvedimento è poi costituito dalla legge sul Tribunale costituzionale ([Ley 027](#)), approvata dall'Assemblea legislativa plurinazionale il 2 luglio scorso e costituita da 163 articoli, 9 disposizioni transitorie ed una disposizione finale abrogativa. Relativamente a tale organo, l'aspetto più inedito è certamente rappresentato dalla modalità di elezione dei giudici costituzionali, i quali il prossimo 5 dicembre saranno scelti direttamente dal corpo elettorale, previa preselezione da parte del Parlamento dei candidati a tale carica.

Relativamente alla composizione dell'organo, la *Ley 027* prevede la presenza di sette magistrati titolari e sette magistrati supplenti. Almeno due magistrati dovranno provenire dal sistema giudiziario indigeno-originario-campesino. Quest'ultima disposizione costituisce un corollario diretto dei principi di plurinazionalità, pluralismo giuridico e interculturalità sanciti dall'art. 3 della legge.

Particolarmente significative sono poi le norme in materia di interpretazione costituzionale. Ai sensi dell'art. 4 «il Tribunale costituzionale plurinazionale nel suo lavoro di guardiano della Costituzione politica dello Stato è l'interprete supremo della Legge fondamentale senza pregiudizio delle facoltà interpretative dell'Assemblea legislativa plurinazionale quale organo depositario della sovranità popolare. Quando una norma giuridica ammette più di una interpretazione, il Tribunale costituzionale plurinazionale, in base al principio di conservazione della norma, adotterà l'interpretazione che concorda con il testo costituzionale». Dopo aver ribadito nell'art. 5 il principio di “presunzione di costituzionalità”, la legge fissa nel successivo art. 6 due ulteriori criteri di interpretazione: per prima cosa, il Tribunale costituzionale «applicherà, con preferenza, la volontà del costituente in accordo con i documenti, atti e risoluzione dell'Assemblea costituente»; in secondo luogo, «in tutti i casi, le norme si interpretano in conformità con il contesto generale della Costituzione politica dello Stato, mediante una lettura sistematica di questa, orientata al conseguimento delle finalità che essa persegue».



IX Corso di formazione superiore in Diritto costituzionale. “Oltre i partiti. Le nuove forme della rappresentanza” (Volterra, 13-17 settembre 2010)

di Renato Ibrido, Luca Marfoli, Francesco Saitto

La IX edizione del Corso di formazione superiore in Diritto costituzionale, dal titolo “Oltre i partiti. Le nuove forme della rappresentanza”, si è svolta presso la Scuola Internazionale di Alta Formazione di Volterra (Pisa), dal 13 al 17 settembre 2010. Il Corso, organizzato dal Centro Interdipartimentale di Ricerca e Formazione sul Diritto Pubblico Europeo e Comparato (DIPEC) dell’Università di Siena, in collaborazione con la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa e con il sostegno finanziario della Fondazione Cassa di Risparmio di Volterra, ha avuto ad oggetto le tematiche connesse alla rappresentanza politica.

La metodologia didattica seguita ha privilegiato un approccio multidisciplinare, in parte confermando l’impostazione tradizionale adottata negli anni precedenti, che prevede uno schema articolato in lezioni magistrali, gruppi di approfondimento, testimonianze, presentazione di libri e *comparative focus*, in parte innovandola mediante due iniziative originali: il *professor’s question time* e la proiezione di un *LawMovie*.

All’inaugurazione del Corso, alla quale sono intervenuti i professori Tania Groppi (Università di Siena) ed Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa), coordinatori dello stesso, Giovanni Manghetti, Presidente della Cassa di Risparmio di Volterra e Riccardo Fedeli, Vicesindaco di Volterra, sono stati illustrati

brevemente il programma e le problematiche oggetto di analisi. In particolare, il saluto introduttivo di Giovanni Manghetti ha posto l'accento su come la realtà sociale e politica offra numerosi spunti di riflessione. Difatti, l'attuale compagine politica è incapace di fronteggiare i bisogni emergenti dalla società e di offrire una adeguata rappresentanza. Viene così denunciato il fallimento della classe dirigente, che si accompagna alla crisi dei partiti politici. Tutto ciò rafforzerebbe l'importanza di un dibattito attivo sulla rappresentanza per la risoluzione dei bisogni della società stessa.

All'intervento del dott. Giovanni Manghetti è seguito quello del Prof. Emanuele Rossi il quale, concorde con le affermazioni del Presidente della Cassa di Risparmio di Volterra, ha sottolineato la necessità di una nuova classe dirigente, nella cui formazione un ruolo fondamentale dovrebbe essere svolto dalle istituzioni scolastiche. Il sapere scientifico, difatti, è l'elemento che può portare sia "oltre i partiti", e quindi alla formazione di nuove forme di rappresentanza ma anche "i partiti oltre", a riacquisire il perduto ruolo rappresentativo.

Nella prima lezione magistrale, il Prof. Maurizio Cotta (Università di Siena) ha sostenuto che la rappresentanza è una metafora che consente di rendere presenti nel luogo di decisione politica coloro che non possono esserlo personalmente. Il relatore ha analizzato il concetto di rappresentanza come rapporto complesso che intercorre tra rappresentanti e rappresentati, sotto il profilo della scienza politica. Gli elementi fondamentali di questo rapporto sono tre: due di carattere soggettivo (chi rappresenta e chi è rappresentato) e uno di tipo sostanziale (le elezioni). I rappresentati sono milioni di individui che avanzano richieste differenti ed entrano nel circuito della rappresentanza in modi articolati e non univoci: come portatori di interessi territoriali, economici o di genere. Il concetto di rappresentanza può indicare un'entità individuale, collettiva (ad es. la Nazione) o intermedia (un gruppo professionale). Dalla prospettiva dei rappresentati, esso può assumere declinazioni differenti, che si possono percepire anche a seconda delle modalità con le quali le singole variabili che compongono i due elementi soggettivi della rappresentanza interagiscono. Questo complesso sistema si è semplificato grazie all'affermazione dei partiti politici tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. Il partito è divenuto così "il rappresentante", offrendo una soluzione in un momento storico di grandi fratture sociali, religiose e politiche e "strutturando" tanto i rappresentanti, quanto i rappresentati. L'affermazione dei partiti politici come entità collettive compatte ha influito anche sul comportamento dei rappresentati, che hanno cominciato ad identificarsi come militanti dell'uno o dell'altro partito, consentendo in tal modo il

raggiungimento di un equilibrio tra elettorato e partiti. L'aspetto negativo rilevato dal Prof. Cotta in tale evoluzione risiede nell'esclusione da questo sistema di taluni interessi che, di fatto, sono rimasti schiacciati da quelli rappresentati nei partiti ed esclusi dai canali della rappresentanza: la chiave ideologica che costituisce il motivo dell'affermazione dei partiti quale centro monopolistico di rappresentazione di interessi è anche l'elemento che ne ha provocato la decadenza. Infatti i partiti, spinti da forze centrifughe sollecitate dall'elettorato, che per definizione ha carattere mobile, hanno progressivamente perso la loro portata ideologica fino alla formazione nel c.d. "partito piglia tutto" o alla c.d. "cartellizzazione" dei partiti attraverso la ricerca di finanziamenti statali. Ciò ha provocato una progressiva pubblicizzazione dei partiti, divenuti sempre meno espressione della società e sempre più voce delle istituzioni. Questo processo, che tende a separare progressivamente partiti ed elettori indebolendo i primi, ha favorito anche la nascita di nuovi gruppi, che hanno eroso l'elettorato di quelli vecchi, in quanto capaci di presentarsi in modo diverso. Questi, infatti, non si propongono più di rappresentare tutta la società e l'intero elettorato ma solo interessi specifici e tematiche settoriali. Ulteriore aspetto di cambiamento che coinvolge il tema della rappresentanza è quello dell'ascesa della figura del *leader*. È impossibile, infatti, non rilevare come sia cambiato il rapporto tra *leadership* e partito. In passato, la prima nasceva all'interno del secondo ed era subordinata a questo; oggi, invece, si assiste ad una sempre maggiore identificazione del partito nel *leader* e quindi ad una sua preminenza rispetto al partito stesso di cui è espressione e che, in questo modo, perde parte della propria forza. Tuttavia tale condizione non può fare altro che offrire nuovi interrogativi alla comunità scientifica relativi, in particolare, alle procedure tramite le quali eventualmente sostituire il *leader*. L'intervento del Prof. Cotta si conclude con la considerazione che oggi il tema della rappresentanza politica è oggetto di profondi sconvolgimenti che non possono essere ignorati dalla comunità scientifica.

La lezione del Prof. Sebastiano Maffettone (Università LUISS Guido Carli di Roma), dal titolo *Diritti umani, democrazia e diritto internazionale: un punto di vista filosofico*, si è aperta con un richiamo alla nota opera di René Magritte *Il modello rosso*, per indicare come i modelli siano per loro natura falsi e come il vero modello sia in realtà un paradosso. In questo contesto, il sistema dei diritti umani e del diritto internazionale riflette una immagine assai somigliante a quella di una costituzione globale, ma al tempo stesso non riesce ad integrarla. Tramite un approccio liberale (*rectius, liberal*) Maffettone ha individuato dieci grandi problemi che caratterizzano la discussione sui diritti umani: la natura ontologica, il carattere universale o locale, lo

scopo, i modi di applicazione, gli strumenti attraverso i quali farli valere, il problema della giurisdizione, l'esistenza di obblighi a fronte di diritti, la circostanza che essi dipendano dagli Stati ovvero dalla comunità internazionale, i soggetti destinatari, la possibilità di passare dall'affermazione dei diritti civili e politici a quelli sociali ed economici. Il relatore ha quindi evidenziato come la questione dei diritti umani ruoti attorno a due aspetti fondamentali: la giustificazione e la legittimazione. La prima costituisce l'aspetto filosofico dei diritti umani e può essere identificata con quello che Habermas definiva come la "forza del miglior argomento". La seconda, ossia l'aspetto empirico, consiste invece nella capacità di una data idea politica di affermarsi a prescindere dalla circostanza che essa sia sostenuta dalla forza del miglior argomento. Si deve a Rawls il merito di aver coniato per primo il concetto di *overlapping consensus*, il quale indica essenzialmente una strategia di integrazione delle diversità, utilizzata dal costituente italiano per realizzare un ordinamento costituzionale liberaldemocratico. La grande sfida cui i diritti umani sono sottoposti è quella di riuscire a proiettare l'*overlapping consensus* da una dimensione statale – quale quella dove fino ad ora è rimasta circoscritta – a quella globale. Vi è un'identità di ruolo tra la liberaldemocrazia negli Stati nazionali e i diritti fondamentali dell'uomo a livello mondiale. Lo spazio riconosciuto ai diritti dipenderà da una condizione essenziale: riuscire a separare gli interessi degli Stati da quelli dei popoli.

La rappresentanza territoriale in Parlamento è stata il tema della *comparative focus* del Prof. Vincenzo Lippolis (Università S. Pio V di Roma), affrontato mediante un'ampia ricostruzione del panorama comparato sulle c.d. "seconde Camere", nonché del dibattito italiano sulla riforma del bicameralismo. Il relatore ha ricordato come il primo dibattito sul tema di una seconda Camera di rappresentanza degli Stati di una Federazione è rinvenibile nei *Federalist Papers* e nel processo che ha portato alla redazione della Costituzione USA. Il c.d. "compromesso del Connecticut", in virtù del quale ogni Stato avrebbe avuto diritto a due senatori, ha costituito la prima affermazione del principio secondo il quale la seconda Camera doveva rappresentare la realtà federale. Veniva così meno, almeno nel continente americano, restando invece vigente ancora per lungo tempo in Europa, l'idea della seconda Camera come "camera di saggi". Particolarmente diffuso negli Stati federali e in quelli di grandi dimensioni, il bicameralismo non è tuttavia presente in Svezia, Grecia e Portogallo. Rispetto alla tesi che individua nel bicameralismo una componente essenziale della rappresentanza negli Stati federali (L. Paladin) e a quella che nega l'essenzialità di un siffatto legame (R.L. Watts), il Prof. Lippolis ha affermato di collocarsi in una posizione mediana: se da un lato è indubbia la

tendenza dei sistemi federali ad adottare un assetto bicamerale, dall'altro si registrano delle importanti eccezioni. Infatti, il bicameralismo può essere presente sia negli Stati regionali che in quelli unitari come la Francia. Esso crea un canale privilegiato di cooperazione, che permette di assorbire possibili conflitti costituzionali. Secondo il relatore, tuttavia, non si deve pensare che vi sia una omogeneità tra i diversi sistemi federali, in quanto, al contrario, vi è un'ampia differenziazione in merito alle procedure di formazione del Senato, ai suoi poteri e alla eventuale presenza degli Enti locali. I criteri della rappresentanza prescelti dai diversi sistemi possono, infatti, prevedere un'elezione diretta dei senatori, come accade negli Stati Uniti, o indiretta, come avviene in Austria, Germania e Francia. I modelli variano anche in ragione dei diversi poteri e funzioni delle seconde Camere e, in particolare, per quanto riguarda la loro partecipazione o meno al procedimento legislativo o l'instaurazione del rapporto di fiducia con il Governo. Nelle forme di governo parlamentari, la linea prevalente è quella di circoscrivere tale rapporto alla sola Camera bassa. In questo senso, il caso italiano rappresenta forse l'unico vero esempio di forma di governo parlamentare a bicameralismo perfetto in uno Stato decentrato. Partendo dal dibattito in Assemblea costituente, il relatore ha ripercorso i vari tentativi volti ad introdurre in Italia una Camera delle autonomie. Nel complesso, tuttavia, il parere espresso dal Prof. Lippolis è di forte scetticismo verso la possibilità di una trasformazione in senso federale del Senato italiano, preferendo, invece, una valorizzazione del sistema delle Conferenze.

Ha costituito uno spunto di riflessione originale sulle tematiche della rappresentanza politica la proiezione del film *The Queen* (regia di Stephen Frears). La pellicola ripercorre la vicenda che, nelle settimane seguenti alla morte di *Lady Diana*, ha condotto ad una crisi di legittimazione dell'istituzione monarchica. Particolare attenzione è dedicata al complesso rapporto fra la Regina Elisabetta e l'allora Primo ministro Tony Blair, nonché all'inedito ruolo assunto dall'opinione pubblica rispetto alle tradizionali dinamiche del potere politico. Muovendosi nelle pieghe del rapporto fra Corona e *premiership*, *The Queen* tocca alcuni dei punti nevralgici del problema delle nuove forme delle rappresentanza, evidenziando in particolare l'esistenza di tre stadi storici dell'istituto rappresentativo: quello originario, incarnato dal potere regio; quello moderno, il quale trova espressione nel Primo ministro e nel Parlamento; ed infine quello post-moderno, nel quale si verifica un mutamento dei valori tradizionali su impulso diretto della società civile. Al termine della proiezione, il Consigliere parlamentare Giovanni Rizzoni – autore del libro *La democrazia al cinema* (Meltemi editore, 2007) – ha svolto alcune considerazioni generali sul rapporto fra

cinema e diritto costituzionale, coordinando poi un intenso dibattito sui temi sollevati dal film.

Nella lezione magistrale svolta dal Prof. Tommaso Edoardo Frosini (Università Suor Orsola Benincasa di Napoli), dal titolo *Democrazia degli elettori e sistema dei partiti*, è stato preliminarmente osservato come la democrazia oggi sia sempre più patrimonio degli elettori anziché del sistema dei partiti. Nel contesto della generale crisi della rappresentanza politica e della crescente domanda di nuove forme di rappresentanza, peraltro, questa nuova “democrazia degli elettori” non intende sostituirsi alla “democrazia rappresentativa” ma, semplicemente, fornirne una nuova e più moderna declinazione. Il Prof. Frosini si è poi soffermato sulla necessità di aggiornare la categoria tradizionale della forma di governo. Se un tempo tale concetto poteva essere identificato con l’assetto dei mutevoli rapporti che si instauravano fra potere esecutivo e legislativo, oggi è necessario procedere ad un ampliamento di tale definizione, includendo, oltre al Parlamento ed al Governo, un terzo soggetto-chiave della forma di governo: il corpo elettorale. Da tali considerazioni deriva la proposta di rimodulare la dicotomia duvergeriana tra democrazie mediate ed immediate, distinguendo fra quelle a legittimazione diretta ed indiretta. Il quesito posto dal relatore verte sull’esistenza o meno di un fondamento costituzionale della c.d. democrazia degli elettori. La risposta risiederebbe soprattutto in una interpretazione valorizzatrice degli artt. 1 e 3 della Costituzione. Da un lato, infatti, l’art. 1 afferma il principio di sovranità popolare, sia pure «nelle forme e nei limiti» stabiliti dal testo costituzionale. In questo senso, più un ordinamento democratico raggiunge la sua piena maturità, come è già avvenuto nel caso italiano, più si realizzano le condizioni per un ampliamento delle forme e dei limiti attraverso i quali il popolo può esercitare direttamente la propria sovranità. Dall’altro lato, l’art. 3 della Costituzione assicura l’«effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica del Paese». Fra i potenziali strumenti attraverso i quali si potrebbe rafforzare la legittimazione diretta della forma di governo italiana, il Prof. Frosini ha ipotizzato quello dello scioglimento del Parlamento, allorché si registri una rottura del rapporto fiduciario fra il Parlamento ed un esecutivo a forte legittimazione popolare.

Il tema *Forme di governo e sistemi elettorali* è stato affrontato secondo un *comparative focus*: i professori Josep Castellà Andreu (Università di Barcellona) e Xavier Philippe (Università Paul Cézanne di Aix-Marseille) hanno offerto una descrizione del funzionamento e dell’evoluzione del sistema elettorale in rapporto alla forma di governo in Spagna e Francia.

In particolare, il Prof. Josep Castellà Andreu ha analizzato il ruolo del sistema elettorale spagnolo nell'evoluzione della forma di governo, operando un raffronto fra l'assetto politico esistente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione e quello attuale. Dopo aver indicato i principali punti di riferimento ai quali ha guardato il costituente spagnolo – in particolare, in materia di forma di governo, la Legge fondamentale di Bonn – il Prof. Castellà ha ripercorso brevemente le tappe che hanno scandito l'evoluzione del ruolo del Capo dello Stato a partire dall'inizio della transizione democratica fino alla stabilizzazione del sistema parlamentare, recepito nella Costituzione del 1978. In questo contesto, il relatore ha evidenziato come allo stato attuale la Corona sia totalmente esclusa dal circuito della formazione dell'indirizzo politico e gli strumenti di razionalizzazione abbiano prodotto un notevole rafforzamento della posizione del Governo e, in particolare, del suo Presidente. Il sistema elettorale spagnolo si ispira al modello tedesco: la disciplina prevista dalla legge organica n. 5 del 19 giugno 1985 è stata oggetto di numerosi tentativi di riforma, nessuno dei quali ha avuto esito positivo. I membri del Congresso dei Deputati sono eletti con una formula proporzionale, sulla base di circoscrizioni provinciali e con esclusione dal riparto dei seggi delle formazioni che non hanno superato nelle singole province la soglia di sbarramento del 3%. Quattro quinti dei componenti del Senato sono eletti a suffragio universale diretto con sistema maggioritario, mentre il restante numero di senatori è eletto dalle assemblee legislative delle comunità autonome. Questo sistema garantisce un'alternanza abbastanza stabile e una buona rappresentanza dei partiti regionali. Il relatore ha infine sottolineato come i sistemi elettorali autonomici abbiano rappresentato un valido laboratorio di sperimentazione, soprattutto alla luce della crescente insoddisfazione dell'opinione pubblica verso la politica. Sono significativi, inoltre, i peculiari strumenti di democrazia diretta introdotti a livello sub-statale.

La relazione del Prof. Xavier Philippe si è occupata invece dell'analisi della forma di governo francese e dei sistemi elettorali per l'elezione del Parlamento e del Presidente della Repubblica. Il semipresidenzialismo francese concilia gli istituti della forma di governo parlamentare con un rafforzamento della posizione del Presidente della Repubblica, che è il principale titolare del potere di indirizzo politico. Tale assetto istituzionale, inaugurato con la Costituzione del 1958, si è sviluppato a seguito del referendum costituzionale del 6 novembre 1962, il quale ha introdotto l'elezione a suffragio universale diretto del Capo dello Stato. La legge costituzionale n. 964 del 2000 ha poi ridotto da sette a cinque anni la durata del mandato presidenziale. L'elezione del Capo dello Stato francese avviene con un sistema a

doppio turno con ballottaggio tra i due candidati maggiormente votati, ove nella prima elezione nessuno avesse ottenuto la maggioranza assoluta. Differente è il sistema di elezione delle due Camere del Parlamento francese. L'Assemblea nazionale è eletta per cinque anni tramite collegi uninominali con sistema maggioritario a doppio turno. Il Senato, che invece rappresenta le unità territoriali, era originariamente eletto per nove anni con un rinnovo triennale di un terzo dei propri componenti. La riforma del 2004 ha ridotto la durata del mandato a sei anni ed il rinnovo coinvolge la metà dei senatori ogni tre anni. Il procedimento per l'elezione del Senato è caratterizzato da un sistema a suffragio universale indiretto in cui la scelta dei senatori è attribuita a collegi elettorali formati dai titolari di cariche elettive negli enti territoriali. In Francia, dunque, sono applicate leggi elettorali, che applicano l'una il sistema proporzionale e l'altra quello maggioritario. Quest'ultimo è stato adottato in seguito alla revisione costituzionale del 1958 ed è caratterizzato da un *iter* a doppio turno che rafforza la posizione dei partiti più forti e non permette l'accesso al Parlamento delle forze politiche più radicali. Il sistema maggioritario, tuttavia, ha consentito anche il raggiungimento di maggioranze stabili e il superamento di quella fase di instabilità istituzionale che ha caratterizzato la Terza e la Quarta Repubblica. Un altro problema evidenziato dal Prof. Philippe è quello del bilanciamento dei poteri assegnati al Presidente della Repubblica e al Primo ministro. Benché entrambi appartengano generalmente al medesimo partito, non sono mancati nella storia repubblicana importanti casi di coabitazione. Nella fase più recente, inoltre, si è registrato un rafforzamento del ruolo del Capo dello Stato rispetto al Primo ministro. Ciò dipende da molteplici fattori, in buona parte legati al contesto politico, alla personalità ed al carisma delle varie figure presidenziali. Sarebbe dunque fuorviante, secondo il relatore, il tentativo di leggere il rapporto Presidente-Primo ministro esclusivamente sulla base del sistema elettorale.

Come precedentemente sottolineato, una novità metodologica del Corso è stata la previsione del *professor's question time*. Sulla falsariga del modello parlamentare, l'incontro prevedeva la formulazione di una serie di quesiti rivolti al Prof. Michele Ainis (Università Roma Tre), dai quali è derivato un dialogo vivace sui temi della rappresentanza. Il dibattito, che si è aperto con una breve introduzione dello stesso Prof. Ainis, ha toccato le principali problematiche di una "democrazia di qualità" e dei limiti del potere, sviluppandosi poi sul significato di "Costituzione materiale" e sulle numerose teorie dell'interpretazione della Carta fondamentale.

Successivamente, ha avuto luogo l'incontro con il Dott. Pier Luigi Petrillo, autore del libro *Democrazie sotto pressione. Gruppi di interesse e Parlamenti nel diritto pubblico*

comparato. Il volume individua tre diversi modelli di regolamentazione dei gruppi di pressione: quello della “regolamentazione-trasparenza” proprio dell’esperienza del Canada e del Regno Unito; il modello della “regolamentazione-partecipazione”, tipico del caso statunitense; infine, la “terza via” della “regolamentazione-scrisciante” presente nell’ordinamento italiano. La discussione, preceduta dall’introduzione del Prof. Frosini, ha visto come protagonisti i professori Ginevra Cerrina Feroni (Università di Firenze), Emanuele Rossi (Scuola Superiore S. Anna di Pisa), Roberto Scarciglia (Università di Trieste), i quali hanno evidenziato l’importanza delle ricerche in materia di *lobby*, tema che risulta essere ancora poco trattato nella giuspubblicistica italiana.

Il tema delle relazioni che legano partiti ed autonomie territoriali negli Stati composti è stato oggetto del *comparative focus* del Prof. Marco Olivetti (Università di Foggia), il quale ha analizzato le diverse problematiche emergenti proponendo una serie di classificazioni volte a chiarire le differenti e varie modalità nelle quali si possono articolare questi rapporti. Considerando come Stati composti non solo quelli di carattere più propriamente federale, ma anche quelli regionali, il Prof. Olivetti ha sottolineato come occorra stabilire gli eventuali collegamenti che possono interessare le autonomie nel loro relazionarsi con i partiti e viceversa. In primo luogo, il relatore ha evidenziato come il partito tenda a farsi “parte totale”, unificando la volontà politica. Al contrario, le autonomie moltiplicano i canali di partecipazione e di differenziazione: esse presuppongono il pluralismo, salvo rare eccezioni (ad esempio, i Paesi ex-URSS, che potrebbero essere definiti come realtà a federalismo apparente, e l’India, dove fino agli anni Sessanta prevaleva un partito dominante a livello centrale). Oggetto delle considerazioni del relatore è la constatazione che oggi risultino superati alcuni tratti del costituzionalismo del Novecento, in quanto difetterebbe quella funzione unificante a livello nazionale svolta dai partiti. Inoltre, si è assistito all’ampliarsi della partecipazione al processo politico di forze locali e regionali, che ricoprono oggi un ruolo determinante nello sviluppo di un sistema decentrato. Sul piano fattuale, tuttavia, sono individuabili molte esperienze, che permettono di isolare alcune tendenze e disegnare una modellistica volta a valutare sul piano empirico se vi siano delle interdipendenze concrete tra sistema dei partiti e autonomie. Richiamando le suggestioni proposte dal Prof. Raffaele Bifulco, il Prof. Olivetti ha affermato che il primo dato da tenere in considerazione è se vi sia o meno un parallelismo del sistema dei partiti tra il livello regionale e quello statale o se questi siano integrati o meno in relazione al programma di governo e strutturati in coalizioni. Sulla base di questi criteri è

possibile, secondo il Prof. Olivetti, isolare quattro possibili tendenze che permettono di distinguere i rapporti e le reciproche interrelazioni tra autonomie e partiti: in primo luogo, si può individuare un rapporto di uniformità cui, per esempio, viene ricondotto il sistema austriaco; vi sono poi sistemi omogenei con asimmetrie, tra cui quello tedesco, spagnolo e italiano a partire dal 1990; vi è inoltre un modello di separazione, a cui è ascrivibile il caso canadese e, infine, un modello che riproduce logiche confederali, come per esempio in Belgio.

Infine il giudice della Corte costituzionale Prof. Gaetano Silvestri nella *lectio magistralis* sul tema *Le nuove forme della rappresentanza politica* ha analizzato il rapporto tra potere e responsabilità e, in particolare, la relazione tra colui che detiene il potere e la rappresentanza politica, da intendersi a sua volta come strumento per garantire una maggiore responsabilizzazione dei titolari del potere. Il Prof. Silvestri ha, quindi, sottolineato la differenza tra la rappresentanza giuridica – da intendersi come un rapporto trilaterale – e quella politica, che costituisce invece un rapporto bilaterale. Da un punto di vista concettuale, l'idea originaria di rappresentanza politica era molto vicina a quella giuridica: essa, infatti, nasceva in un momento storico durante il quale i sudditi non avevano il potere e presentavano le richieste per la tutela dei loro interessi al sovrano. Ma la rappresentanza politica ha cambiato volto nel momento in cui i cittadini hanno conferito l'incarico ad altri soggetti – rappresentanti – di attuare o sostenere i loro interessi davanti allo Stato, inteso come entità astratta, molto più sfuggente rispetto alla figura del monarca. Il Prof. Silvestri ha, quindi, evidenziato come si trattasse di una rappresentanza di interessi, la cui evoluzione in rappresentanza di volontà coincide con la presa del potere da parte dei rappresentanti. Si tratterebbe di due tipi di rappresentanza, la cui versione pura non è mai esistita, a causa della presenza dell'elemento della rappresentatività che costituisce un fattore che consente di creare delle categorie miste. Secondo la definizione del Prof. Silvestri, il rappresentante è colui che decide mediante atti che producono i loro effetti sulla generalità dei cittadini. Si tratta di un'astrazione tipica dell'età moderna e dello Stato di diritto. I rappresentanti esprimono la volontà al posto del popolo e non la volontà del popolo e la previsione degli istituti di democrazia diretta serve per dare la possibilità ai rappresentati di revocare la volontà espressa al posto del popolo. La nozione di rappresentatività utilizzata dal prof. Silvestri è indicativa della capacità del rappresentante di interpretare la volontà e i *desiderata* dei rappresentati. Di conseguenza vi possono essere dei rappresentanti che non sono rappresentativi, così come possono esservi soggetti che non hanno alcun rapporto con gli interessi concreti. La rappresentatività deve essere verificata

costantemente dai rappresentati. Con il suffragio universale la situazione si è complicata, specialmente per quanto riguarda la verifica della rappresentatività. I partiti, infatti, non sono più dei *club*, ma diventano organizzazioni di massa che acquistano potere e, in modo diffuso e capillare, captano le volontà degli elettori. Si registra una crisi dei partiti politici intesi ex art. 49 Cost. i quali non esistono più, in quanto al momento attuale i programmi sono variamente declinati a seconda delle correnti all'interno di un collante di alcune opzioni ideali. L'obiettivo dei partiti è diventato quello di inseguire gli umori del momento che emergono dai sondaggi: da tale attività si deve distinguere la verifica partitica, che si struttura in uno scambio dialettico tra rappresentanti e rappresentati. L'avvento dello Stato moderno ostacola l'affermazione dei ceti intermedi tra individuo e Stato; si pensi, ad esempio, al ruolo svolto dai codici deontologici: i professionisti si sentono più rappresentati dai codici di categoria piuttosto che da leggi generali. Difatti, unitamente alla scissione tra i vari tipi di rappresentanza, vi è anche quella tra la volontà generale e la volontà di tutti, che devono essere in un rapporto di interscambio e di dialettica continuo. Il prof. Silvestri, infine, ha sottolineato come vi sia incompatibilità tra rappresentanza e qualsiasi forma di organicismo, il quale, anche se nasce come dottrina profondamente democratica, finisce per costituire base dell'autoritarismo.

A conclusione del corso, il Prof. Michele Ainis ha moderato una tavola rotonda sul tema dei *Partiti e movimenti al tempo del presidenzialismo strisciante*. Sono intervenute alcune personalità politiche quali i senatori Luigi Compagna (Popolo della Libertà) e Pancho Pardi (Italia dei Valori) e l'onorevole Roberto Zaccaria (Partito Democratico). Ha partecipato ai lavori anche il Prof. Tommaso Edoardo Frosini, curatore del libro *Il presidenzialismo che avanza. Come cambiano le forme di governo* (Carocci, 2009), unitamente alla Dott.ssa Carla Bassu e al Dott. Pier Luigi Petrillo. Sviluppandosi con un taglio attento alla politologia ed alle dinamiche della politica reale, la discussione ha consentito di approfondire e testare i principali aspetti affrontati durante il Corso. I relatori hanno così concluso i lavori offrendo una testimonianza delle forme, non sempre virtuose, nelle quali trova quotidianamente espressione il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti.



Argentina. Con l'approvazione della legge sul «matrimonio igualitario», l'Argentina diviene il primo paese latino americano ad introdurre in via legislativa il same sex-marriage

di *Renato Ibrido*

Con 33 voti a favore e 27 contrari, il Senato ha approvato lo scorso 14 luglio il disegno di legge concernente l'introduzione del matrimonio fra persone dello stesso ([ley 26618](#)). Il provvedimento, sostenuto dalla compagine di Governo, aveva già completato positivamente il proprio *iter* parlamentare presso la Camera dei deputati ed è stato quindi promulgato dal Presidente Cristina Fernández de Kirchner.

La riforma varata dal Congresso argentino apporta alcune importanti modifiche al codice civile. In particolare, la formula «marito e moglie» è stata sostituita con l'espressione «i contraenti». È stata poi estesa ai coniugi omosessuali la possibilità di adottare bambini e di avere accesso ai congedi familiari già previsti per le coppie eterosessuali.

Come si legge nel preambolo della legge, fra le proprie finalità il provvedimento persegue l'obiettivo di dare una piena attuazione al principio sancito dall'art. 16 della [Costituzione](#), in base al quale «tutti gli abitanti sono uguali dinanzi alla legge». Secondo gli estensori della riforma, infatti, la disciplina precedentemente vigente introduceva una inaccettabile discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

La normativa approvata lo scorso 14 luglio fa seguito al duro conflitto giudiziario innescato negli ultimi mesi da alcune decisioni di giudici amministrativi di

prima istanza con le quali si autorizzava la celebrazione a livello locale di matrimoni fra coppie omosessuali. Un primo provvedimento di questo tipo era stato emanato il 13 novembre 2009 dal giudice amministrativo Gabriela Seijas, la quale aveva acconsentito alla celebrazione delle nozze fra i signori Alex Freyre e José María di Bello. Benché l'esecuzione di quella sentenza fosse stata sospesa provvisoriamente dal giudice Martha Gomez Alsin il successivo 1 dicembre, la sospensiva fu di fatto "aggirata" attraverso un decreto del Governatore della Tierra del Fuego, Fabiana Rios, con la quale si autorizzava lo svolgimento delle nozze dei due uomini nel territorio della propria Provincia. Il Governatore precisò tuttavia che l'applicazione del decreto era limitato al caso di specie e che ulteriori richieste di matrimonio fra persone dello stesso sesso sarebbero state rigettate, salvo una previa autorizzazione giudiziaria.

Un secondo provvedimento giudiziario si è poi avuto il 23 febbraio 2010, allorché un giudice amministrativo della capitale, Elena Liberatori, autorizzò due uomini a fissare la data del matrimonio presso il registro civile, riconoscendo altresì al municipio di Buenos Aires il potere di celebrare un matrimonio fra persone dello stesso sesso.

La legge sul «matrimonio igualitario» chiude in ogni caso la vicenda giudiziaria anche se non si sono ancora placate le polemiche soprattutto da parte dell'area più cattolica e conservatrice dell'opinione pubblica argentina. Rimanendo in ogni caso su un piano strettamente giuridico, alcuni commentatori hanno avanzato l'ipotesi di una possibile incostituzionalità della *ley* 26618, sulla base di una determinata lettura di alcune disposizioni di trattati internazionali aventi nell'ordinamento interno rango costituzionale, quali l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti umani, l'art. 23 del Patto internazionale dei diritti civili e politici e l'art. 17 della Convenzione americana dei diritti umani.

L'istituto del matrimonio dello stesso sesso è già previsto a livello nazionale nei Paesi Bassi, in Belgio, Spagna, Portogallo, Canada, Sudafrica, Svezia, Norvegia, Islanda. L'Argentina è quindi il decimo paese – il primo latinoamericano – ad adottare una legislazione in materia.



Corte europea dei diritti dell'uomo. Le *partnership* omosessuali integrano il concetto di "vita familiare" ai sensi della Convenzione

di Renato Ibrido

Il 22 luglio 2010, la I sezione della Corte europea dei diritti umani ([*caso P.B e J.S. v. Austria*](#)) ha condannato lo Stato austriaco per la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della [Convenzione](#).

Ai sensi dell'art. 14 «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». In base invece all'art. 8, primo comma «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

Secondo la Corte, la legislazione austriaca in vigore fino al 2007, impedendo di estendere la copertura assicurativa per i casi di malattia al *partner* di un omosessuale, configurava una discriminazione rispetto alla posizione assicurativa delle coppie eterosessuali, violando così le norme anzidette.

In particolare, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che «gli Stati godono di un margine di giudizio ristretto allorché introducono differenti trattamenti basati sul

«sesso o l'orientamento sessuale» e che ad essi «viene richiesto di dimostrare che tale differenziazione è necessaria a realizzare uno scopo legittimo».

In occasione di tale decisione, la Corte europea ha avuto modo di soffermarsi sulla nozione di «vita familiare» menzionata dall'art. 8 della Convenzione. Le profonde trasformazioni sociali registrate nell'ultimo decennio – si osserva nella sentenza – hanno condotto ad una diversa considerazione delle relazioni omosessuali, sicché non è possibile non estendere anche a tali *partnership* il suddetto concetto di «vita familiare».

Hanno espresso una opinione dissenziente i giudici Vajsi e Malinverni, secondo i quali la scelta del legislatore austriaco, non solo appariva comprensibile, ma soprattutto era stata adottata nell'ambito di quei margini di discrezionalità che spettano ai singoli ordinamenti nazionali. All'epoca dei fatti – si sottolinea nell'opinione dissenziente – solo pochissimi Stati europei (ad esempio la Francia con i PACS) avevano adottato infatti una apposita normativa sulle c.d. “registered partnerships”.

Il 1 luglio 2007 sono in ogni caso entrate in vigore alcune modifiche alla precedente normativa le quali hanno allineato la legislazione austriaca in materia di copertura assicurativa per i casi di malattia ed infortunio alle norme della Convenzione così come interpretate dalla sentenza del 22 luglio.

La pronuncia segue di un mese circa la sentenza della I sezione della Corte di Strasburgo, con la quale, si affermava che in nessun modo la Convenzione obbliga gli Stati membri a riconoscere il diritto al matrimonio fra persone dello stesso sesso. Una coppia omosessuale aveva lamentato la violazione degli art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) da parte della legislazione austriaca, la quale, anche dopo l'entrata in vigore il 1 gennaio scorso della legge sulle unioni civili, continua ad escludere il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Secondo la Corte, «le autorità nazionali sono preposte a soddisfare i bisogni sociali (...) e il matrimonio racchiude connotazioni sociali e culturali profondamente radicate, le quali differiscono largamente da un Paese ad un altro (...) I differenti Stati membri non devono quindi conferire forzatamente alle coppie omosessuali uno statuto analogo a quello previsto per il matrimonio».